
CUADERNOS DE
DERECHO
TRANSNACIONAL

CDT

Octubre 2024
Volumen 16 Número 2

www.uc3m.es/cdt

EISSN: 1989-4570



Studia Amicorum
Alfonso-Luis Calvo Caravaca



Área de Derecho
Internacional Privado



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es



FECYT-340/2024
Fecha de certificación: 12 de julio de 2019 (6ª convocatoria)
Válido hasta: 24 de julio de 2025

Estudios	Distribución de seguros y protección del cliente: una visión desde la perspectiva del derecho procesal civil internacional europeo <i>Insurance distribution and customer protection in the frame of the European international civil procedural law</i> HILDA AGUILAR GRIEDER	59
	UE y conflictos de leyes internos: análisis de las soluciones previstas en los Reglamentos Europeos y su proyección sobre nuestro sistema conflictual <i>EU and internal conflicts of laws: analysis of the solutions provided in the European regulations and their projection on our conflict system</i> JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO	76
	El dilema del consumidor europeo: “paternalismo excesivo” o autonomía individual <i>The European consumer’s dilemma: “excessive paternalism” or individual autonomy</i> BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS	88
	La excepción de interés nacional en el DIPR español actual <i>The doctrine of national interest in Spanish PIL nowadays</i> RAFAEL ARENAS GARCÍA	101
	Il problema dei c.d. apoliti de facto e della loro tutela <i>The question of the so-called de-facto stateless persons and their protection</i> MARCO BALBONI / BARBARA KORCARI	113
	La professio iuris sucesoria cuestionada <i>Professio iuris in question</i> PILAR BLANCO-MORALES LIMONES	127
	Changes of Paradigm in Private International Law of Contracts – A high-level comparison between 1989 and 2024, with tribute to the Unidroit Principles, the development of arbitration law and to Simplified Global Contracting – <i>Paradigmenwechsel im internationalen Schuldvertragsrecht – Ein Überblick von 1989 bis 2024, mit Blick auf die UNIDROIT Principles, Entwicklungen im Schiedsrecht und “Simplified Global Contracting” –</i> ECKART BRÖDERMANN	145
	Lesión de derechos de la personalidad en internet y Derecho internacional privado <i>Infringement of personality rights via the internet and private international law</i> CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ	161
	¿In medio virtus? A favor del canon jurisprudencial objetivo del “consumidor medio” para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas <i>In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the ‘average consumer’ for the review of the transparency of non-negotiated terms</i> SERGIO CÁMARA LAPUENTE	186
	Poliedricità della clausola d’eccezione <i>Versatility of the exception clause</i> CRISTINA CAMPIGLIO	232
	Reflexiones sobre el certificado de nacimiento a propósito de los casos Pancharevo y Rzecznik <i>Reflections on the birth certificate in relation to the Pancharevo and Rzecznik cases</i> BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ	241

Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges. El artículo 3 del Reglamento Bruselas II-ter <i>International Divorce and Habitual Residence of the Spouses. Article 3 of the Brussels II-Ter Regulation</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ / ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ	257
La propiedad de los restos del R.M.S. Titanic. Análisis de Derecho internacional privado <i>Ownership of the wreck of the R.M.S. Titanic. A Private International Law analysis</i> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	274
Cláusulas estatutarias sobre transmisión post mortem de acciones y participaciones y Derecho de sucesiones <i>Statutory clauses on the post mortem transfer of shares and participations and Succession Law</i> LUIS F. CARRILLO POZO	315
El impacto de la Ley de Inteligencia Artificial en la regulación europea sobre drones <i>The impact of the Artificial Intelligence Law on european drone regulation</i> MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ	330
Los contratos con doble finalidad y la protección del consumidor en Derecho internacional privado europeo: La vida después de Schrems <i>Double purpose contracts and the protection of consumers in European private international law: Life after Schrems</i> ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT	378
Independencia judicial: ¿siempre nos quedará Luxemburgo? <i>Judicial Independence: will we always have Luxembourg?</i> MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL	403
El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel <i>Private international law in the face of the diesel engine emissions scandal</i> ANA CRESPO HERNÁNDEZ	414
Demandas estratégicas contra la participación pública en la Unión Europea: la Directiva anti-SLAPP <i>Strategic Lawsuits against Public Participation in the European Union: The Anti-SLAPP Directive</i> MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO	430
Contractual Liability and Compensation for Moral Harm <i>Ενδοσυμβατική Ευθύνη και Αποκατάσταση Ηθικής βλάβης</i> EUGENIA DACORONIA	444
Il Colegio de España di Bologna e gli studi di diritto internazionale. Un omaggio ad Alfonso-Luis Calvo Caravaca <i>El Colegio de España de Bolonia y los estudios de derecho internacional. Un homenaje a Alfonso-Luis Calvo Caravaca</i> ANGELO DAVÌ / ALESSANDRA ZANOBETTI	456
Prorogation by submission under art. 26 of Brussels Ibis Regulation and the protection of weaker parties <i>Prorrogação por submissão nos termos do art. 26 do Regulamento Bruxelas Ibis e a proteção das partes mais fracas</i> LUÍS DE LIMA PINHEIRO	478
Derecho a indemnización en materia de datos personales: aspectos internacionales <i>Right to compensation for damage caused by data processing: international issues</i> PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO	487

El Derecho administrativo global y la energía. Hacia un Derecho transnacional de la energía <i>Global administrative law and the energy sector. Towards a transnational energy law</i> ÍNIGO DEL GUAYO CASTIELLA	501
Cittadinanza italiana under evolution e cittadinanza europea under stress: vecchie o nuove “frontiere” mobili? <i>Italian citizenship under evolution and European Union citizenship under stress</i> ANGELA DI STASI	513
El maltrato psicológico como causa de desheredación de hijos y descendientes <i>Psychological abuse as a cause for disinheritance of children and descendants</i> SILVIA DÍAZ ALABART	524
Una década de la Directiva 2014/104/UE, de acciones de daños antitrust, a través de las sentencias del TJUE <i>A decade of Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions through the judgments of the EUCJ</i> FERNANDO DIEZ ESTELLA	539
Algunas reflexiones acerca de la respuesta jurisprudencial al Dieselgate <i>Some thoughts about the case law response to Dieselgate</i> CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO	552
Problemas de dispersión jurisdiccional del pleito en el Derecho internacional privado europeo de familia <i>Problems of jurisdictional dispersion in the European private international family law</i> ANTONIA DURÁN AYAGO	571
Cambio de vecindad civil en el sistema plurilegislativo español: ¿Dónde queda la voluntad testamentaria? <i>Change of civil neighborhood in the Spanish plurilegislativ system</i> MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA	587
La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la tutela de la administración y la separación de los menores de sus padres biológicos en casos de abandono y/o maltrato <i>The recent case-law of the European Court of Human Rights on the guardianship of the administration and the separation of minors from their biological parents in cases of abandonment and/or abuse</i> MARÍA ELÓSEGUI ITXASO	602
El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado <i>The Equal Marriage from the Logics of Private International Law</i> ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ	617
Algunas reflexiones sobre la evolución del Derecho internacional de la sostenibilidad <i>Some Reflections on the Evolution of International Sustainability Law</i> CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA	633
Ley aplicable al convenio arbitral en ausencia de elección expresa de las partes <i>Choice of law to the arbitration agreement in the absence of express choice of the parties</i> JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS	646
El significativo impacto de la normativa y jurisprudencia europeas más recientes en materia de derechos fundamentales de los trabajadores en España <i>The significant impact of the most recent European regulations and jurisprudence on fundamental workers' rights in Spain</i> ANA ISABEL GARCÍA SALAS	674

La exención de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por infracciones de la propiedad industrial <i>The liability exemption of e-commerce marketplaces for industrial property infringements</i> ÁNGEL GARCÍA VIDAL	699
Ley nacional aplicable a las operaciones bursátiles <i>National law applicable to stock market operations</i> JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES	712
La ley aplicable al despido en el contrato de trabajo internacional <i>The law applicable to the dismissal in the international employment contract</i> FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA	762
Anti-arbitration injunction y Ley de Cooperación Jurídica Internacional <i>Anti-arbitration injunction and International Legal Cooperation Act</i> MIGUEL GÓMEZ JENE	777
Problemática en torno a los acuerdos de financiación por parte de terceros en las acciones de representación <i>Third-party litigation financing problems in representative actions</i> MARÍA GÓMEZ SANTOS	790
Reflexiones en torno a una eventual codificación del Derecho internacional privado europeo <i>Reflections on the possible codification of European private international law</i> CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS	814
La convivencia entre el Reglamento “Roma II” y el Convenio de La Haya de 1971 sobre los accidentes de circulación por carretera en la práctica judicial española <i>The coexistence of the “Rome II” Regulation and the 1971 Hague Convention on Road Traffic Accidents in Spanish judicial practice</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	823
Attuazione delle sentenze della Corte EDU e tenuta del giudicato civile in Italia <i>Enforcement of ECtHR Judgments and respect of the principle of res judicata in civil matters in Italy</i> MICHELE GRASSI	840
La Sección 10 de los Acuerdos Artemisa (sobre los recursos naturales del espacio, la luna y demás cuerpos celestes) <i>Section 10 of the Artemis Accords (on the natural resources of space, the moon and other celestial bodies)</i> CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA	859
Ejecución de un acto administrativo español en Italia por medio del Reglamento UE 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil <i>Execution of a Spanish administrative act in Italy through Regulation (EU) n° 1215/2012, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters</i> JUAN J. GUTIÉRREZ ALONSO	874
Los poderes de representación de personas vulnerables y el Derecho internacional privado: algunas reflexiones <i>Powers of attorney, vulnerable adults and Private international law: some reflections</i> MÓNICA GUZMÁN ZAPATER	885

El sexo de la persona física en Derecho internacional privado: evolución histórica y respuesta normativa (Primera parte) <i>Sex of Natural Person in Private International Law: Historical Evolution and Normative Response (Part I)</i> AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	898
Ámbito y condiciones de aplicación en la práctica del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003 <i>The international jurisdiction rule contained in article 10 of the Council Regulation (EC) 2201/2003: Scope and conditions of its application</i> MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS	932
Los nuevos conglomerados digitales <i>The new digital conglomerates</i> CARMEN HERRERO SUÁREZ	949
The Invisible College of International Lawyers in Private International Law Today <i>El invisible colegio de juristas internacionales en el Derecho internacional privado de hoy</i> BURKHARD HESS / MARTA REQUEJO ISIDRO	965
Precisiones jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 5.2 del estatuto de bloqueo europeo. STGUE 12 julio 2023 <i>Jurisprudential clarifications on the application of article 5.2 of the european blocking statute. About the Judgment of the EU General Court of 12 July 2023</i> JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGELZ	972
La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar <i>Gender identity in cross-border mobility: personal and family aspects</i> PILAR JIMÉNEZ BLANCO	985
La tecnología TRD y el derecho: una relación necesaria para la seguridad jurídica <i>DLT and law: a necessary relation for legal certainty</i> BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ	1000
La delimitación judicial de la inmunidad de jurisdicción en el orden social <i>Judicial delimitation of immunity from jurisdiction in social jurisdiction</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	1014
El plazo de prescripción de las acciones por daños y perjuicios derivadas de incumplimientos del Derecho de la competencia tras la Sentencia Heureka, Comentario a la STJUE de 18 de abril de 2024, Heureka C 605/21 ECLI:EU:C:2024:324 <i>Limitation Rules for Damages Actions arising from Infringements of Competition Law following the Heureka Judgment, Commentary on CJEU, 18 April 2024, Heureka C 605/21 ECLI:EU:C:2024:324</i> CHRISTIAN KERSTING	1027
La vinculación indemnizatoria en la conversión de un subagente en agente principal <i>The indemnity bond in the change of a subagent into a main agent</i> RAFAEL LARA GONZÁLEZ	1041
Soberanía estatal, inmuebles transfronterizos y litigación internacional <i>State sovereignty, cross-border real estate, and international litigation</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	1052
Strumenti internazionalprivatistici di tutela del lavoratore <i>Private International Law Methods for the Protection of the Employee</i> SILVIA MARINO	1067

L'accertamento e l'interpretazione del Diritto straniero richiamato: nel Diritto internazionale privato europeo: una questione ancora aperta <i>The application and interpretation of foreign law in European private international law: still an open question</i>	1079
FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI	
Coordination of contractual and tort claims in the European law of jurisdiction <i>Koordination vertraglicher und deliktischer Ansprüche im europäischen Gerichtsstand</i>	1099
DIETER MARTINY	
Inteligencia Artificial y relaciones laborales <i>Artificial Intelligence and labor relations</i>	1114
JESÚS R. MERCADER UGUINA	
A propósito del derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros Estados <i>Regarding the right to consular assistance of citizens of the European Union not represented in third States</i>	1129
CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ	
La guía de la OEA sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones <i>The OAS guide on the law applicable to international investment arbitration</i>	1144
JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ	
Reserva hereditaria e ordem pública internacional <i>The unavaiable quota (forced share) and international public policy</i>	1167
RUI MANUEL MOURA RAMOS	
El modelo del partenariado público-privado en el marco de la reforma de las Naciones Unidas y de la consecución de los objetivos marcados por la agenda 2030 <i>The model of the public-private partnerships in the context of the United Nations reform and the achievement of the objectives set by the 2030 agenda</i>	1176
MICHELE NINO	
La necesaria protección jurídica internacional del patrimonio histórico-artístico y cultural en Derecho internacional privado español: especial atención al caso Cassirer <i>The necessary international legal protection of historical, artistic and cultural heritage in Spanish private international law: special attention to the case of Cassirer</i>	1186
ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	
Libertad de elección de Ley aplicable al contrato internacional en el Derecho internacional privado colombiano <i>Freedom of choice of law applicable to the international contract in Colombian private international law</i>	1217
JORGE OVIEDO ALBÁN	
Anti-arbitration injunctions en el Derecho inglés <i>Anti-arbitration injunctions under English law</i>	1227
JAVIER PÉREZ FONT	
Y el Reglamento de filiación lo hizo: primera propuesta legislativa europea de concreción de los criterios de la residencia habitual en menores <i>And the cross-border parenthood Regulation did it: first European legislative proposal to specify the criteria for habitual residence in minors EU</i>	1241
LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN	

La economía social y las ayudas de estado <i>Social economy and state aids</i> JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ	1254
El contenido de la propuesta de convenio concursal: los supuestos básicos y las prohibiciones <i>The content of the insolvency agreement proposal: possible scenarios and prohibitions</i> JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ	1267
La adquisición de obras de arte en subastas: aspectos de Derecho internacional privado <i>The Acquisition of Works of Art at Auctions: Private International Law Issues</i> ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT	1285
La restitución del oro de Crimea: del conflicto geopolítico al conflicto de leyes <i>The return of Crimean gold: from geopolitical conflict to conflict of laws</i> ELENA RODRÍGUEZ PINEAU	1299
Caso superliga: Comentario de la stjue de 21 diciembre 2023, c-333/21 <i>Superleague case: Commentary of the judgment of the court of 21 december 2023, c-333/21</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	1311
El Reglamento 805/2004 sobre el título ejecutivo europeo veinte años después de su aprobación: una lectura desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <i>Regulation 805/2004 creating a European enforcement order twenty years after its approval: a reading from the jurisprudence of the Court of Justice of European Union</i> MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	1329
Remisión ad extra y ad intra en el Reglamento 650/2012: la repercusión del Derecho interregional español en el contenido digital de la herencia internacional <i>Ad extra and ad intra referral in Regulation 650/2012: the impact of Spanish interregional law on the digital content of international heritage</i> CARMEN RUIZ SUTIL	1344
La “legislazione di blocco” nella prospettiva internazionalprivatistica <i>“Blocking Statutes” in a Private international law perspective</i> FRANCESCO SALERNO	1374
Parejas de hecho y pensión de viudedad española en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos <i>Unmarried couples and Spanish widow’s/widower’s pension in the case law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights</i> CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	1390
Reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE sobre la acción indemnizatoria del art. 82 RGPD (asuntos C-300/21; C-340/21; C-456/22; C-667/21; C-687/21; C-741/21) <i>Reflections on the jurisprudence of the CJUE regarding the action for damages under Art. 82 RGPD (cases C-300/21; C-340/21; C-456/22; C-667/21; C-687/21; C-741/21)</i> MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN	1405
Globalización y Actor sequitur forum rei: Alles Shein und nicht Sein, la protección de los derechos humanos de terceros Estados ante los tribunales europeos y el Reino Unido <i>Globalization and Actor sequitur forum rei: Alles Shein und nicht Sein, the protection of the human rights of third States before the European courts and the United Kingdom</i> JULIA SUDEROW	1424
La eficacia del third party release en supuestos transfronterizos <i>The effectiveness of third party release in cross-border cases</i> ELISA TORRALBA MENDIOLA	1438

The European consumer: a case of mistaken identity? <i>El consumidor europeo: ¿un caso de identidad equivocada?</i> CARMEN TAMARA UNGUREANU	1449
Auditoría de cuentas: verdad y sostenibilidad <i>Auditing: Truth and Sustainability</i> GUILLERMO JOSÉ VELASCO FABRA / JOSÉ DAVID ORTEGA RUEDA	1458
La imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo: antecedentes, evolución y perspectivas <i>Resale price maintenance in European Competition Law: Background, developments and prospects</i> LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO	1475
El senior cohousing como solución habitacional y existencial: de Dinamarca a España <i>Senior cohousing as a housing and existential solution: from Denmark to Spain</i> INMACULADA VIVAS TESÓN	1498
Derecho inglés, competencia judicial internacional y Ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio <i>English Law, international jurisdiction and Law applicable to the matrimonial property regime</i> ALFONSO YBARRA BORES	1509
¿Existen remedios contractuales para obtener el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento del contrato? <i>Are there contractual remedies to obtain compensation for moral damage arising from breach of contract?</i> MARIANO YZQUIERDO TOLSADA	1522
El control judicial de las sanciones impuestas por la Comisión en materia de competencia: los vicios de procedimiento (jurisprudencia reciente) <i>The judicial control of the sanctions imposed by the Commission in the field of competition law: the procedural flaws of the decisions (recent case law)</i> DR. ANGEL M. MORENO MOLINA	1534

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, Universidad Carlos III de Madrid
ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Universidad Carlos III de Madrid

Editores especiales de este número

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Universidad de Murcia
ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, Universidad Carlos III de Madrid

Redacción

ISABEL ANTÓN JUAREZ, Universidad Carlos III de Madrid

Asistentes especiales de este número

CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid
MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ, Universidad Carlos III de Madrid

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Universidad de Extremadura
CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMINGUEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España
DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO, Instituto de Estudios Políticos de París
PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO, Universidad Nacional de Educación a Distancia

ILARIA PRETELLI, Institut suisse de droit comparé (ISDC)
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, Universidad Carlos III de Madrid
IGNACIO TIRADO MARTÍ, Secretario General de UNIDROIT
FRANCESCA C. VILLATA, Università Degli Studi di Milano

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA, Universidad Complutense de Madrid
STEFANIA BARIATTI, Universidad Milano
CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Universidad de Marburgo
CRISTINA CAMPLIGIO, Universidad Pavia
MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA, Universidad de Deusto
MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL, Universidad de Murcia
ANGELO DAVI, Università degli Studi di Roma «La Sapienza»
PIETRO FRANZINA, Universidad Católica del Sacro Cuore
ESTELLE GALLANT, Université Toulouse 1 Capitole
FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Universidad Autónoma de Madrid
HELÈNE GAUDEMET-TALLON, Universidad Paris II-Panthéon-Assas
JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad
MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, Universidad Nacional de Educación a Distancia
PILAR JIMÉNEZ BLANCO, Universidad de Oviedo
ULRICH MAGNUS, Universidad Hamburg
FRANÇOIS MAILHÉ, Université de Picardie Jules Verne, Amiens
MARIA CHIARA MALAGUTI, President of UNIDROIT
HEINZ PETER MANSEL, Universidad de Köln
SILVIA MARINO, Università degli Studi dell'Insubria, Italia

DIETER MARTINY, Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina
PIERALBERTO MENGOZZI, Universidad de Bolonia,
RUI MANUEL MOURA RAMOS, Universidad de Coimbra
JESÚS R. MERCADER UGUINA, Universidad Carlos III de Madrid
DÁRIO MOURA VICENTE, Universidad Lisboa
HORATIA MUIR-WATT, Instituto de Estudios Políticos de París
JORGE OVIEDO ALBÁN, Universidad La Sabana
JUANA PULGAR EZQUERRA, Universidad Complutense de Madrid
LUCIANO PAREJO ALFONSO, Universidad Carlos III de Madrid
LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Universidad de Lisboa
CATHERINE PRIETO, Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne
MARTA REQUEJO ISIDRO, Universidad de Santiago de Compostela
GIAN PAOLO ROMANO, Université de Genève
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Universidad Carlos III de Madrid
LUKAS RADEMACHER, Universidad de Kiel
MARCOS SACRISTÁN REPRESA, Universidad de Valladolid
FRANCESCO SALERNO, Universidad de Ferrara
ANGELA DI STASI, Università degli Studi di Salerno
LUIS A. VELASCO SAN PEDRO, Universidad de Valladolid
EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA, Universidad de Navarra

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Universidad de La Rioja
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, Universidad de Sevilla
ÁNGEL GARCÍA VIDAL, Universidad de Santiago de Compostela
NATIVIDAD GOÑI URRIZA, Universidad Pública de Navarra

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Universidad de Cantabria
M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Universidad de Sevilla
FRANCEZCO SEATZU, Università degli studi di Cagliari

Trayectoria académica del profesor Alfonso Calvo

Academic career of professor Alfonso Calvo

Nació en Murcia (29 diciembre 1954). Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Carlos III de Madrid. Domicilio profesional: Departamento de Derecho Social e Internacional Privado, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Carlos III de Madrid, C/ Madrid, 126-128, 28903-Getafe (Madrid). E-mail: alfonsoluis.calvo@uc3m.es.

Curriculum Vitae

(Estado: 26 septiembre 2024)

1. Becario de colaboración en el Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia (Cursos 1974-75 y 75-76).
2. Licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia con la calificación de *Sobresaliente y Premio Extraordinario* (8 octubre 1976).
3. Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad de Murcia (1 octubre 1976 - 31 marzo 1977).
4. Becario de investigación en el Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia (mayo 1977-septiembre 1978).
5. Becario del Real Colegio de España en Bolonia (Italia) (Cursos 1976-77 y 77-78).
6. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia con una tesis titulada *La dottrina dell'interesse nazionale nel diritto internazionale privato*, que obtuvo la calificación máxima (*110 e lode*) (31 mayo 1978) y el *Premio Vittorio Emanuele II* a la mejor tesis de Derecho privado presentada en el Curso académico 1977-78 (deliberato dal Consiglio di Facoltà nell'adunanza del giorno 23 gennaio 1980).
7. Profesor Adjunto interino de Derecho Internacional Público y Privado (octubre 1978-diciembre 1980) y de Derecho Internacional Privado (diciembre 1980-agosto 1982) en la Universidad de Murcia (1 octubre 1978 – 31 agosto 1982).

8. Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Granada, 1979).
9. Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) para un Curso de lengua alemana en el Goethe Institut de Kochel am See (República Federal de Alemania), con obtención del certificado *Deutsch als Fremdsprache* (julio y agosto 1980).
10. En virtud de concurso oposición, Profesor Adjunto numerario de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Madrid (1 septiembre 1982 – 27 diciembre 1985).
11. Miembro de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (Madrid, 1983).
12. Consejero de Redacción de la *Revista Española de Derecho Internacional* editada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (C.S.I.C.) (julio 1983-junio 1987).
13. Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Autónoma de Madrid (enero 1984-diciembre 1985).
14. Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) para una estancia de dos meses en el Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo (agosto y septiembre 1984).
15. Coordinador, junto con la profesora ELISA PÉREZ VERA, de las crónicas de “Jurisprudencia española de Derecho internacional privado” publicadas por la *Revista Española de Derecho Internacional* en 1984, 1985, 1986 y 1987.
16. Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia (28 diciembre 1985 – 12 noviembre 1992).
17. Miembro del Comité Asesor de la Revista *La Ley-Comunidades Europeas* (1985).
18. Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia (mayo 1986-marzo 1987).
19. Participación en 48 tribunales de tesis: de Iván Miláns del Bosch Portolés (1986); Aurelia Álvarez Rodríguez (1986); Pilar Rodríguez Mateos (1986); Pilar Blanco-Morales Limones (1987); Amparo Alcover San Pedro (1987); Pilar Brioso Díaz (1988); Santiago Álvarez González (1989); María Ángeles Sánchez Jiménez (1993); Rafael Arenas García (1994); María del Pilar Maestre Casas (1994); José Javier Pérez Milla (1995); Miguel Gardeñes Santiago (1997); Beatriz Campuzano Díaz (1997); Mercedes Sabido Rodríguez (1998); Francisco Manuel de las Heras Borrero (1998); Miguel Gómez Jene (1999); Guillermo Crespo Parra (2000); Antonia Durán Ayago (2003); Beatriz Lourdes Carrillo Carrillo (2003); Aurelio López-Tarruella Martínez (2004); José Javier Ezquerro Ubero (2004); Miguel Unceta Laborda (2004); Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor (2005); Blanca Gómez Bengoechea (2006); Carmen Herrero Suárez (2006); Raúl Lafuente Sánchez (2007); Maritza Iliana Núñez Osorio (2009); José Ángel Rueda García (2009); Francisco Martínez Rivas (2010); Ingrid Soraya Ortiz Baquero (2010); Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana (2012); María Dolores Ortiz Vidal (2012); Andreea Marica (2012); William Fernando Martínez Luna (2012); José María Moreno-Montero Olmo (2013); Isabel Antón Juárez (2014); Ana María Díez Deustua (2015); Isabel Lorente Martínez (2016); Elena Cristina Tudor (2016); José David Ortega Rueda (2016); Alberto Jiménez-Piernas García (2016); David Carrizo Aguado (2017); María Asuncion Cebrián Salvat (2017); Anna María Ruiz Martín (2018); Karolina Kedeva Manevska (2022); Julio Carlos Fuentes Gómez (2023); Javier Pérez Font (2024); Sonia María Fernández López (2024).

20. Asesor jurídico de la parte española en el proyecto de Enlace Fijo Europa-África a través del Estrecho de Gibraltar (Rabat-Madrid, 1986).
21. Miembro del Consejo de Redacción de la *Revista General de Derecho*, donde dirigió la sección de Derecho Internacional Privado (junio 1987).
22. Delegado del Ministerio de Asuntos Exteriores español en los trabajos de la Comisión de expertos del Consejo de Europa sobre quiebra (Estrasburgo, julio 1987).
23. Director del Instituto Regional de Cooperación Europea (I.R.C.E.) de la Universidad de Murcia (agosto 1987-enero 1991).
24. Becario de la Fundación Esteban Romero para una estancia de un mes en el Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo (septiembre 1987).
25. Profesor extraordinario de Derecho internacional privado en la Universidad de Navarra (Cursos 1987-88, 1988-89, 1989-90, 1990-91, 1991-92, 1992-93, 1993-94, 1994-95 y 1995-96).
26. Delegado del Ministerio de Asuntos Exteriores español en la Comisión especial de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (enero 1988).
27. Beneficiario de una bolsa de viaje al extranjero de la Subdirección General de Cooperación Internacional del Ministerio de Educación y Ciencia para una estancia de un mes en el Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo (septiembre 1988).
28. Miembro de los *Hamburger Freunde des Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (desde 1988).
29. Secretario de Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea de la Región de Murcia (febrero 1989-julio 1991).
30. Estancia en el Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo (julio 1989).
31. Estancia en el Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo (agosto 1990).
32. Méritos de docencia: reconocimiento del 1º quinquenio (1 octubre 1976-31 octubre 1981) y del 2º quinquenio (1 noviembre 1981-31 octubre 1986) (efectos desde 26 julio 1991).
33. Méritos de docencia: reconocimiento del 3º quinquenio (1 noviembre 1986-31 octubre 1991) (efectos desde 1 enero 1992).
34. Méritos de investigación: reconocimiento del 1º sexenio (1 octubre 1976-30 septiembre 1982) y del 2º sexenio (1 octubre 1982-30 septiembre 1988) (efectos desde 1 enero 1992).
35. Estancia en el Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo (febrero 1992).
36. Director de la tesis doctoral presentada por IGNASI GUARDANS I CAMBÓ (*Normas imperativas en la contratación internacional: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Universidad de Navarra, 25 marzo 1992).

37. Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid (desde 13 noviembre 1992).
38. Árbitro de la Cámara de Comercio Internacional (París, 1993).
39. Profesor visitante de la UNESP en Sao Paulo (Brasil, 1993).
40. Miembro del Consejo asesor de la Colección “Estudios Internacionales” de Editorial Beramar (1993).
41. Consejero de Redacción de la *Revista Española de Derecho Internacional* (enero 1994-diciembre 1997).
42. Árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid (Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1994).
43. Méritos de investigación: reconocimiento del 3º sexenio (1 octubre 1988-30 septiembre 1994) (efectos desde 1 enero 1995).
44. Director de la tesis doctoral presentada por SANTIAGO AREAL LUDEÑA (*La responsabilidad del fabricante de aeronaves en Derecho internacional privado*, Universidad Carlos III de Madrid, 24 mayo 1996).
45. Director de la tesis doctoral presentada por NATIVIDAD GOÑI URRIZA (*Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, Universidad Pública de Navarra, 28 octubre 1996).
46. Méritos de docencia: reconocimiento del 4º quinquenio (1 noviembre 1991-31 octubre 1996) (efectos desde 1 enero 1997).
47. Director de la tesis doctoral presentada por ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ (*Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme*, Universidad Carlos III de Madrid, 5 diciembre 1997).
48. Director, junto a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, de la Colección “Ciencia Jurídica y Derecho Internacional” de Editorial Comares (1997), en la que se han publicado 33 monografías (1997-2022).
49. Director de la tesis doctoral presentada por AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”*, Universidad de Navarra, 13 marzo 1998).
50. Miembro de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad Carlos III de Madrid (1998-2010).
51. Director de la “Cátedra Aguilar Navarro” de la Universidad Carlos III de Madrid (mayo 1999), financiada por la Fundación Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (1999-2003) y por la Fundación Caja Madrid (2004-2005).
52. Director de la tesis doctoral presentada por MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA (*El procedimiento en Derecho comunitario de defensa de la competencia: análisis del principio de proporcionalidad y otros afines*, Universidad de Deusto, 28 junio 1999).
53. Méritos de investigación: reconocimiento del 4º sexenio (1 octubre 1995-31 diciembre 2000) (efectos desde 1 enero 2001).

54. Méritos de docencia: reconocimiento del 5º quinquenio (1 noviembre 1996-31 octubre 2001) (efectos desde 1 enero 2002).
55. Proyecto de Investigación N°: PB98-0552 - Investigador Principal: IRIARTE ÁNGEL, JOSÉ LUIS - Organismo: Universidad Pública de Navarra - Centro Ejecutor: Facultad de Ciencias Humanas y Sociales - Departamento: Derecho Privado - Título: Derecho e internacionalización de la Empresa - Fecha de Resolución: 1999-12-30 - Fecha oficial de comienzo: 1999-12-30 - Fecha de finalización: 2002-12-30.
56. Desde octubre 1999, codirector del *Master de Comercio Exterior* del Instituto Universitario Ortega y Gasset y de la Universidad Carlos III de Madrid, junto a ENRIQUE FANJUL MARTÍN (octubre 1999-junio 2000, *I Master de Comercio Exterior*), ELENA PISONERO RUIZ (julio 2000-octubre 2000) y JOSÉ GASSET LORING (desde febrero 2001-septiembre 2002, *II y III Master de Comercio Exterior*). Desde octubre 2002, director del *Master de Comercio Exterior* de la Universidad Carlos III de Madrid (*IV Master de Comercio Exterior*) hasta octubre 2009-junio 2010, *XI Master de Comercio Exterior*. Desde octubre 2010, codirector del *Master de Comercio Exterior* de la Universidad Carlos III de Madrid, junto a ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ (octubre 2010-junio 2011, *XII Master de Comercio Exterior*) hasta la actualidad (octubre 2023-junio 2024, *XXV Master de Comercio Exterior*).
57. Vicepresidente primero del Claustro de la Universidad Carlos III de Madrid (octubre 1999; marzo 2000; marzo 2001).
58. Miembro del Comité Editorial del *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2000).
59. Subdirector del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (marzo 2000-junio 2002).
60. Profesor visitante del ITAM en México, D.F. (México, 2001).
61. Director del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (junio 2002-octubre 2004).
62. Beneficiario de una de las retribuciones extraordinarias del art. 46 de la Ley de Reforma Universitaria convocadas por resoluciones rectorales de la Universidad Carlos III de Madrid de 28 junio 2001 y 25 septiembre 2001 para el bienio 2001-2002 (julio 2002).
63. Director de la tesis doctoral presentada por JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO (*Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, 21 marzo 2003).
64. Director, junto a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, de la Colección “El Derecho de la Globalización” de Editorial Colex (2003), en la que se han publicado 22 monografías (2003-2014).
65. Nombramiento por la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia como Vocal del Jurado de Selección de los Premios Nacionales de Fin de Carrera de Educación Universitaria, destinados a quienes hayan concluido los estudios en el Curso 2002-2003 (9 junio 2004).
66. Miembro del Consejo Asesor de la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, publicada por la Editorial La Ley (julio 2004).
67. Reelegido Director del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (octubre 2004-octubre 2006).

68. Proyecto de investigación N°: SEJ2004-03257/ JURI - Investigador principal: PILAR BLANCO-MORALES LIMONES - Organismo: Universidad de Extremadura - Título: El Derecho internacional privado en materia de sociedades y su incidencia en los procesos de integración desarrollados en Europa y América Latina - Fecha de Resolución: 2004-12-13 -Fecha oficial de comienzo: 2004-12-13 - Fecha de finalización: 2007-12-13.
69. Nombramiento como Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil) por Orden del Ministro de Justicia de 7 marzo 2005. Ha sido ponente en la elaboración de los borradores que a continuación se relacionan:
- Informe sobre el anteproyecto de Ley de adopción internacional (2007).
 - Propuesta para una reforma del Código civil sobre custodia compartida (2012).
 - Informe sobre los anteproyectos de Ley Orgánica y Ordinaria de Protección de la Infancia (2014).
 - Informe sobre la Propuesta de enmienda del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios que tiene su causa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2015, de 2 febrero (2015).
70. Nombramiento por la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia como Vocal del Jurado de Selección de los Premios Nacionales de Fin de Carrera de Educación Universitaria, destinados a quienes hayan concluido los estudios en el Curso 2003-2004 (26 mayo 2005).
71. Miembro del Comité consultivo de la colección *Derecho Privado y Globalización*, editada en Bogotá D.C. (Colombia) por la Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez (2005).
72. Proyecto de investigación I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología titulado “Relevancia para España del régimen internacional de protección de la cultura y del comercio de bienes culturales” (2006-2009), dirigido por el prof. CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA (SEJ 2006-2009 – 151317 – C02-01).
73. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2005-2006, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979 (Ministerio de Educación y Ciencia. Servicio de Coordinación Universitaria y Homologaciones. 10 abril 2006).
74. Beneficiario de una de las retribuciones adicionales para el profesorado, ligadas a méritos individuales docentes, de investigación y de gestión, convocada por Resolución Rectoral de 1 marzo 2006, a percibir durante un período de dos años (Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Carlos III de Madrid de 21 junio 2006).
75. Méritos de docencia: reconocimiento del 6º quinquenio (1 noviembre 2001-31 octubre 2006), máximo legal permitido (efectos desde 1 enero 2007).
76. Subdirector del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (noviembre 2006-mayo 2007).
77. Méritos de investigación: reconocimiento del 5º sexenio (1 enero 2001-30 diciembre 2006) (efectos desde 1 enero 2007).

78. Director de la tesis doctoral presentada por CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMÍNGUEZ (*Conflicto de jurisdicción y leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Universidad Carlos III de Madrid, 28 febrero 2007).
79. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2006-2007, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979 (Ministerio de Educación y Ciencia. Secretaría de Estado de Universidades e Investigación. Dirección General de Universidades. 13 abril 2007).
80. Director del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (desde 29 mayo 2007).
81. Miembro del Consejo Asesor de la *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* publicada por la Editorial La Ley (2007).
82. Miembro del Consejo de Gobierno de la Universidad Carlos III de Madrid (6 junio 2007).
83. Nombramiento como *membre associé/associate member* de la *Académie internationale de droit comparé (AIDC)/International Academy of Comparative Law (IACL)* (octubre 2007).
84. Ponente en la Comisión General de Codificación (Sección Civil) del Informe sobre el Anteproyecto de Ley de adopción internacional (2007).
85. Director, junto a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, de la Colección “Derecho Transnacional” de Editorial Comares (2008), en la que se han publicado 19 monografías (2008-2021).
86. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2007-2008, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979 (Ministerio de Educación y Ciencia. Secretaría de Estado de Universidades e Investigación. Dirección General de Universidades. 7 abril 2008).
87. Nombramiento por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) para formar parte del panel de expertos externos del Programa Academia para la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios (desde junio 2008 hasta la actualidad).
88. Director, junto a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (desde 2009 hasta junio 2014) y junto a ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ (desde julio 2014), de la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, publicada por la Universidad Carlos III de Madrid.
89. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2008-2009, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979 (Ministerio de Ciencia e Innovación. Secretaría de Estado de Universidades. Dirección General de Universidades. 20 abril 2009).
90. Miembro del Comité Editorial de la Colección de Tratados y Manuales de Derecho comercial de la Universidad de la Sabana (Colombia) (junio 2009).

91. Director del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (junio 2009-octubre 2011).
92. Proyecto de investigación financiado por la Comisión Europea. Referencia JLS/2008/CFP/CJ/08-1AG. Organismo/Centro: Universidad de Valladolid. Investigador Principal: LUIS VELASCO SAN PEDRO. Título: Private Enforcement Competition Law. Plazo de ejecución: 01/11/2009-01/11/2011.
93. *Editor de Jurnalul de studii juridice/Journal of Legal Studies/Revue d'études juridiques*, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad "Petre Andrei" de Iași (Rumanía) (diciembre 2009).
94. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2009-2010, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (Ministerio de Educación. Secretaría General de Universidades. Dirección General de Política Universitaria. 20 abril 2010).
95. Admisión como Miembro del Consejo y del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria" de la Universidad Carlos III de Madrid (23 abril 2010).
96. Miembro del Consejo de redacción del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (27 septiembre 2010).
97. Nombramiento como integrante de la Comisión interna de Evaluación de las solicitudes presentadas a la Convocatoria de ayudas para la realización de proyectos que potencien la creación y consolidación de grupos de investigación de la Universidad Carlos III de Madrid, aprobada mediante Resolución rectoral de 14 diciembre 2009 (BOCM de 8 enero 2010) (8 octubre 2010).
98. Miembro titular de la Comisión que ha de conceder los premios extraordinarios del Programa de Doctorado en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid (22 noviembre 2010).
99. Presidente del Tribunal calificador de la prueba de conjunto específica para la homologación del título extranjero de la Licenciatura en Derecho (26 noviembre 2010).
100. Proyecto de I+D. Referencia: DER2010-18064. Organismo: Universidad Nacional de Educación a distancia. Investigador Principal: JESÚS PRIETO DE PEDRO. Plazo de ejecución: 01/01/2011 al 31/12/2013. Título: El nuevo orden de la cooperación internacional para la preservación de la diversidad cultural a la luz del Convenio de la UNESCO de 2005. Referencia particular a España.
101. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2010-2011, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (Ministerio de Educación. Secretaría General de Universidades. Dirección General de Política Universitaria. 6 abril 2011).
102. Reelegido Director del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (octubre 2011-octubre 2013).
103. Miembro del Comité Editorial y Científico de la colección "Estudios de Derecho Privado" publicada por la Universidad de La Sabana y el Grupo Editorial Ibáñez (Bogotá [Colombia], 2012).

104. Nº 1 en el ranking de profesores del área de Derecho Internacional Privado del *H Index Scholar 2012* (fecha actualización: 23 febrero 2012), producto realizado por el Grupo de Evaluación de la Ciencia y la Comunicación Científica (EC3) de la Universidad de Granada (<http://indexscholar.com/ciencias-juridicas>).
105. Profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia (Italia) (marzo 2012).
106. Nombramiento como *Fellow* del *European Law Institute* (Viena, 19 abril 2012).
107. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2011-2012, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Secretaría General de Universidades. Dirección General de Política Universitaria. 4 mayo 2012).
108. Miembro de la Comisión Académica de Titulación “Master en Derecho Privado” de la Universidad Carlos III de Madrid (Curso 2011/2012).
109. Miembro del *Academic Committee* de la *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal (SLLERJ)*, revista electrónica publicada por la Universidad Carlos III de Madrid (desde 2012 hasta 2018 inclusive).
110. Ponente en la Comisión General de Codificación (Sección Civil) de la Propuesta para una reforma del Código civil sobre custodia compartida (2012).
111. En enero de 2013, obtención por el Master en Comercio Exterior de la Universidad Carlos III de Madrid de un diploma de Eduniversal acreditativo de que figura en el *Top 50 Best Master Programs in the World*. El Master aparece en el puesto número 25 del *Global Masters Ranking* para 2012-2013, en la especialidad de *Retail Sales Management*. Eduniversal es un organismo que evaluó unas 30 especialidades distintas de Masters y MBA en 154 países.
112. Nombramiento por el Ministerio de Universidades italiano como vocal extranjero (de un país de la OCDE que no sea Italia) de una Comisión –integrada, además, por cuatro vocales italianos– que deberá, en los dos próximos años, resolver los concursos de habilitación para Profesores titulares y Catedráticos del área de Derecho Internacional y de la Unión Europea (Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, Decreto Direttoriale recante la nomina della Commissione per l’abilitazione scientifica nazionale nel settore concorsuale 12/E1– Diritto Internazionale e dell’Unione Europea [Art. 8, comma 1, Dd N. 181 del 2012], MIUR.AOODPUN. REGISTRO DECRETI.0000245.13-02-2013). Posteriormente se comunicó que el Decreto Legge n. 90 del 24/6/2014 (publicado in G.U. n. 114 del 24/6/2014 - Serie Generale) en su art. 14 dispuso sobre la conclusión del procedimiento en curso para la habilitación científica nacional que: “Art. 14. I lavori delle commissioni nominate ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica del 14 settembre 2011, n. 222 riferiti alla tornata 2013 dell’abilitazione scientifica nazionale proseguono, senza soluzione di continuità’, fino alla data del 30 settembre 2014”.
113. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2012-2013, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (Ministerio

de Educación, Cultura y Deporte. Secretaría General de Universidades. Dirección General de Política Universitaria. 9 abril 2013).

114. Méritos de investigación: reconocimiento del 6º sexenio (2007-2012) (efectos desde 1 enero 2013) (Madrid, 12 junio 2013).
115. Nombramiento para el “Comitato internazionale per la valutazione scientifica” de las contribuciones destinadas a la revista jurídica italiana *Studium Iuris*, publicada por la editorial CEDAM de Padova (Ferrara, 13 junio 2013).
116. Project Proposal JUST/2013/JCIV/AG/4000004710. Financiado por European Commission: Directorate-General Justice. Investigador Principal: Prof. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI - Organismo: La Sapienza (Roma). Título: “The Europeanization of Private International Law of Successions”. - Fecha de Resolución: 2013-12-02 - Fecha oficial de comienzo: 2014-01-01 - Fecha de finalización: 2015-06-30.
117. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Facultad de Derecho, Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2013-2014, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Secretaría General Técnica de Universidades. Dirección General de Política Universitaria. 9 junio 2014).
118. Miembro del Proyecto Jean Monnet *EU Law between Universalism and Fragmentation: Exploring the Challenge of Promoting EU Values Beyond its Borders* (No. Referencia: 553418-EPP-1-2014-1-ES-EPPJMO- PROJECT), concedido en la convocatoria Programa Erasmus+ 2014 a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales –bajo la coordinación de CARLOS ESPLUGUES MOTA–, desde el 01/09/2014 hasta el 30/09/2016.
119. Miembro de la Comisión Académica de Titulación del *Máster en Derecho Privado* durante el Curso 2013/2014, cuya actividad se encuadra en las previstas en el Sistema de Garantía Interna de Calidad de la Universidad Carlos III de Madrid (SGIC-UC3M), diseñado en el marco del Programa Audit de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad (ANECA) e informado positivamente por dicha agencia, en febrero 2009 (Getafe, 3 noviembre 2014).
120. Director, junto a la Drª CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, de la tesis doctoral presentada por MARÍA ESTHER PORTELA VÁZQUEZ (*Restitución de bienes culturales robados e ilícitamente exportados a EE.UU. La Cultural Property Implementation Act*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 14 noviembre 2014).
121. Ponente en la Comisión General de Codificación (Sección Civil) del Informe sobre los anteproyectos de Ley Orgánica y Ordinaria de Protección de la Infancia (2014).
122. Nombramiento como Vocal en virtud de Orden de 16 febrero 2015 del Sr. Ministro de Justicia, D. RAFAEL CATALÁ POLO, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación una Sección Especial para la transposición de la Directiva 2014/104/UE, sobre regulación de las acciones por daños en virtud del Derecho nacional y por infracciones del Derecho de la competencia.
123. Director, junto a la Drª ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, de la tesis doctoral presentada por JULIA SUDEROW (*El Derecho Internacional Privado en la aplicación privada del Derecho de la compe-*

tencia: Competencia judicial internacional y Derecho aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos antitrust, Universidad Carlos III de Madrid, 20 febrero 2015).

124. Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, de la Facultad de Derecho, Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2014-2015, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Secretaría General de Universidades. Dirección General de Política Universitaria. 29 abril 2015).
125. Según el *Book Publishers Library Metrics*, el ranking donde se mide la presencia de las Editoriales de Ciencias Sociales y Jurídicas en las Bibliotecas públicas, Editorial Comares, en la que publicamos nuestra obra general de referencia en materia de Derecho Internacional Privado así como dos colecciones de monografías, ocupa el número 3 en el área de “Derecho” (de un total de 138 editoriales). *Vid.* Ranking para Derecho: <http://www.librarymetricsforbookpublishers.infoec3.es/layout.php?id=ranking&materia=Derecho> (consultado el 8 mayo 2015).
126. Miembro del Comité Editorial de la Colección Electrónica General del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” de la Universidad Carlos III de Madrid (1 julio 2015).
127. Nombramiento como *membre titulaire/titular member* de la *Académie internationale de droit comparé (AIDC)/International Academy of Comparative Law (IACL)* (julio 2015).
128. Incorporación, como Miembro, al Consejo del Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación de la Universidad Carlos III de Madrid (4 noviembre 2015).
129. Miembro del Comité Científico de la *Revista Jurídica de la Universidad de León* (desde el volumen 2015, nº 2).
130. Ponente en la Comisión General de Codificación (Sección Civil) del Informe sobre la Propuesta de enmienda del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios que tiene su causa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2015, de 2 febrero (2015).
131. Miembro de la Comisión Académica de Titulación del *Máster en Derecho Privado* durante el Curso 2014/2015, cuya actividad se encuadra en las previstas en el Sistema de Garantía Interna de Calidad de la Universidad Carlos III de Madrid (SGIC-UC3M), diseñado en el marco del Programa Audit de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad (ANECA) e informado positivamente por dicha agencia, en febrero 2009 (Getafe, 15 enero 2016).
132. Director, junto a la Dr^a JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, de la tesis doctoral presentada por MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ (*Compraventa y leasing internacional de grandes aeronaves civiles*, Universidad Carlos III de Madrid, 18 enero 2016).
133. Participación en las actividades del Módulo Jean Monnet “The EU and International Family and Succession Law” (Reference: 564433-EPP-1-2015-1-ES-EPPJMO-MODULE [Module Coordinator: BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ]), impartiendo la conferencia titulada “La *professio iuris* en el marco del nuevo Reglamento europeo sobre sucesiones” (2 h.), el día 4 de febrero de 2016. Con esta conferencia se ha dado inicio al Curso de Formación Continua “Los aspectos internacionales del Derecho de familia y sucesiones y su regulación en la Unión Europea” (1 edición), que se oferta a través del Centro de Formación Permanente de la Universidad de Sevilla (Sevilla, 4 febrero 2016).

- 134.** Miembro de la *Red Académica de Defensa de la Competencia (RADDC)* (desde su constitución el 16 febrero 2015 hasta el 31 diciembre 2022).
- 135.** *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* obtuvo, para el período 2010-2014, los siguientes resultados según el índice bibliométrico de *Journal Scholar Metrics*: En la categoría de *Law*, tuvo el puesto 461 en el ranking de *only core journals* (de un total de 820 revistas jurídicas), Q3, y el puesto 518 en el ranking de *all journals* (de un total de 885 revistas jurídicas), Q3 (disponible en http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=journal&j_name=Cuadernos+de+derecho+transnacional y consultada el 18 mayo 2016). Nuestra revista se sitúa así, con respecto al mismo período de tiempo, por delante de otras revistas españolas que interesan a nuestra especialidad, como, por ejemplo, el *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (560/620, Q3), la *Revista de Derecho Mercantil* (560/620, Q3), y la *Revista Española de Derecho Internacional* (645/707, Q4).
- 136.** Nombramiento como Vocal del Tribunal titular que ha de presidir y juzgar las Pruebas de Conjunto para la obtención del título de Licenciado en Derecho, en la Facultad de Derecho, Universidad de Deusto, correspondientes a las convocatorias del Curso académico 2015-2016, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º y 11º del Convenio entre España y la Santa Sede, de fecha 5 de abril de 1962 y en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979 (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Secretaría General de Universidades. Dirección General de Política Universitaria. 18 mayo 2016).
- 137.** Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (Orden de 20 junio 2016) (*Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, nº 2190, julio 2016).
- 138.** Miembro del *International Committee* de la *Rivista di Diritto Sportivo* editada por el *Comitato Olimpico Nazionale Italiano* (CONI) (16 noviembre 2016).
- 139.** Inclusión de *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* en *ERIH PLUS European Reference Index for the Humanities and Social Sciences* de acuerdo a los *ERIH PLUS criteria for inclusion* (1 diciembre 2016), base de datos de la *European Science Foundation (ESF)*, que es gestionada por el *NSD - Norwegian Centre for Research Data* (<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringsskanaler/erihplus/>).
- 140.** Miembro del *Conselho Editorial* de la revista *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS* (3 enero 2017). Se trata de una revista editada por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS. Endereço: Av. João Pessoa, 80, 2º andar, Centro Histórico, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. CEP: 90040-000. E-mail: revistappgdir@ufrgs.br.
- 141.** Miembro del Comité Asesor 9: Derecho y Jurisprudencia (Resolución de 17 febrero 2017, de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, por la que se nombra a los miembros de los Comités Asesores de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, BOE nº 44 de 21 febrero 2017).
- 142.** Miembro del *Comité científico y asesor* de la *e-Revista Internacional de la Protección Social* (9 junio 2017). Es una Revista jurídica que está auspiciada por el Grupo de Investigación SEJ-447 “Coordinación Comunitaria de Regímenes de Seguridad Social y Asistencia Social” y la RED DE EXCELENCIA DER2015-69364-REDT, adscritos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España).
- 143.** Director, junto a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, de “Litigación internacional en la Unión Europea” de Thomson Reuters Aranzadi (2017), serie de libros sobre los Reglamentos de Derecho Interna-

- cional Privado de la Unión Europea, publicada en la *Colección Grandes Tratados de Aranzadi* (publicados los volúmenes I, II, III, IV, V, VI y VII [2017-2024]).
144. Miembro del Comité Científico de las XXVII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI): *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, Mercado interior y ciudadanía* (Bilbao, 21 y 22 septiembre 2017).
 145. Premio de Estudios Jurídicos Europeos Eduardo García de Enterría (2ª ed.) de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo (AEDEur) en modalidad artículo: ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA/JULIA SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 114-157. Integrantes del Jurado fueron: D. Armin von Bogdandy, Dª Siofra O’Leary y Dª Paz Andrés Sáenz de Santa María (Madrid, 17 noviembre 2017).
 146. La revista *CDT* aparece en el décimo lugar de la categoría *Derecho* en el Índice H de las Revistas Científicas Españolas según Google Scholar Metrics (2012-2016), elaborado por Emilio Delgado López-Cózar, Alberto Martín-Martín, Enrique Orduña-Malea de la Facultad de Comunicación y Documentación. Universidad de Granada y la Universidad Politécnica de Valencia (*PDF Download Available*). Available from: https://www.researchgate.net/publication/321361739_Indice_H_de las Revistas Cientificas Espanolas segun Google Scholar Metrics_2012-2016?channel=doi&linkId=5a1eb2eda6fdccc6b7f8ace2&showFulltext=true [accessed Nov 30 2017]).
 147. Vocal del Comité Asesor 9: Derecho y Jurisprudencia (Resolución de 2 marzo 2018, de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, por la que se nombra a los miembros de los Comités Asesores de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, BOE nº 57 de 6 marzo 2018).
 148. Secretario del Comité 9, Derecho y Jurisprudencia, de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, durante la convocatoria 2017.
 149. Elegido miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT por su Asamblea General para un período de cinco años (2019-2023) (Roma, 6 diciembre 2018) / *UNIDROIT Governing Council Member for the Quinquennium 1. January 2019 / 31 December 2023 elected at the 77th session of the UNIDROIT General Assembly, held in Rome on 6 December 2018*. Fue el tercer candidato más votado.
 150. Participación en la sesión 98ª del Consejo de Dirección de UNIDROIT (Roma, 8-10 mayo 2019) / *UNIDROIT Governing Council 98th session Rome, 8-10 May 2019*.
 151. La revista *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, publicada por la Universidad Carlos III de Madrid, consiguió el “Sello Fecyt”. Este sello de calidad se obtuvo tras la superación de dos fases de evaluación y lo concedió la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, que pertenece al Ministerio de Ciencia, Innovación y Tecnología (resolución definitiva de 12 julio 2019, BOE nº 176 de 24 julio 2019, p. 41841).
 152. *Cuadernos de Derecho Transnacional* es la revista número 1 del Índice H de las revistas científicas españolas según Google Scholar Metrics (2014-2018) en la categoría de “Derecho Internacional” (Delgado López-Cózar, E.; Martín-Martín, A. (2019). *Índice H de las revistas científicas españolas según Google Scholar Metrics [2014-2018]*, 3ª ed., Granada, 25 octubre 2019, disponible en esta dirección: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.36649.13923>).

153. Miembro del *Comité científico* de *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social* (marzo 2020).
154. Concesión por parte de la *Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (ANVUR)* de la acreditación de *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* como revista de *clase A*, según los parámetros italianos, a partir de lo publicado en ella desde 2016 (7 abril 2020) (disponible en https://www.anvur.it/wp-content/uploads/2020/04/area12-classea-V_Quadrimestre_ASN2018.pdf).
155. *Cuadernos de Derecho Transnacional* superó con éxito el proceso de renovación del Sello de Calidad FECYT (FECYT 2020) concedido por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (<https://calidadrevistas.fecyt.es/>) (13 julio 2020).
156. *Cuadernos de Derecho Transnacional* fue aceptada para la inclusión de su contenido en SCOPUS (5 julio 2020). La firma del contrato con Elsevier se realizó el 3 noviembre 2020.
157. *Cuadernos de Derecho Transnacional* superó con éxito el proceso de renovación del Sello de Calidad FECYT (FECYT 2021) concedido por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología: Madrid, 06 de julio de 2021 Listado provisional de revistas que renuevan el sello de calidad FECYT en la VII Convocatoria de la evaluación de la calidad editorial y científica de las revistas científicas españolas (disponible en https://evaluacionarce.fecyt.es/Publico/Resolucion/_Recursos/2021_Listado_Provisional_Rev_Renovacion.pdf). Listado año 2020 (consultado el 6 septiembre 2021): https://calidadrevistas.fecyt.es/listado-revistas/35?field_ano_value%5Bvalue%5D%5Byear%5D=2020.
158. Participación en la 100ª sesión del Consejo de Dirección de UNIDROIT (Roma, 22-24 septiembre 2021) / *UNIDROIT Governing Council 100th session Rome, 22-24 September 2021*.
159. Nombramiento como miembro del *Comitato editoriale* de *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (disponible en <http://www.fsjeurostudies.eu/>), revista de clase A, cuatrimestral y *online* (15 marzo 2022).
160. Listado de revistas que renuevan el Sello de Calidad FECYT 2022 (Madrid, 22 julio 2022) (https://calidadrevistas.fecyt.es/sites/default/files/2022_listadodefinitivo_0.pdf).
161. La Comisión de Evaluación de FECYT resolvió que la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional* SÍ obtuviese la *Mención de Buenas Prácticas en Igualdad de Género* ya que quedó demostrado el cumplimiento de todos los criterios indicados (28 julio 2022) (CSV: GEN-6ae8-dacc-d304-20f6-5316-2a4e-2a32-ade5. Dirección de validación: <https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm>. Firmante: Cristina González Copeiro | Fecha: 29/07/2022 14:22 | Certifica).
162. Miembro del *Comitato scientifico* de la colección de estudios de *Diritto internazionale, diritto internazionale privato ed arbitrato. Teoria, prassi e tecniche*, fundada por el editor Pacini, en Pisa (Italia), y dirigida por el profesor F. Marrella (septiembre 2022).
163. Participación en la 102ª sesión del Consejo de Dirección de UNIDROIT (Roma, 10-12 mayo 2023) / *UNIDROIT Governing Council 102th session Rome, 10-12 May 2023*.
164. Universidad Carlos III de Madrid, Resolución de reconocimiento de trienio de 25 mayo 2023. Fecha de vencimiento: 31 marzo 2023. Número de trienio reconocido: 15. Fecha de efectos económicos: 1 abril 2023.

165. *Cuadernos de Derecho Transnacional* figura en el *Ranking de Revistas Jurídicas de la Conferencia de Decanos y Decanas de Derecho de España*, Tarragona, abril 2023, pp. 46 y 117, como la revista número uno, de un total de 62 revistas, de la especialidad “Derecho internacional privado” (disponible en <https://conferencia-de-decanas-y-decanos-de-derecho-de-espana.webnode.es/registro-conferencia-decanos-2022/> [consultado el 22 junio 2023]).
166. *IDR Índices Dialnet de Revistas, Cuadernos de Derecho Transnacional*: Impacto 202: 0,69. Derecho 2021: 9 / 355. Derecho Internacional 2021: 1 / 31 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12911> [3 junio 2023]).
167. Listado de revistas que renuevan el Sello de Calidad FECYT 2023 (Madrid, 28 julio 2023) (https://evaluacionarce.fecyt.es/Publico/Resolucion/_Recursos/2023ListadoDefinitivo_Renovacion.pdf). En el ranking de “Ciencias jurídicas” (2022), *Cuadernos de Derecho Transnacional* ocupa el puesto nº 2 de un total de 67 revistas jurídicas (https://calidadrevistas.fecyt.es/listado-revistas/35?field_anho_value%5Bvalue%5D%5Byear%5D=2022).
168. En su 82ª sesión, la Asamblea General de UNIDROIT eligió al profesor ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, como *miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT* para el quinquenio de 1 enero 2024 a 31 diciembre 2028 (14 diciembre 2023) (<https://www.unidroit.org/election-of-the-governing-council/>). Obtuvo 50 votos y fue el quinto candidato más votado.
169. Participación en la 103ª sesión del Consejo de Dirección de UNIDROIT (Roma, 8-10 mayo 2024) / *UNIDROIT Governing Council 103th session (Rome, 8-10 May 2024)*.
170. Miembro de la *Asociación de profesores y expertos de Derecho internacional privado (APEDIP)* con el número de asociado 000 (4 junio 2024).
171. *Cuadernos de Derecho Transnacional* aparece en el listado definitivo de las revistas que han superado la renovación del sello de la calidad editorial y científicas de las revistas científicas españolas 2024 (FECYT) (<https://www.fecyt.es/es/noticia/mas-de-seiscientas-revistas-cientificas-renuevan-el-sello-de-calidad-editorial-de-fecyt>). Validez: 24 julio 2025 (<https://calidadrevistas.fecyt.es/revistas-sello-fecyt/cuadernos-de-derecho-transnacional>). En el ranking de “Ciencias jurídicas” (2023), *Cuadernos de Derecho Transnacional* ocupa el puesto nº 2 de un total de 68 revistas jurídicas (<https://calidadrevistas.fecyt.es/listado-revistas/35>) (Madrid, 7 agosto 2024).
172. Miembro del Comité científico de la *Revista de Jurisprudencia de Derecho internacional privado (RJDipr)*, revista jurídica *online*, semestral, publicada por la Editorial Colex (2024).
173. Investigadores más citados por publicaciones del ámbito *Derecho*: puesto nº 15. CALVO CARAVACA (de un total de 7465 investigadores) (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/metricas/investigadores/ambitos/6> [26 septiembre 2024]).
174. Investigadores más citados por publicaciones del ámbito *Derecho Internacional*: puesto nº 2. CALVO CARAVACA (de un total de 613 investigadores) (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/metricas/investigadores/ambitos/36> [26 septiembre 2024]).
175. Dialnet Métricas: 1200 citas (Índice H: 15) (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=148721>, consultado el 26 septiembre 2024).
176. Google Académico: Total: Citas 2379; Índice h 22; Índice i10 51 (disponible en <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=MzgXxY4AAAAJ>, consultado el 26 septiembre 2024).

Relación de publicaciones ordenadas cronológicamente

- “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, núms. 1-3, 1978-1979, pp. 111-137.
- “Práctica española de Derecho internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXI, núms. 1-3, 1978-1979, pp. 159-214 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *Anales de la Universidad de Murcia, Derecho*, vol. XXXIV, núms. 1-2, Curso 1975-76 (Ed. 1980), pp. 209-233 (también en el *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIV, fasc. 1, 1981, pp. 85-107).
- “Un caso de cooperación judicial internacional en la práctica española del siglo XIX”, en AA.VV., *Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en Honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980, pp. 43-68.
- “Efectos del matrimonio sobre la vecindad civil de la mujer (Algunas consideraciones sobre una reciente proposición de ley)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXII, núm. 1-3, 1980, pp. 151-169.
- “Práctica española de Derecho internacional 1979”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXII, núms. 1-3, 1980, pp. 265-365 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “Conflictos internos en el ordenamiento español”, en “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional privado (1980)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIII, núm. 2, 1981, pp. 711-717 (bajo la coordinación de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS).
- “Reconocimiento y ejecución en España de un laudo arbitral extranjero (Auto del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1981)”, *Boletín de la Asociación Española de Arbitraje*, núm. 4, Año II, diciembre 1981, pp. 40-53 (también en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, enero-marzo 1982, pp. 221-232).
- “Práctica española de Derecho internacional (1980)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIII, núm. 1, 1981, pp. 229-409 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “Práctica española de Derecho internacional marítimo (1980)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. I, 1981, pp. 735-743 (*idem*).
- “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 3, 1982, pp. 215-218.
- “El extranjero ante el recurso constitucional de amparo”, *Revista Jurídica Española LA LEY*, 1982, t. 2, pp. 824-831 (con F. CASTILLO RIGABERT).
- “Práctica española de Derecho internacional (1981)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, núm. 1, 1982, pp. 175-316 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y R^a M^a RIQUELME CORTADO y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “Capacidad de obrar de las personas físicas”, en “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional privado (1981)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, núms. 2-3, 1982, pp. 507-511 (bajo la coordinación de L. GARAU JUANEDA).
- “Forma de los actos jurídicos”, en “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional privado (1981)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIV, núms. 2-3, 1982, p. 514 (bajo la coordinación de L. GARAU JUANEDA).
- “*Exequatur* de divorcio extranjero y control de competencia legislativa”, *Revista Jurídica Española LA LEY*, 1983, t. 1, pp. 440-445.
- “Práctica española de Derecho internacional (1982)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, núm. 1, 1983, pp. 147-305 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y R^a M^a RIQUELME CORTADO y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “*Exequatur* de divorcio extranjero en España: nuevas directrices del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica Española LA LEY*, 1983, t. 4, pp. 249-260.

- “El control de la competencia judicial internacional del Tribunal de origen de la sentencia”, *Revista Jurídica Española LA LEY*, 1983, t. 4, pp. 1114-1125 (con J.M^a ESPINAR VICENTE).
- “El control de la competencia internacional del Tribunal extranjero”, en “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional privado (1982)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pp. 504-508 (bajo la coordinación de L. GARAU JUANEDA).
- “Sucesiones”, en “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional privado (1982)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXV, núm. 2, 1983, pp. 529-535 (bajo la coordinación de L. GARAU JUANEDA).
- “Control de la competencia internacional del Tribunal extranjero”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. I, Oviedo, 1984, pp. 427-429 y 436.
- “La excepción del ‘interés nacional’”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 72-76 y 91-92 (2^a ed. revisada, 1988, pp. 72-76 y 91-92; 3^a ed. revisada y ampliada, 1990, pp. 66-70 y 85-86; 4^a ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 94-99 y 137; 5^a ed. revisada, 1993, pp. 94-99 y 137; 6^a ed. revisada, Madrid, Editorial Eurolex, S.L., 1995, pp. 106-111 y 138).
- “La sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 239-272 (2^a ed. revisada, 1988, pp. 249-282; 3^a ed. revisada y ampliada, 1990, pp. 295-341; 4^a ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 539-579; 5^a ed. revisada, 1993, pp. 539-579; 6^a ed. revisada, Madrid, Editorial Eurolex, S.L., 1995, pp. 393-422).
- “La gestión de negocios sin mandato”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 412-415 y 419 (2^a ed. revisada, 1988, pp. 422-425 y 429; 3^a ed. revisada y ampliada, 1990, pp. 502-505 y 509; 4^a ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 325-329 y 334-335; 5^a ed. revisada, 1993, pp. 326-329 y 334-335; 6^a ed. revisada, Madrid, Editorial Eurolex, S.L., 1995, pp. 234-236 y 240).
- “El caso Gutiérrez Menoyo: Cuestiones jurídicas”, *Revista Jurídica Española LA LEY*, 1984, t. 3, pp. 978-990 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA).
- “Práctica española de Derecho internacional (1983)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVI, núm. 1, 1984, pp. 173-392 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y R^a M^a RIQUELME CORTADO y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “Mecanismos de control: el extranjero en el recurso de amparo”, en “Jurisprudencia española de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVI, núm. 2, 1984, pp. 601-606 (con F. CASTILLO RIGABERT) (bajo la coordinación de E. PÉREZ VERA y A.L. CALVO CARAVACA).
- “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras: A) Costas y gastos procesales”, en “Jurisprudencia española de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVI, núm. 2, 1984, pp. 646-651 (bajo la coordinación de E. PÉREZ VERA y A.L. CALVO CARAVACA).
- “Práctica española de Derecho internacional marítimo (1981)”, *Anuario de Derecho marítimo*, vol. II, 1984, pp. 501-534 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y R^a M^a RIQUELME CORTADO y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “IPR-Reform in Spanien und Deutschland, Kolloquium in Madrid, 31. Mai-1. Juni 1984”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 48, 4, 1984, pp. 745-748.
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1^a) de 3 de marzo de 1982”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984, pp. 167-169 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1^a) de 24 de marzo de 1982”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984, pp. 172-174 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1^a) de 3 de junio de 1982”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984, pp. 180-181 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, en E. PÉREZ VERA Y OTROS, *Nacionalidad. Extranjería. Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Universidad

- Nacional de Educación a Distancia, 1984, pp. 109-137 (revisado en E. PÉREZ VERA Y OTROS, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., vol. I, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1985, pp. 285-311; 1ª ed. revisada, 1987, pp. 319-345; 2ª ed., 1988, pp. 309-336; 2ª ed. revisada, 1989, pp. 309-336; 3ª ed., 1990, pp. 299-325; 3ª ed. revisada, 1991, pp. 295-321; 4ª ed., 1992, pp. 305-330; 4ª ed. revisada, 1993, pp. 317-344; 5ª ed., 1995, pp. 329-357; 6ª ed., 1996, pp. 327-354).
- “Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)”, en E. PÉREZ VERA Y OTROS, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., vol. I, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1985, pp. 137-160 (1ª ed. revisada, 1987, pp. 137-160; 2ª ed., 1988, pp. 131-153; 2ª ed. revisada, 1989, pp. 131-153; 3ª ed., 1990, pp. 131-152; 3ª ed. revisada, 1991, pp. 133-154; 4ª ed., 1992, pp. 133-154; 4ª ed. revisada, 1993, pp. 137-158; 5ª ed., 1995, pp. 137-162; 6ª ed., 1996, pp. 139-164).
- “El Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969: balance de quince años de vigencia”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, pp. 309-326 (también en Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, *Las relaciones de vecindad*, IX Jornadas, San Sebastián, 3 a 5 de junio de 1985, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1987, pp. 465-480).
- “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros”, en “Jurisprudencia española de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVII, núm. 1, 1985, pp. 206-210 (bajo la coordinación de E. PÉREZ VERA y A.L. CALVO CARAVACA).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 8 de marzo de 1982”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, pp. 175-178 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 15 de junio de 1982”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, pp. 180-182 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 24 de mayo de 1983”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, pp. 191-193 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 25 de enero de 1985”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985, pp. 219-220 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Práctica española de Derecho internacional marítimo (1982-1983)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. III, 1985, pp. 679-736 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y Rª Mª RIQUELME CORTADO).
- “Práctica española de Derecho internacional (1984)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVII, núm. 2, 1985, pp. 497-671 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y Rª Mª RIQUELME CORTADO y bajo la dirección de A. REMIRO BROTONS).
- “Práctica española de Derecho internacional marítimo (1984)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. IV, 1986, pp. 583-628 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA y Rª Mª RIQUELME CORTADO).
- La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1986, XIX-185 p.
- Textos de Derecho internacional público*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1986, 921 p. (con C. GUTIÉRREZ ESPADA).
- “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *Revista General de Derecho*, XLII, 1986, pp. 3103-3138.
- “Las fuentes del Derecho internacional privado”, *Revista General de Derecho*, XLII, 1986, pp. 5051-5093.
- “Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, *Revista General de Derecho*, XLII, 1986, pp. 5095-5122.
- “La eficacia del compromiso arbitral en el ámbito del *exequatur* (Nota al Auto T.S. [Sala 1ª] de 30 de enero de 1986)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 131-136.
- “Valor en juicio de documentos otorgados en el extranjero”, en “Jurisprudencia española de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVIII, núm. 1, 1986, pp. 228-234 (con F. CASTILLO RIGABERT) (bajo la coordinación de E. PÉREZ VERA y A.L. CALVO CARAVACA).
- “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras: G) Problemas particulares”, en “Jurisprudencia española de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Inter-*

- nacional*, vol. XXXVIII, núm. 1, 1986, pp. 272-275 (con F. CASTILLO RIGABERT) (bajo la coordinación de E. PÉREZ VERA y A.L. CALVO CARAVACA).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 19 de febrero de 1985”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 224-226 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 1 de marzo de 1985”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 228-230 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 16 de diciembre de 1985”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1986, pp. 243-244 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- “Práctica española de Derecho internacional (1985)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVIII, núm. 2, 1986, pp. 633-795 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA, Rª Mª RIQUELME CORTADO y E. ORIHUELA CALATAYUD).
- “Práctica española de Derecho internacional marítimo (1985)”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. V, 1986, pp. 433-464 (*idem*).
- “Noción y contenido del Derecho internacional privado”, *Revista General de Derecho*, XLIII, 1987, pp. 5-31.
- “Competencia exclusiva, orden público y Constitución (Consideraciones sobre la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca -Sala de lo Civil- de 9 de diciembre de 1985)”, *Revista General de Derecho*, XLIII, 1987, pp. 4259-4268.
- “Régimen jurídico de la gestión administrativa del enlace fijo a través del estrecho de Gibraltar y cuestiones de Derecho internacional privado”, *Revista General de Derecho*, XLIII, 1987, pp. 6697-6748 (también en *Seminario sobre aspectos jurídicos del Enlace Fijo a través del Estrecho de Gibraltar. Madrid, 4-5 diciembre de 1986*, Madrid, Seceg S.A. y Sned, 1989, pp. 355-388).
- “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras: C) Condena de cantidad”, en “Jurisprudencia española de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIX, núm. 1, 1987, pp. 200-204 (bajo la coordinación de E. PÉREZ VERA y A.L. CALVO CARAVACA).
- “Práctica española de Derecho internacional (1986)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXIX, núm. 2, 1987, pp. 501-656 (con C. GUTIÉRREZ ESPADA, Rª Mª RIQUELME CORTADO y E. ORIHUELA CALATAYUD).
- “Nota al Auto T.S. (Sala 1ª) de 16 de setiembre de 1986”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, pp. 171-173 (bajo la coordinación de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS).
- Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1988, 230 p. (con L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA).
- “Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional”, *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 3679-3701 (también en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989, pp. 129-146).
- “Nuevas perspectivas del arbitraje comercial internacional en España”, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1988*, Vitoria, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1990, pp. 525-620.
- El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1989, 213 p. (con L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA).
- “Sociedades”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 3ª ed. revisada y ampliada, vol. II, Oviedo, 1990, pp. 111-161 (con el título “Personas jurídicas con especial referencia al Derecho de sociedades” en la 4ª ed. revisada, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 143-192; 5ª ed. revisada, 1993, pp. 143-192).
- “Arts. 9.11 y 10.8”, Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1991, pp. 103-105 y 125-127 (actualizado el primero de ellos con el título “Las personas jurídicas”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Madrid, Eurolex, S.L., 1995, pp. 84-94 y 97).
- Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: Análisis y perspectivas*, Murcia, Secretariado de Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea, Secretaría General de la Presidencia, Comunidad Autónoma de Murcia, 1991, 185 p. (con L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA).

- “Prólogo” a I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 1992, pp. 11-14.
- “Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Actualidad civil*, núm. 23, junio 1992, pp. 329-346 (también en AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1993, pp. 1329-1348).
- “Política y defensa de la competencia en la C.E.E.: Una aproximación”, *Revista General de Derecho*, abril 1993, pp. 3379-3447 (con LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA) (parcialmente publicado también como “Reflexiones en torno al concepto y funciones del Derecho de la competencia”, *Gaceta Jurídica de la C.E.*, Boletín-85, junio 1993, pp. 13-22).
- Derecho mercantil internacional. Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1993, 333 p. (con LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA) (2ª ed., 1995, 788 p.).
- “Prólogo” a J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Editorial Beramar, 1993, pp. 15-18.
- “La Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: Algunos problemas de aplicación”, en AA.VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, Madrid, La Ley, 1994, pp. 381-413.
- “La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)”, *Derecho de los Negocios*, núm. 43, abril 1994, pp. 1-18.
- “Introducción General al Convenio de Bruselas y arts. 1, 17, 18 y 21”, en A.-L. CALVO CARAVACA, (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 21-39, 41-59, 343-371, 372-379 y 400-411 (reimp. 1ª ed., 1995).
- “Problemas y tendencias del Derecho concursal internacional”, *Derecho de los Negocios*, núm. 49, octubre 1994, pp. 1-17 (también en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 15, diciembre 1994, pp. 11-48).
- “El Derecho mercantil internacional: ¿Una nueva categoría sistemática?”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 16, abril 1995, pp. 89-173 (con LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA).
- “Interés nacional” y “Nacionalidad de sociedades”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3664-3666 y 4385-4389.
- “Art. 8.2”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t. I, vol. 2º, 2ª ed, Madrid, Edersa, 1995, pp. 110-163 (con JULIO D. GONZÁLEZ CAMPOS).
- “Arts. 9.8, 9.11, 10.8 y 12.4”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 350-391, 479-525, 710-728 y 927-943.
- “Tendencias de la regulación del comercio en Europa”, en *Nueva ordenación del comercio minorista en España*, Madrid, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996, pp. 255-321 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, pp. 37-40 (con L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y P. BLANCO-MORALES LIMONES).
- “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, pp. 41-143 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El contrato de compraventa internacional de mercancías”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, pp. 144-399 (con L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA).
- “Las garantías contractuales (Fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, pp. 1186-1274 (con P. BLANCO-MORALES LIMONES).

- “Prólogo” a S. AREAL LUDEÑA, *La responsabilidad del fabricante de aeronaves en los Estados Unidos. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 5-10.
- “Prólogo” a N. GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, Granada, Editorial Comares, 1997, pp. XV-XX.
- Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 1997, XXVIII-757 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Arts. 1, 6, 7, 9, 10, 71 a 73 y 89 a 101”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1998, pp. 45-59, 92-113, 132-147, 560-579 y 699-742.
- “Las disposiciones comunes a vendedor y comprador en la Convención de Viena de 1980”, en *Estudios de Derecho mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, vol. II, Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1175-1205.
- “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *Actualidad civil*, 1998, nº 6, pp. 129-140 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Insolvencia de la empresa y Derecho internacional privado”, *Justicia* 98, núms. III-IV, pp. 419-474 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a M^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *Ejecución de sentencias extranjeras en España: Convenio de Bruselas de 1968 y procedimiento interno*, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. XI-XIII.
- “Problemas de secuestro internacional de menores”, *Actualidad civil*, 1998, nº 21, pp. 481-527 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Desregulación del sector aéreo y Derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 4, mayo-agosto 1998, pp. 9-63 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Efectos del matrimonio”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 77-105 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (2^a ed., 2000, pp. 71-90; 3^a ed., 2002, pp. 77-98; 4^a ed., 2003, pp. 109-127; 5^a ed., 2004, pp. 121-141; 6^a ed., 2005, pp. 69-83; 7^a ed., 2006, pp. 77-94; 8^a ed., 2007, pp. 99-127; 9^a ed., 2008, pp. 131-166; 10^a ed., 2009, pp. 123-156; 11^a ed., 2010, pp. 121-154; 12^a ed., 2011, pp. 133-166; 13^a ed., 2012, pp. 137-172; 14^a ed., 2013, pp. 145-180; 15^a ed., 2014, pp. 147-183; 16^a ed., 2016, pp. 187-225; 17^a ed., 2017, pp. 213-261 y 268-270).
- “El ‘secuestro legal internacional de menores’ (*legal kidnapping*)”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 186-204 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (“Secuestro internacional de menores”, 2^a ed., 2000, pp. 159-179; 3^a ed., 2002, pp. 181-203).
- “Sucesión hereditaria”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 237-277 (con P. BLANCO-MORALES LIMONES) (2^a ed., 2000, pp. 203-233).
- “Personas jurídicas: especial referencia a las sociedades mercantiles”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 279-333 (con P. BLANCO-MORALES LIMONES) (“Personas jurídicas y sociedades mercantiles”, 2^a ed., 2000, pp. 235-267).
- “Contratos internacionales (I)”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 335-436 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (2^a ed., 2000, pp. 269-321; 3^a ed., 2002, pp. 305-381; 4^a ed., 2003, pp. 389-455; 5^a ed., 2004, pp. 491-561; 6^a ed., 2005, pp. 309-361; 7^a ed., 2006, pp. 337-396; 8^a ed., 2007, pp. 381-442; 9^a ed., 2008, pp. 457-523; 10^a ed., 2009, pp. 447-608; 11^a ed., 2010, pp. 457-617; 12^a ed., 2011, pp. 587-764; 13^a ed., 2012, pp. 547-734; 14^a ed., 2013, pp. 651-845; 15^a ed., 2014, pp. 717-920; 16^a ed., 2016, pp. 837-1051; 17^a ed., 2017, pp. 897-1069; 18^a ed., 2018, pp. 905-1055).
- “Régimen jurídico de la insolvencia de la empresa en el comercio internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 663-702 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- “Arbitraje comercial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. 703-769 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a E. CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Editorial Comares, 1998, pp. XI-XIV.
- “El Derecho europeo de la competencia y el transporte aéreo internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Eds.), *Seminario sobre Derecho aeronáutico, 13-14 de mayo de 1998*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 39-173 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Intervenciones en *Jornadas de estudio sobre conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, Real Sociedad Vascongada de los Amigos del País, 1999, pp. 63-66 y 333-336.
- “Prólogo” a A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”*, Granada, Editorial Comares, 1999, pp. XVII-XXIII.
- El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, 375 p. (con NATIVIDAD GOÑI URRIZA).
- Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Editorial Comares, 1999, XX-499 p. (2ª ed., 2000, XXIV-503 p.; 3ª ed., 2002, XXIV-550 p.; 4ª ed., 2003, XXV-487 p.; 5ª ed., 2004, XXVI-540 p.; 6ª ed., 2005, XXV-534 p.; 7ª ed., 2006, XXIV-454 p.; 8ª ed., 2007, XXIV-495 p.; 9ª ed., XXIX-581 p.; 10ª ed., 2009, XXIX-569 p.; 11ª ed., 2010, XXXIV-584 p.; 12ª ed., 2011, XXXV-672 p.; 13ª ed., 2012, XXXIV-724 p.; 14ª ed., 2013, XXXV-768 p.; 15ª ed., 2014, XXXIV-836 p.; 16ª ed., 2016, XXXIV-958 p.; 17ª ed., 2017, XXX-1004 p.; 18ª ed., 2018, XXXVII-623 p.) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Presentación” a A.-L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Editorial Colex, 2000, pp. 7-8.
- “Prólogo” a A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (Eds.), *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2000, pp. 7-8.
- “Mercado Único Europeo y libertades comunitarias”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (Eds.), *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2000, pp. 9-146 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho europeo de la competencia: Objeto, fuentes y sistemática”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (Eds.), *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2000, pp. 147-282 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE en relación con el principio *non bis in idem*”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (Eds.), *Derecho europeo de la competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2000, pp. 407-427 (con M.P. CANEDO ARRILLAGA).
- “Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 186, Julio de 2000, pp. 87-101 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, *Ejecución en España de letras de cambio extranjeras*, Granada, Editorial Comares, 2000, pp. XVII-XVIII.
- “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2ª ed., Granada, Editorial Comares, 2000, pp. 91-121 (3ª ed., 2002, pp. 99-137; 4ª ed., 2003, pp. 129-173; 5ª ed., 2004, pp. 143-218; 6ª ed., 2005, pp. 85-112; 7ª ed., 2006, pp. 95-126; 8ª ed., 2007, pp. 129-162; 9ª ed., 2008, pp. 167-204; 10ª ed., 2009, pp. 157-194; 11ª ed., 2010, pp. 155-192; 12ª ed., 2011, pp. 167-266; 13ª ed., 2012, pp. 173-279; 14ª ed., 2013, pp. 181-290; 15ª ed., 2014, pp. 185-296; 16ª ed., 2016, pp. 227-348; 17ª ed., 2017, pp. 271-395; 18ª ed., 2018, pp. 227-314) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a PILAR JUÁREZ PÉREZ, *Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades*, Granada, Editorial Comares, 2000, pp. XIII-XVI.
- “Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, nº 11, Noviembre 2000, pp. 1155-1170 (también en *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, nº 17, 1999, pp. 285-306) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2001, 292 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “International Data Protection, Privacy and Directive 95/46/EEC”, en J. BASEDOW ET AL. (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2001, pp. 167-182 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Editorial Colex, 2001, 172 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica”, en J.A. ECHEBARRÍA SÁENZ (Coord.), *El comercio electrónico*, Madrid, Edisofer, S.L., 2001, pp. 145-217 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. I, 2001, pp. 215-237 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a A.-L. CALVO CARAVACA/J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Editorial Colex, 2001, pp. 7-9.
- Práctica Procesal Civil Internacional (Formularios Comentados, Textos Legales, Jurisprudencia y Casos Prácticos)*, Granada, Editorial Comares, 2001, XXIII-914 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Textos legales de Derecho Internacional Privado Español*, Granada, Editorial Comares, 2001, XIV-453 p. (Codirector junto a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2002, XVI-532 p.; 3ª ed., 2003, XVI-630 p.
- “Prólogo”, a ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Editorial Comares, 2001, pp. XV-XVI (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, nº 3, abril 2002, pp. 203-224 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia judicial internacional y ley aplicable a las sociedades mercantiles en Derecho internacional privado español”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, nº 4, octubre 2002, pp. 129-161 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Exequatur entre España y países iberoamericanos”, en J. KLEINHEISTERKAMP & G.A. LORENZO IDIARTE (Coordinadores), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina – Liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 575-596 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Comentarios a los arts. 8 CC, 9.2 CC, 9.3 CC, 9.11 CC, 10.5 CC, 10.6 CC, 10.7 CC, 10.8 CC, 12.1 CC, 12.2 CC, 12.3 CC, 12.4 CC, 12.5, CC, 12.6 CC, 107 CC; LEC 1/2000 de 7 enero 2000; Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000; Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (selección de normas) (arts. 21, 22, 278); Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (selección de normas); Reglamento del Registro Civil (selección de normas); Reglamento hipotecario (selección de normas); Convenio sobre notificación en el extranjero hecho en La Haya el 15 noviembre 1965; Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero hecho en La Haya el 4 mayo 1970; Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 1 marzo 1954; Convenio suprimiendo legalización de documentos hecho en La Haya el 5 octubre 1961; Reglamento 1348/2000 29 mayo 2000, sobre notificación entre países comunitarios; Reglamento 1347/2000 en materia matrimonial; Convenio de Luxemburgo de 20 mayo 1980; Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980; y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Legislación de Derecho internacional privado comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Editorial Colex, 2002, pp. 17-20, 31-38, 74-77, 95-96, 135-161, 167-178, 186-191, 192-193, 195-199, 201-219, 223, 226, 253-286, 313-314, 317-334, 337, 495-506, 508-511, 514, 524-526, 534-536, 543-546, 562-564, 577-578, 647-654, 715-719, 729-735, 824-848 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Granada, Editorial Comares, 2002, pp. XVII-XX.
- “Sucesión hereditaria”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 3ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 229-266 (con E. CASTELLANOS RUIZ).

- “Personas jurídicas y sociedades mercantiles”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 3ª ed., Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 267-304 (4ª ed., 2003, pp. 355-388; 5ª ed., 2004, pp. 443-490; 6ª ed., 2005, pp. 273-308; 7ª ed., 2006, pp. 295-336; 8ª ed., 2007, pp. 337-379; 9ª ed., 2008, pp. 411-456; 10ª ed., 2009, pp. 397-445; 11ª ed., 2010, pp. 403-456; como “Sociedades de capital y otras personas jurídicas”, 12ª ed., 2011, pp. 531-586; 14ª ed., 2013, pp. 587-650; 15ª ed., 2014, pp. 655-715; 16ª ed., 2016, pp. 773-836; 17ª ed., 2017, pp. 825-896; 18ª ed., 2018, pp. 843-903) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho extranjero y el Tribunal Supremo: La Sala de lo Social contraataca”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2002, pp. 103-114 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho europeo de sociedades”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 283-329 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho europeo de la competencia”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 781-823 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2003, 1308 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (Eds.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 7-9.
- “Globalización y adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (Eds.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 23-71.
- “Libre competencia y descentralización”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 5, enero-marzo 2003, pp. 5-45 (con Mª P. CANEDO ARRILLAGA).
- “Tribunales estatales competentes y contratación internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 11-30 (2ª ed., 2006, pp. 15-42) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Arbitraje comercial internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 31-48 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Ley aplicable al contrato internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 49-96 (2ª ed., 2006, pp. 73-134) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos electrónicos internacionales entre empresas (B2B)”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 703-710 (“Contratación electrónica internacional entre empresas [B2B]”, 2ª ed., 2006, pp. 665-686) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Eficacia de decisiones judiciales extranjeras en materia de contratos internacionales”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 711-737 (2ª ed., 2006, pp. 935-985) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Eficacia de decisiones arbitrales extranjeras en materia de contratos internacionales”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 739-748 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Persona física”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 13-70 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2004, pp. 13-73 (*idem*); A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 13-45 (*idem*); 4ª ed., 2008, pp. 13-73 (*idem*).
- “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 123-144 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2004, pp. 139-161 (*idem*); A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 85-103 (*idem*); 4ª ed., 2008, pp. 145-184 (*idem*).
- “Crisis matrimoniales”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 145-196 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed.,

- 2004, pp. 163-271 (*idem*); A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 105-138 (*idem*); 4ª ed., 2008, pp. 185-229 (*idem*).
- “Adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 217-276; 2ª ed., 2004, pp. 293-353; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 153-189.
- “Secuestro legal internacional de menores y protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 277-328 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2004, pp. 355-424 (*idem*); “Protección de menores”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*, 3ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 191-234 (*idem*); 4ª ed., 2008, pp. 325-384 (*idem*).
- “Persona física”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 4ª ed., Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 13-62 (5ª ed., 2004, pp. 13-64; 6ª ed., 2005, pp. 13-38; 7ª ed., 2006, pp. 13-42; 8ª ed., 2007, pp. 13-50; 9ª ed., 2008, pp. 13-71; 10ª ed., 2009, pp. 13-66; 11ª ed., 2010, pp. 13-65; 12ª ed., 2011, pp. 15-76; 13ª ed., 2012, pp. 17-75; 14ª ed., 2013, pp. 17-80; 15ª ed., 2014, pp. 15-79; 16ª ed., 2016, pp. 39-108; 17ª ed., 2017, pp. 43-121; 18ª ed., 2018, pp. 3-71) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 4ª ed., Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 193-244.
- “Secuestro internacional de menores y protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 4ª ed., Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 245-290 (5ª ed., 2004, pp. 301-363; 6ª ed., 2005, pp. 171-204; “Protección de menores”, 7ª ed., 2006, pp. 177-217; 8ª ed., 2007, pp. 219-260; 9ª ed., 2008, pp. 285-332; 10ª ed., 2009, pp. 275-321; 11ª ed., 2010, pp. 269-314; 12ª ed., 2011, pp. 353-439; 13ª ed., 2012, pp. 367-454; 14ª ed., 2013, pp. 387-477; 15ª ed., 2014, pp. 397-490; 16ª ed., 2016, pp. 481-592; 17ª ed., 2017, pp. 533-654; 18ª ed., 2018, pp. 427-536) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos internacionales *on line Business to Business (B2B)*”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 4ª ed., Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 460-467) (5ª ed., 2004, pp. 566-574) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. XXI-XXII.
- “Contrato internacional, nueva *Lex Mercatoria* y Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1539-1567 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 2, diciembre de 2003, pp. 165-195 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Editorial Colex, 2004, pp. 159-176 [con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ]; también en Mª. D. ADAM MUÑOZ/S. GARCÍA CANO (Dir.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2004, pp. 33-50 [con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ]).
- “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 2, diciembre de 2003, pp. 277-300 (también en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, pp. 49-69, en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja (BEUR)*, nº 12/13, mayo 2004, Suplemento, pp. 17-26, y como “The Private International Law Of The European Community”, en L. PEREZNIETO CASTRO/T. TREVES/F. SEATZU (Eds.), *Tradition and Innovation of Private International Law at the beginning of the Third Millennium, Liber in memoriam of Professor Friedrich K. Juenger*, Hutington, New York, Juris Publishing Inc., 2006, pp. 23-44.
- “Algunas preguntas críticas en torno al Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en J. OVIEDO ALBÁN (Director), *Estudios de contratación in-*

- ternacional (Régimen uniforme e internacional privado)*, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004, pp. 138-220 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos de importación y exportación de bienes culturales”, en J. OVIEDO ALBÁN (Director), *Estudios de contratación internacional (Régimen uniforme e internacional privado)*, Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004, pp. 587-643 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. I, Sevilla, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, 2005, pp. 259-292 [con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ]).
- “Prólogo”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Editorial Colex, 2004, p. 9.
- “Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Editorial Colex, 2004, pp. 119-158 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Ley aplicable al consentimiento internacional: matrimonios internacionales de complacencia”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, 2ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2004, pp. 108-119 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Private international law and the Unidroit convention of 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects”, en *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, pp. 87-104 (también como “Derecho Internacional Privado y Convenio Unidroit, de 24 de junio de 1995, sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *La Ley*, nº 6056, de 7 de julio de 2004, pp. 1-7, y en *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, nº 108, diciembre 2004, pp. 647-675).
- Derecho concursal internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2004, 295 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Art. 10”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. DE LA QUADRA-SALCEDO (Coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 146-186 (con T. DE LA QUADRA-SALCEDO).
- “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil”, *La Ley*, nº 6024, de 24 de mayo de 2004, pp. 1-9 y nº 6025, de 25 de mayo de 2004, pp. 1-7 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Ley aplicable al consentimiento internacional: matrimonios internacionales de complacencia”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 5ª ed., Granada, Editorial Comares, 2004, pp. 94-104 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el Reglamento 1346/2000”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 2004, pp. 157-188 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en I. CANDELARIO MACÍAS/J. OVIEDO ALBÁN [Directores], *Derecho mercantil contemporáneo*, t. I, Bogotá D.C., Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 483-534).
- “Ejecución de resoluciones patrimoniales en la UE: El Reglamento 44/2001 de 22 Diciembre de 2000”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 37, 2004, pp. 27-79 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 3, junio 2004, pp. 363-460; también en V. MORENO CATENA [Director], *La ejecución civil*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 85-168).
- “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *La Ley*, nº 6128, 16 de noviembre de 2004, pp. 1-9 (también en *Foro de Derecho Mercantil. Revista Internacional*, Bogotá [Colombia], nº 6, Enero-Marzo 2005, pp. 61-99; en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Buenos Aires, Año 9, nº 2, Abril 2005, pp. 7-29; en *Revista de Derecho de la Empresa*, Santiago de Chile, 2, Abril-Junio 2005, pp. 9-46).
- “The modernization of the system of implementation of articles 81 and 82 of the Treaty of the European Community from the Spanish perspective”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 4, diciembre de 2004, pp. 13-48 (con Mª P. CANEDO ARRILLAGA y N. GOÑI URRIZA) (también, con algunas modificaciones, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA [Dir.], *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 181-202).

- “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 4, diciembre de 2004, pp. 49-72 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA [Dir.], *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 203-215; también, con algunas modificaciones, como “Article 24”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI [Eds.], *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, pp. 431-443; 2ª ed., 2012, pp. 514-527).
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2004, pp. XVII-XX.
- “El Reglamento comunitario núm. 1347/2000 y los divorcios internacionales”, en G. SUÁREZ PERTIERRA/J. M^a CONTRERAS MAZARIO (Coord.), *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 445-469 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La norma de conflicto del siglo XXI”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 1335-1374.
- “Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y cuestiones de Ley aplicable”, en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. I, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2005, pp. 647-680 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Medidas cautelares y comercio internacional”, en A. MONTALBÁN AVILÉS (Dir.), *Medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo mercantil*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, n° XVIII-2004, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 409-600 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento civil 1/2000”, *La Ley*, 2005, 1, Tomo de Jurisprudencia, pp. 1684-1693 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA [Dir.], *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 9-10.
- “Procedimiento de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el ‘centro de intereses principales’ del deudor?”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Dir.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2005, pp. 217-240 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Conflicto móvil”, “criterios de conexión”, “interés nacional”, “normas de colisión” y “remisión a sistema plurilegislativo”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana, Anuario 2005*, México DF, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 171-172, 220-226, 421-424, 533-542, 601-603 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Provisional and Protective Measures granted by State Courts and International Arbitration”, en *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Livraria Almedina, 2005, pp. 23-33.
- “The Proof of Foreign Law in the new Spanish Civil Procedure Code 1/2000”, *IPRax*, 2/2005, pp. 170-174 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero (en torno a la STS, Social, de 4 de noviembre de 2004)”, *La Ley*, n° 6238, 25 abril 2005, pp. 1-11 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Internet, contratación internacional B2B y *Lex Mercatoria*”, *Revista de Estudios Europeos*, n° 39, Enero/Abril 2005, pp. 105-116 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en A.-L. CALVO CARAVACA/J. OVIEDO ALBÁN [Directores], *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 143-159).
- “Giurisdizione e legge applicabile ai contratti *business to consumer* su Internet nel Diritto europeo”, *Contratto e Impresa/Europa*, 2005, pp. 489-508 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en A.-L. CALVO CARAVACA/J. OVIEDO ALBÁN [Directores], *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 283-304).
- “Competencia judicial internacional: Régimen de producción interna en Derecho internacional privado español”, *DeCITA*, 04.2005, pp. 519-542 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Efectos en España de sentencias dictadas en procedimientos contenciosos: Régimen de producción interna”, *DeCITA*, 04.2005, pp. 543-570 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- “Prólogo”, a A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 6ª ed., Granada, Editorial Comares, 2005, pp. XV-XVII (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Internet”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 6ª ed., Granada, Editorial Comares, 2005, pp. 535-575 (7ª ed., 2006, pp. 593-640; 8ª ed., 2007, pp. 651-701; 9ª ed., 2008, pp. 749-799) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Arbitraje y Derecho europeo de la competencia: Viejos problemas y nuevos dilemas”, *La Ley*, 2005, nº 4, pp. 1357-1378 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO) (también en *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, segunda época, vol. 53/2, Julio-Diciembre 2005, pp. 307-357).
- “La opa debe ser estudiada por las autoridades españolas”, *Expansión*, 29 octubre 2005, p. 66.
- “Bruselas y la opa, el triunfo del sentido común”, *Expansión*, 19 noviembre 2005, p. 66.
- “Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva *Lex Mercatoria*’”, *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Buenos Aires, La Ley, Año 9, nº 6, Diciembre 2005, pp. 103-125 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [Directores], *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2006, pp. 55-80 [*idem*]; también en A. ZAPATA DE ARBELÁEZ [Compiladora], *Derecho internacional de los negocios: Alcances*, t. III, Bogotá (Colombia), Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 59-90 [*idem*]; también en *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, nº 12, 2010, pp. 1-20 [*idem*]).
- “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 2, 2005, pp. 1293-1325 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, nº 700, 2007, pp. 443-475).
- “El arbitraje de transporte”, en A. DE MARTÍN MUÑOZ/S. HIERRO ANIBARRO (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 823-887 (con CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA).
- “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional privado español”, *La Ley*, 2006, nº 1, pp. 1149-1164 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La opa sobre Endesa y el dilema (relativo) del Gobierno”, *Expansión*, 17 enero 2006, p. 61.
- “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: Notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, nº 2007, 15 febrero 2006, pp. 5-51 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 2005, nº 23, Murcia, 2006, pp. 11-70 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2006, p. 9.
- “Lex Mercatoria”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, VII (L-N), México DF, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 93-100 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Formularios Procesales Civiles Internacionales*, Granada, Editorial Comares, 2006, XXV-407 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Granada, Editorial Comares, 2011, XXXV-561 p. (*idem*).
- “*Non bis in idem* en Derecho antitrust”, *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, segunda época, vol. 54/1, Enero-Junio 2006, pp. 11-39 (con M.P. CANEDO ARRILLAGA) (también en M.P. CANEDO ARRILLAGA [Coord.], *Diversas implicaciones del Derecho Transnacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 117-145).
- “Nota a STJCE 15 febrero 2005, *Tetra Laval*, C-12/03P, *Rec.*, p. I-1113”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, segunda época, vol. 54/1, Enero-Junio 2006, pp. 357-369 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO) (también en M.P. CANEDO ARRILLAGA [Coord.], *Diversas implicaciones del Derecho Transnacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 215-228).
- “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 141-175 (8ª ed.,

- 2007, pp. 181-218; 9ª ed., 2008, pp. 227-284; 10ª ed., 2009, pp. 217-273; 11ª ed., 2010, pp. 213-268; 12ª ed., 2011, pp. 295-351; 13ª ed., 2012, pp. 307-365; 14ª ed., 2013, pp. 323-385; 15ª ed., 2014, pp. 333-396; 16ª ed., 2016, pp. 409-479; 17ª ed., 2017, pp. 459-532; 18ª ed., 2018, pp. 357-426) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Supuestos prácticos de Derecho internacional privado II”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7ª ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 641-671 (8ª ed., 2007, pp. 703-736; 9ª ed., 2008, pp. 801-836; 10ª ed., 2009, pp. 851-895; 11ª ed., 2010, pp. 853-902; 12ª ed., 2011, pp. 1017-1066; 13ª ed., 2012, pp. 911-961; 14ª ed., 2013, pp. 1185-1234; 15ª ed., 2014, pp. 1255-1305; 16ª ed., 2016, pp. 1437-1488; 17ª ed., 2017, pp. 1593-1644; 18ª ed., 2018, pp. 1437-1496) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Estudios de Deusto*, vol. 54/2, Julio-Diciembre 2006, pp. 61-109 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españoles (1ª Parte)”, *Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr/Revista jurídica hispano-alemana*, 22. Jahrgang, Juli 2006, pp. 75-83 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) y “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles (2ª Parte)”, *Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr/Revista jurídica hispano-alemana*, 22. Jahrgang, Dezember 2006, pp. 158-166 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Las concentraciones de empresas*, Madrid, Editorial Colex, 2006, 332 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Los matrimonios de complacencia y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *La Ley*, nº 6622, 4 enero 2007, pp. 1-11 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO (Directores), *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pp. 9-10.
- “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 28, 1, 2007, pp. 59-100 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO (Directores), *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pp. 73-134; en *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, Enero-Junio 2007, pp. 49-121; en J. OVIEDO ALBÁN [Coordinador], *Derecho comercial en el siglo XXI*, Bogotá (Colombia), Editorial Temis, 2008, pp. 119-197).
- “Reflexiones sobre la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006: Los matrimonios de complacencia a examen”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO (Directores), *Parmalat y otros casos de Derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pp. 135-177 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Nota a STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, Enero-Junio 2007, pp. 315-327 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “Nota a STJCE 11 julio 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/Comisión*, C-205/03 P”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, Enero-Junio 2007, pp. 327-335 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “Laudatio del Prof. Dr. D. Julio González Campos por el Prof. Dr. D. Alfonso Luís Calvo Caravaca”, en *Autonomía universitaria y libertad académica II*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 93-99.
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/A. DURÁN AYAGO/B.L. CARRILLO CARRILLO, *Curso de nacionalidad y extranjería*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pp. 11-12.
- “Prólogo” a J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Abordaje marítimo y litigación internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pp. 11-13.
- “Precios predatorios”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 1, 2007/1, pp. 39-77 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, Julio-Diciembre 2007, pp. 59-121 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Breves observaciones sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, nº 702, 2007, pp. 1771-1792 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en H. LLANOS MANSILLA/E. PICAND ALBÓNICO [Coord.], *Estudios de Derecho*

- Internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadava*, T. II [*Derecho Internacional Privado*], Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 2008, pp. 277-298).
- “Prólogo” a C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Editorial Colex, 2007, pp. 17-19.
- “Derecho extranjero y recurso de casación (STS, Sala Primera, de 4 de julio de 2006): el Tribunal Supremo cruza el Rubicón”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LX, fasc. 4, 2007, pp. 1843-1859 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I (*Entre la ética, la política y el derecho*), Madrid, Editorial Dykinson, 2008, pp. 255-280 (también en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIV, nº 705, 2008, pp. 195-219) (con C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ).
- “Prólogo”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Editorial Colex, 2008, pp. 7-8.
- “El caso Klimt”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, Editorial Colex, 2008, pp. 61-86 (con C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ).
- La Ley 54/2007 de 2 diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Editorial Comares, 2008, XIV-319 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Familia Internacional*, 4ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2008, pp. 255-323 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española”, *La Ley*, Año XXIX, nº 6953, 26 mayo 2008, pp. 1-9 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, Granada, Editorial Comares, 2008, XV-226 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Nota a STJCE 5 diciembre 2006, *Cipolla*, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 56/1, Enero-Junio 2008, pp. 261-275 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “Nota a STPI 30 enero 2007, *France Télécom*, T-340/03”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 56/1, Enero-Junio 2008, pp. 306-314 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, Editorial Comares, 2008, pp. 685-748 (10ª ed., 2009, pp. 781-849; 11ª ed., 2010, pp. 789-852; 12ª ed., 2011, pp. 941-1016; 13ª ed., 2012, pp. 821-910; 14ª ed., 2013, pp. 1059-1184; 15ª ed., 2014, pp. 1121-1254; 16ª ed., 2016, pp. 1285-1435; 17ª ed., 2017, pp. 1419-1591; 18ª ed., 2018, pp. 1263-1368) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley extranjera”, *La Ley*, Año XXIX, nº 6997, 25 julio 2008, pp. 1-6 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Matrimonio e inmigración: el control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Madrid, Editorial Colex, 2008, pp. 11-13 (con P. BLANCO-MORALES LIMONES).
- “El reenvío y sucesión *mortis causa* en Derecho internacional privado español”, en J. ALVENTOSA DEL RÍO/R. MOLINER NAVARRO (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Laguarda Domínguez*, vol. II, Valencia, Universidad de Valencia, 2008, pp. 1381-1412 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Adopción internacional y competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 de adopción internacional”, *Estudios de Deusto*, vol. 56/2, julio-diciembre 2008, pp. 73-104 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007 de 28 de diciembre”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXII, nº 2073, 15 noviembre 2008, pp. 5-26 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “*I matrimoni tra persone dello stesso sesso*”, en S. BARIATTI/A. GALIZIA DANNOVI (Eds.), *La famiglia senza frontiere: Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano il 25 maggio 2007*, Milano, CEDAM, 2009, pp. 81-98 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- Derecho Antitrust Europeo*, t. I, *Parte General: La competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2009, 671 p.
- “Prólogo” a J. OVIEDO ALBÁN, *Estudios de Derecho Mercantil Internacional: Principios de UNIDROIT, lex mercatoria, compraventa internacional, contratación electrónica, insolvencia transfronteriza*, Bogotá D.C., Universidad de La Sabana, Ibáñez, 2009, pp. 7-11.
- “Efectos legales de los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea”, en C. GUTIÉRREZ ESPADA y otros (Eds.), *El agua como factor de cooperación y de conflicto en las relaciones internacionales contemporáneas. XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Murcia, 200 al 22 de septiembre de 2007, Murcia, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, 2009, pp. 397-410 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Presentación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 1, nº 1, Marzo 2009, p. 3 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 1, nº 1, Marzo 2009, pp. 36-71 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Reglamento ‘Roma II’: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXV, nº 712, 2009, pp. 835-908 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en J. OVIEDO ALBÁN [Coord.], *Obligaciones y contratos en el Derecho contemporáneo*, Medellín, Bogotá, Biblioteca jurídica Díké, Universidad de La Sabana, 2010, pp. 61-149).
- “Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 57/1, Enero-Junio 2009, pp. 306-325.
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Madrid, Editorial Colex, 2009, pp. 19-21.
- “Prólogo” a E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los Tribunales españoles*, Granada, Editorial Comares, 2009, pp. XIII-XV.
- “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, pp. 52-133 (también, abreviado, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, Curso 2008/2009, pp. 115-252).
- “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Notas en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, pp. 294-319 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Convenio de UNIDROIT de 24 de junio de 1995”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J. PRIETO DE PEDRO (Dir.), *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid, Editorial Colex, 2009, pp. 155-189 (con C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ).
- “El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la Haya el 29 mayo 1993: una aproximación heterodoxa”, *Estudios de Deusto*, vol. 57/2, Julio-Diciembre 2009, pp. 77-92 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, nº 1, Marzo 2010, pp. 73-139 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho aplicable a la constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre (Primera parte)”, *International Law*, nº 16, enero-junio 2010, pp. 415-454 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “L’incorporation au regime juridique espagnol de la normative communautaire de restitution de biens culturels”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, nº 2, Octubre 2010, pp. 33-51 (con C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ) (también en J.A. SÁNCHEZ CORDERO [ED.], *Legal culture and legal transplants / La culture juridique et l’acculturation du droit, XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law / XVIIIe Congrès Internationale de l’Academie Internationale de Droit Comparé*, Washington, D.C., July 25th-August 1st, 2010, vol. I, México, International Academy of Comparative Law, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2012, pp. 279-310).

- “Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 20 mayo 2010 (*Bilas*: asunto C-111/09): La sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, nº 2, Octubre 2010, pp. 236-241 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2010, pp. 13-15.
- “Le norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I”, en L. SERENA ROSSI/E. BARONCINI (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli: Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, Napoli, Editoriale Scientifica srl, 2010, pp. 341-360.
- “Conflicto de leyes e incoherencia de reglamentación: sustitución, transposición y adaptación”, en *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, Paraguay, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), 2010, pp. 477-486 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en J.L. GUZMÁN DELBORA [Coord.], *Nos ad justitiam esse natos. Libro de Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su Fundación (1911-2011)*, vol. II, Valparaíso, EDEVAL, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 2011, pp. 955-964 [con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ]).
- “La doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho *antitrust* europeo: Cuestiones escogidas”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 31, 2010-2011, pp. 27-53 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “El Reglamento Roma II sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: Art. 5”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2011, pp. 2355-2359 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Reglamento Roma II sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: Art. 6”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2011, pp. 2359-2363 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: Arts. 6 y 11.4”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2011, pp. 2367-2395.
- “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 3, nº 1, Marzo 2011, pp. 247-262 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en Y. GAMARRA CHOPO (COORD.), *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, pp. 115-155 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Capítulo 9. La celebración del matrimonio y sus efectos personales en el Derecho internacional privado (epígrafes XXII a XXIX)”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I (*Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 1083-1109 y 1113-1114 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed. (reimpresión revisada), 2017, pp. 1089-1114 y 1119-1120 (*Idem*).
- “Capítulo 18. Las crisis matrimoniales en el Derecho internacional privado”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. II (*Las crisis matrimoniales*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 935-1126 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed. (reimpresión revisada), 2017, pp. 989-1210 (*Idem*).
- “Capítulo 38. La adopción internacional”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V (*Las relaciones paterno-filiales [I]*), Pamplona, Thomson Reuters

- Aranzadi, 2011, pp. 633-734 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); como “Capítulo 40. La adopción internacional”, 2ª ed., 2017, pp. 759-882 (*Idem*).
- “Capítulo 44. Tutela y protección de menores en el Derecho internacional privado (epígrafes I al XV)”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI (*Las relaciones paterno-filiales [III]. La protección penal de la familia*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 505-606 y 651-654 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); como “Capítulo 46. Tutela y protección de menores en el Derecho internacional privado (epígrafes I a XIV y Dossier especial [protección de menores y crisis matrimoniales en Derecho internacional privado]”, 2ª ed., 2017, pp. 661-770 y 821-837 (*Idem*).
- “Sociedades de capital y otras personas jurídicas en el comercio internacional: Ley aplicable”, en F. LÓPEZ GUZMÁN (Coord.), *Manual de Derecho societario: Aspectos prácticos*, Bogotá D.C. (Colombia), Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Instituto Colombiano de Derecho Comercial y Empresarial (ICDCE), 2011, pp. 205-293 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Madrid, Editorial Colex, 2011, pp. 13-14.
- “Presentación” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La redacción de los contratos internacionales*, Madrid, Editorial Colex, 2011, pp. 19-20.
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/J.J. MARTÍNEZ NAVARRO (DIRS.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, Editorial Comares, 2012, pp. IX-XI.
- La doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho antitrust europeo*, Madrid, Editorial La Ley, 2012, 422 p. (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “El Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método”, en C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (EDS.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 433-457.
- “El ‘Derecho Internacional Privado multicultural’ y el revival de la ley personal”, *La Ley*, XXXIII, nº 7847, 27 abril 2012, pp. 2-5.
- “Sociedades de capital y otras personas jurídicas”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 393-475 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos internacionales (I): competencia judicial internacional y Ley aplicable”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 477-726 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 1299-1415 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 1721-1833 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho Concursal Internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Editorial Colex, 2012, pp. 1835-2078 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, vol. V (*Derecho internacional privado e interregional*), Madrid, Wolters Kluwer España, 2012, pp. 167-301.
- “Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 5, nº 1, Marzo 2013, pp. 38-102 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de distribución comercial en el Derecho internacional privado de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2013, pp. XIII-XV.

- “Libre circulación de mercancías: Monopolios comerciales”, en J.M^a BENEYTO PÉREZ (DIRECTOR) Y J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS/B. BECERRIL ATIENZA (COORDINADORES), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, T. VI (*Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria*), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi – Thomson Reuters, 2013, pp. 217-323.
- “El control del Derecho extranjero aplicado por el juez del foro: recursos de casación y amparo”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, t. I, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 719-742 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución”, en N. WITZLEB/R. ELLGER/P. MANKOWSKI/H. MERKT/O. REMIEN (HRSG.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, pp. 639-661.
- “Prólogo” a C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea: Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2014, pp. XV-XVI.
- “Daños financieros transfronterizos”, *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 292, 2014, pp. 51-70 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 julio 2012: Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, pp. XV-XVI.
- “Capítulo 1. Contratos internacionales: competencia judicial y ley aplicable”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos*, t. XVI (*Los contratos internacionales [I]*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 31-373 y 374-380 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Capítulo 3. Los contratos internacionales. Ante el concurso de acreedores”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos*, t. XVIII (*Los contratos, ante el concurso de acreedores. Repercusiones tributarias del incumplimiento de los contratos*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 569-916 y 920-930 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia judicial internacional y competencia desleal a la luz del caso *Repsol v. YPF*”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, n^o 1, 2014, pp. 4-30 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. LI, n^o 1, 2015, pp. 55-78 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/J.J. MARTÍNEZ NAVARRO (DIRS.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, 2^a ed., Granada, Editorial Comares, 2015, pp. XI-XIII.
- “Prólogo” a I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid, Editorial La Ley, 2015, pp. 19-21 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 7, n^o 2, Octubre 2015, pp. 45-113 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Article 26”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 669-682 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2^a ed., 2023, pp. 666-677 (*idem*).
- “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades Nacionales de Competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 7, n^o 2, Octubre 2015, pp. 114-157 (con J. SUDEROW) (también en J.I. RUIZ PERIS [ED.], *La compensación de los daños por la infracción de las normas de competencia tras la Directiva 2014/104/UE*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 109-185 [*idem*]).
- “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (DIR.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 6^o (2013-2014), Madrid, BOE, Dykinson, S.L., 2016, pp. 395-410 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Foreword and Acknowledgements”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (EDS.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. XIII-XIV (con A. DAVI y H.-P. MANSEL).
- “Articles 4, 20 and 21”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL (EDS.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 127-148, 291-297 y 298-322.

- “Art. 9.4 C.c.”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (DIR.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 25-65 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Aftt. 9.6 C.c.”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (DIR.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 67-87 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Art. 9.8 C.c.”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (DIR.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 89-111 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Art. 107 C.c.”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (DIR.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 281-304 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Forma de los actos jurídicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, 16ª ed., vol. II, Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 3-37 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 17ª ed., 2017, pp. 5-41 (*Idem*).
- Kodex – Grado. Derecho internacional privado 2016. -Grado en Derecho- Materiales de Derecho internacional privado europeo y español. –Legislación, jurisprudencia, doctrina-*, 2016, Fecha de cierre: 9 julio 2016. 1759 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ) (Disponible en *Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia*. URI: <http://hdl.handle.net/10201/50508>. Disponible también en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codig=655546>).
- “Movilidad transfronteriza de sociedades y libertades europeas de circulación”, en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS/G. ESTEBAN VELASCO/M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ (COORD.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades: Liber Amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 675-695 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 2, julio-diciembre 2016, pp. 133-156.
- “La relación de la Convención con otros instrumentos internacionales”, en H.M. VELASCO/J. PRIETO DE PEDRO (EDS.), *La diversidad cultural: Análisis sistemático e interdisciplinar de la Convención de la UNESCO*, Madrid, Editorial Trotta, 2016, pp. 83-98 (con C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ).
- “Voces: Acuerdo de elección de foro (Derecho internacional privado), Adopción internacional, Adopción transfronteriza, Arraigo (caución de), Asistencia judicial internacional, Calificación, Competencia judicial internacional, Conflicto móvil, Contrato internacional, Control de cambios, Cuestión previa, Derecho internacional privado, Divorcio internacional, Espacio judicial europeo (Derecho internacional privado), Estatuto personal (Derecho internacional privado), Exequatur, Foro de necesidad (Derecho internacional privado), Foro del domicilio del demandado (Derecho internacional privado), Principio de territorialidad (civil)”, en A. MONTOYA MELGAR (DIR.), *Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016.
- “Residência habitual e Lei aplicável à sucessão *causa mortis* internacional”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, vol. XI, nº 2, 2016, pp. 4-45 (también como “Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión *mortis causa* internacional” en A. JAEGER JUNIOR [Ed.], *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma futura codificação da parte geral do direito internacional privado no nível da União Europeia, através de um chamado Regulamento Roma Zero*, Porto Alegre, Editora RJR, 2016, pp. 79-116; también como “Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión *mortis causa* internacional”, en J.M. EMBID IRUJO/J.M. MIQUEL GONZÁLEZ/A.M. MORALES MORENO [DIR.], *Estudios Jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 203-234).
- “Articles 1 & 2”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Rome I Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 52-82 y 82-87 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Preámbulo: apartado VIII (Parte I). Arts. 41 a 49”, en A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), Bosch, Wolters Kluwer España, S.A., 2017, pp. 61-72 y 359-440 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Un Convenio internacional perdido y hallado en las Islas Baleares: reflexiones sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional y las fuentes del Derecho internacional privado espa-

- ño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 9, nº 1, Marzo 2017, pp. 366-382 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (5153/2015). Vinculación de los tribunales civiles a las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Cosa juzgada internacional. Repetición del pleito terminado en el extranjero. Rebelde a la fuerza del demandado en el proceso extranjero”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (DIR.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 7º (2015), Madrid, BOE, Dykinson, S.L., 2017, pp. 381-392 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El principio *ne bis in idem* en el Derecho europeo de la competencia (a propósito de la STJUE 14 febrero 2012, *Toshiba*, C-17/10)”, en L. PAREJO ALFONSO/J. VIDA FERNÁNDEZ (COORD.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, T. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 281-315.
- “Competencia y procedimiento en el ejercicio de acciones civiles sobre derechos de obtenciones vegetales”, en Á. GARCÍA VIDAL (DIR.), *Derecho de las obtenciones vegetales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 1051-1110 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- Kodex – Derecho internacional privado– Segunda edición 2017 – Materiales de Derecho internacional privado europeo y español –Legislación y jurisprudencia–*. Fecha de cierre: 13 mayo 2017. 4067 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ) (Disponible en *Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia*. URI: <http://hdl.handle.net/10201/52945>).
- “WPP-Entscheidung: Zur Zuständigkeit des Anhörungsbeauftragten und der Reichweite der Veröffentlichung von Kronzeugenerklärungen. EuGH, Urteil vom 14.03.2017 – Rs. C-162/15 P, Evonik Degussa. Anmerkung”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 67, 5, 2017, pp. 273-274 (con J. SUDEROW).
- “Derecho antitrust europeo en el sector farmacéutico: introducción y abuso de posición dominante”, en J. FAUS SANTASUSANA/J. VIDA FERNÁNDEZ (DIR.), *Tratado de Derecho farmacéutico y de los medicamentos: Estudio del régimen jurídico de los medicamentos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1185-1261 (con J. RODRÍGUEZ RODRIGO).
- “Contratos internacionales II: contratos en particular” (salvo “contratos de seguro y reaseguro”), en A.-L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, 17ª ed., vol. II, Granada, Editorial Comares, 2017, pp. 1072-1191 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, en L. PRATS ALBENTOSA/G. TOMÁS MARTÍNEZ (COORD.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 149-172.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 850 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (salvo pp. 444-461 [foros en materia de seguros] de C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ).
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea II. La Ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 897 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (salvo pp. 495-509 [contrato internacional de seguro] de C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ).
- “El foro de la última residencia habitual del causante en el Reglamento Europeo de Sucesiones”, en MªA. EGUSQUIZA BALMASEDA/C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (DIRS.), *Tratado de las liberalidades: Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 1819-1862.
- “*Professio juris* e regolamento successorio europeo”, en I. PRETELLI/G.P. ROMANO/T. ROSSI (ÉDS.), *Tui Memores – La dimension culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l’honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Genève, Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2017, pp. 133-153 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- “Derecho aplicable al contrato en defecto de elección de ley por las partes. El caso de los contratos fiduciarios”, en V.M. ROJAS AMANDI (COORD.), *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado: Libro Homenaje al Dr. Leonel Perezniето Castro*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch México, 2017, pp. 125-160 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho internacional privado y la actividad internacional de las sociedades mercantiles”, en A. ALONSO/L. VELASCO/J. PULGAR (DIR.), *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros: Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 173-196 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos internacionales II: contratos en particular”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., vol. II, Granada, Editorial Comares, 2018, pp. 1057-1078 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Editorial Comares, 2018, pp. 1115-1142 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contrato internacional de trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Editorial Comares, 2018, pp. 1143-1172 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 ‘Bruselas I-bis’ de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Editorial Comares, 2018, pp. 697-841 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial. El Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Editorial Comares, 2018, pp. 1369-1436 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Kodex Derecho internacional privado –2018 – Materiales de Derecho internacional privado europeo y español –Legislación y jurisprudencia– [3ª edición]*. Fecha de cierre: 22 junio 2018. 4163 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ) (Disponible en *Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia*. URI: <http://hdl.handle.net/10201/59639>). ISBN: 978-84-09-03304-1.
- “Contrato internacional y normas internacionalmente imperativas: Aspectos generales”, en M. VAQUER CABALLERÍA/A.M. MORENO MOLINA/A. DESCALZO GONZÁLEZ (COORDINADORES), *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, t. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 871-895 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Emisión de bonos soberanos. Aspectos de Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 185-205 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El viaje a ninguna parte de Puigdemont”, *Diario El País*, 19 septiembre 2018 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (disponible en https://elpais.com/elpais/2018/09/17/opinion/1537203157_389823.html).
- “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2017 (492/2017). Ley aplicable a la capacidad procesal de las personas jurídicas extranjeras de Derecho público”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (DIR.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 9º (2017), Madrid, BOE, Dykinson, S.L., 2018, pp. 267-279 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a la obra de ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), *Cuestiones prácticas actuales de Derecho de la nacionalidad y de la extranjería*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 15-16.
- “El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 10, nº 2, Octubre 2018, pp. 7-178 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho internacional privado visto por el Profesor Antonio Remiro Brotóns”, en J. DíEZ-HOCHLEITNER/C. ESPÓSITO/C. IZQUIERDO SANS/S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO (EDS.), *Principios y justicia en el Derecho internacional. Libro Homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotóns*, Madrid, Dykinson, S.L., 2018, pp. 473-480.

- CONSEJO GENERAL ABOGACÍA ESPAÑOLA (COORD.), “Cuestiones de Derecho Internacional Privado y acción de daños derivados de ilícitos *antitrust*”, en *Acciones follow on: Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la competencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 127-168 (con J. SUDEROW).
- “Articles 19 & 20”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Rome II Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019, pp. 603-611 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Declinatoria internacional y convenio arbitral: Derecho Internacional Privado europeo y Convención de Nueva York de 10 junio 1958”, en A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ/K. FACH GÓMEZ (EDS.), *Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 157-176.
- “Aspectos básicos del Reglamento sucesorio europeo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 21-84 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho Internacional Privado”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 1-18 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 1-16 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 1-16 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 1-14 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 1-14 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 1-15 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho Internacional Privado europeo y español. Fuentes y sistema normativo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 19-43 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 17-41 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 17-40 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 15-34 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 15-34 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 17-34 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia Judicial Internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 45-90 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 2ª ed., 2020, pp. 43-67 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 3ª ed., 2021, pp. 41-64 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 4ª ed., 2022, pp. 35-53 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 5ª ed., 2023, pp. 35-53 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 6ª ed., 2024, pp. 35-54 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ).
- “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 91-128 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 69-106 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 61-100 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 55-82 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 55-83 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 55-82 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 129-159 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 107-135 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 101-128 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 83-104 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 85-106 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 83-104 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Eficacia extraterritorial de decisiones”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 161-188 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 2ª ed., 2020, pp. 137-161 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 3ª ed., 2021, pp. 129-146 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 4ª ed., 2022, pp. 105-119 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 5ª ed., 2023, pp. 107-122 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 6ª ed., 2024, pp. 105-121 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT).

- “Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 189-212 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 2ª ed., 2020, pp. 163-183 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 3ª ed., 2021, pp. 147-168 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 4ª ed., 2022, pp. 121-138 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 5ª ed., 2023, pp. 123-140 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 6ª ed., 2024, pp. 123-140 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Forma de los actos jurídicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 213-230 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. CASTELLANOS RUIZ); 2ª ed., 2020, pp. 185-195 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. CASTELLANOS RUIZ).
- “Persona física”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 231-258 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 197-220 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 431-454 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 375-394 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 381-400 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 381-399 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 311-334 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 271-295 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 503-524 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 433-452 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 439-459 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 439-459 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 357-387 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 2ª ed., 2020, pp. 319-345 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 3ª ed., 2021, pp. 547-572 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 4ª ed., 2022, pp. 473-494 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 481-502 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 479-500 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 389-415 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 347-373 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 573-602 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 495-521 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 503-529 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 501-528 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia judicial internacional y negocios internacionales. El Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 477-512 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2020, pp. 429-464 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3ª ed., 2021, pp. 169-203 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., 2022, pp. 139-168 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 141-171 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 141-172 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Sociedades de capital y otras personas jurídicas”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 513-536 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e ISABEL ANTÓN JUÁREZ); 2ª ed., 2020, pp. 465-483 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. ANTÓN JUÁREZ); 3ª ed., 2021, pp. 205-223 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. ANTÓN JUÁREZ); 4ª ed., 2022, pp. 169-185 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. ANTÓN JUÁREZ); 5ª ed., 2023, pp. 173-189 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. ANTÓN JUÁREZ); 6ª ed., 2024, pp. 173-188 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. ANTÓN JUÁREZ).
- “Contratos internacionales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 537-573 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 2ª ed., 2020, pp. 485-521 (con J. CARRASCOSA

- GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); “Contratos internacionales (I)”, 3ª ed., 2021, pp. 225-262 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); “Contratos internacionales (I)”, 4ª ed., 2022, pp. 187-227 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); “Contratos internacionales (I)”, 5ª ed., 2023, pp. 191-230 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT); 6ª ed., 2024, pp. 189-228 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Contratos internacionales II: Contratos en particular”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, en pp. 575-588 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y Y. ROMERO MATUTE); 2ª ed., 2020, pp. 523-534 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y Y. ROMERO MATUTE); “Contratos internacionales (II): Contratos en particular”, 3ª ed., 2021, pp. 263-273 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Y. ROMERO MATUTE y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ); “Contratos internacionales (II): Contratos en particular”, 4ª ed., 2022, pp. 229-238 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ); “Contratos internacionales (II): Contratos en particular”, 5ª ed., 2023, pp. 231-240 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ); 6ª ed., 2024, pp. 229-238 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ).
- “Contratos internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 589-604 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 2ª ed., 2020, pp. 535-549 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 3ª ed., 2021, pp. 275-289 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 4ª ed., 2022, pp. 239-251 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 5ª ed., 2023, pp. 241-253 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 6ª ed., 2024, pp. 239-251 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ).
- “Contrato internacional de trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 605-620 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 2ª ed., 2020, pp. 551-562 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 3ª ed., 2021, pp. 291-303 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 4ª ed., 2022, pp. 253-262 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 5ª ed., 2023, pp. 255-264 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 6ª ed., 2024, pp. 253-262 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ).
- “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 679-715 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 2ª ed., 2020, pp. 595-628 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 3ª ed., 2021, pp. 337-371 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 4ª ed., 2022, pp. 293-322 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., 2023, pp. 295-324 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 293-321 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Libre circulación de decisiones en el ámbito patrimonial. El Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 717-742 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 2ª ed., 2020, pp. 629-650 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 3ª ed., 2021, pp. 389-409 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 4ª ed., 2022, pp. 337-353 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 5ª ed., 2023, pp. 339-356 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ); 6ª ed., 2024, pp. 337-355 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ e I. LORENTE MARTÍNEZ).
- “Competencia judicial internacional, camiones y el día de la marmota”, *Legaltoday.com*, 6 de Junio de 2019 (con J. SUDEROW).
- KODEX Derecho internacional privado - Cuarta edición 2019 -: materiales de Derecho internacional privado europeo y español - Legislación y jurisprudencia-* [fecha de cierre 10 junio 2019], Murcia, <https://digitum.um.es/digitum/>, 2019, 4238 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ). ISBN 978-84-09-12655-2. Disponible en <http://hdl.handle.net/10201/72039>.

- “Private International Law of the European Union: Values and Regulatory Principles”, en *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 33-55 (también como “El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 110, enero-junio 2020, pp. 11-37, y *Revista Cadernos do PPGDir./UFRGS - Faculdade de Direito*, vol. 15, nº 1, 2020, pp. 5-38, disponible en <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/issue/view/4014>).
- “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (1281/2017). La ley aplicable a la filiación: la residencia habitual del hijo”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (DIR.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 10º (2018), Madrid, BOE, Dykinson, S.L., 2019, pp. 237-248 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (2058/2017). Sobre la ley aplicable a la filiación y la sucesión temporal de la norma de conflicto de leyes”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (DIR.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 10º (2018), Madrid, BOE, Dykinson, S.L., 2019, pp. 249-259 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Aplicabilidad de un acuerdo de elección de foro a una reclamación de indemnización de daños por vulneración del artículo 102 TFUE: el caso Apple Sales International (C-595/17)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 11, nº 2, Octubre 2019, pp. 439-451 (con J. SUDEROW).
- “La regla *lex fori regit processum* y la legitimación procesal en los litigios internacionales. Tesis del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Murcia, Colección “Derecho y Letras”, nº 1, Rapid Centro Color, 2019, pp. 1-32 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Ley aplicable a la filiación por naturaleza en los litigios internacionales. El Tribunal Supremo y el art. 9.4 CC”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Colección “Derecho y Letras”, nº 1, Rapid Centro Color, 2019, pp. 415-449 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Alegación del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Colección “Derecho y Letras”, nº 1, Rapid Centro Color, 2019, pp. 663-686.
- “Carga de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Criterios del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Colección “Derecho y Letras”, nº 1, Rapid Centro Color, 2019, pp. 713-743 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones económicas del matrimonio y de las uniones registradas en España, antes y después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 19-20.
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 julio 2012: Análisis crítico*, 2ª ed., Murcia, Colección “Derecho y Letras”, nº 2, Rapid Centro Color, 2019, pp. XI-XII.
- “Poderes autorizados por Notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 12, nº 1, Marzo 2020, pp. 8-65 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Últimas tendencias”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho (Libro homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas)*, Madrid, Editorial Civitas, 2020, pp. 165-178 (también como “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 12, nº 1, Marzo 2020, pp. 86-96).
- “Presentación”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 13-17 (con I. TIRADO MARTÍ).
- “Lex mercatoria y arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/I. TIRADO MARTÍ (EDS.), *UNIDROIT y la codificación internacional del Derecho privado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 57-90 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también como “Lex Mercatoria and Private In-

- ternational Arbitration”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 12, nº 1, Marzo 2020, pp. 66-85 [con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ]).
- Kodex Derecho internacional privado* - Quinta edición 2020-: materiales de Derecho internacional privado europeo y español. Legislación y jurisprudencia.- [Fecha de cierre 15 junio 2020]. 4455 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ). 2020 (5ª ed.). ISBN 978-84-09-21459-4. URI: <http://hdl.handle.net/10201/94112> .
- “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 83-185 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 89-195 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho internacional privado de la Unión Europea y el Derecho internacional privado español. Fuentes y sistema normativo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 187-304 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 197-316 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia judicial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 305-463 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 317-484 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 465-651 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 485-678 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 653-818 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 679-849 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Eficacia extraterritorial de decisiones”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 819-1064 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 851-1086 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1065-1172 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 1087-1189 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Forma de los actos jurídicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1173-1222 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 1191-1240 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Persona física”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1223-1340 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 1241-1373 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 261-462 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 1647-1852 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 565-667 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 1965-2069 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Protección de menores”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 669-866 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 2071-2284 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 ‘Bruselas I-bis’ de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1089-1316 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 2523-2759 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- “Sociedades de capital y otras personas jurídicas”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 25-131 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Tomo II, 2022, pp. 2761-2867 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 133-394 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Tomo II, 2022, pp. 2869-3150 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos internacionales II: Contratos en particular”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 395-571 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 3177-3388 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contratos internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 619-695 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 3437-3523 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Contrato internacional de trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 697-756 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 3525-3588 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 931-1187 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 3775-4049 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial. El Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 1189-1285 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., 2022, pp. 4051-4151 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Los artículos 9.2 y 9.3 del Código civil y el régimen económico matrimonial en Derecho internacional privado español. Valores, métodos y técnicas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 12, nº 2, Octubre 2020, pp. 188-227 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 y sustracción internacional de menores. Algunas cuestiones controvertidas”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro Homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 185-205 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 111, julio-diciembre 2020, pp. 163-180 (también como “Fondamenti teorici dell’autonomia della volontà nei contratti internazionali”, en F. MARRELLA/N. SOLDATI (EDS.), *Arbitrato, Contratti e Diritto del commercio internazionale. Arbitration, Contracts and International Trade Law. Studi in onore di Giorgio Bernini/Essays in honour of Giorgio Bernini*, Milan, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2021, pp. 43-58).
- “Foreword” a J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, *Jurisdiction and Arbitrations Agreements in Contracts for the Carriage of Goods by Sea: Limitations on Party Autonomy*, Abingdon, informa law from Routledge, 2021, p. X (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: del caso *Minas de potasa de Alsacia* (1976) al caso *Volkswagen* (2020)”, en J. ATAZ LÓPEZ/J.A. COBACHO GÓMEZ (COORDINADORES), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 987-1022 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo” a E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional: Reglamentos europeos 2201/2003 -Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 11-12.
- “Prólogo” a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado y dogmática jurídica*, Granada, Comares, 2021, pp. XIII-XIV.
- “Insolvencia internacional: aspectos básicos”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (V): Derecho concursal internacional: Reglamento*

- (UE) 2015/848, *Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 29-40 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Derecho internacional privado concursal: los dos grandes modelos de solución”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (V): Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 41-53 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Reglamento (UE) 2015/848 de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Litigación Internacional en la Unión Europea (V): Derecho concursal internacional: Reglamento (UE) 2015/848, Texto Refundido Ley Concursal (Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE) 2019/1023*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 55-503 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Practicum de Derecho Internacional Privado -600 supuestos prácticos para todos los niveles-*, Murcia, Rapid Centro Color, 2021, V-181 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ); *Practicum de Derecho Internacional Privado -630 supuestos prácticos para todos los niveles-*, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, VI-185 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ).
- “Insolvencia internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2021, pp. 373-388 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2022, pp. 323-336 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2023, pp. 325-338 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 323-336 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2021, pp. 411-430 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2022, pp. 355-373 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 5ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2023, pp. 357-379 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 357-379 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- KODEX Derecho internacional privado - Sexta edición 2021-materiales de Derecho internacional privado europeo y español -Legislación anotada y jurisprudencia - [Fecha de cierre 13 de junio de 2021]. 4529 p.* (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ). 2021 (6ª ed.). ISBN: 978-84-09-31613-7. Disponible en <http://hdl.handle.net/10201/109821> .
- “Bibliografía de Derecho Internacional Privado (2019)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 13, nº 2, Octubre 2021, pp. 649-674 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 27-29 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I-bis”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 31-58 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Bibliografía de Derecho Internacional Privado (2020)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 14, nº 1, Marzo 2022, pp. 600-652 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Preface”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. IX-X (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Private international law. The fundamental issues”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 1-40 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 1-48 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “The Private international law of the European Union. Sources, methods, matters”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 41-67 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 49-79 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- “Natural person”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 69-83 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M.A. CEBRIÁN SALVAT); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 81-99 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M.A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Formation of marriage and registered partnerships. Legitimacy, legitimation and adoption”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 85-108 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); “Marriage and registered partnerships. Parenthood and adoption”, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 101-128 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Divorce, legal separation and nullity of marriage”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 133-152 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 155-178 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Parental responsibility”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 153-172 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 179-200 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “International child abduction”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 173-184 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/I. LORENTE MARTÍNEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 201-214 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/I. LORENTE MARTÍNEZ).
- “International jurisdiction and international business. The Brussels I-bis Regulation”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 229-259 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 265-301 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Legal persons and companies”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 261-275 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 303-318 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “International contracts: The Rome I Regulation”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 277-308 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 319-356 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “International contracts (II): Contracts of carriage, insurance contracts, consumer contracts, agency and gifts”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 309-321 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); “International contracts (II): Contracts of carriage, insurance contracts, agency and donations”, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 357-370 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Cross-border consumer contracts”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 323-337 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 371-387 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Cross-border individual contract of employment”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 339-348 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 389-400 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Torts - The Rome II Regulation”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 349-375 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 401-432 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Insolvency proceedings”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 401-414 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 459-473 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- “Free movement of judgments in civil matters in the European Union”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 415-433 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 475-496 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Arbitration in international business”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 435-452 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 497-518 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “The law governing the process. Taking of evidence and service of documents in the European Union”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 453-470 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M.A. CEBRIÁN SALVAT); “The judicial process. Taking of evidence and service of documents in the EU”, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 519-538 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/M.A. CEBRIÁN SALVAT).
- “European Regulations on uniform, specific and harmonised civil procedure”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 471-485 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); “European regulations on uniform civil procedure”, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 539-555 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Mediation in private international law”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 487-493 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2024, pp. 557-565 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- KODEX Derecho internacional privado - Séptima edición 2022-*: materiales de Derecho internacional privado europeo y español -Legislación anotada y jurisprudencia - [Fecha de cierre 13 de julio de 2022] (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ), 2022 (7ª ed.). ISBN 978-84-09-42739-0. Disponible en <http://hdl.handle.net/10201/122345> .
- European Kodex of Private international Law: cases & materials on European private international law - 2022 - [15th July 2022]* (with J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ), 2022. ISBN 978-84-09-42756-7. Disponible en <http://hdl.handle.net/10201/122346> .
- “Ley aplicable a la protección de personas mayores de edad en Derecho internacional privado español. Reflexiones críticas sobre la modificación del artículo 9.6, párrafo segundo, del Código civil”, en A.-CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ/F. CABELLO DE ALBA JURADO/C. PÉREZ RAMOS (COORDS.), *La reforma de la discapacidad: Comentarios a las nuevas reformas legislativas*, vol. 1, Madrid, Fundación Notariado, 2022, pp. 283-314 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Presentación”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2022, e-book, ISBN: 978-84-1345-501-3 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Pamplona, Aranzadi, 2022, e-book, ISBN: 978-84-1345-501-3 (84 páginas) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ) (también en *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 14, nº 2, Octubre 2022, pp. 194-261 [con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ]).
- “Bibliografía de Derecho internacional privado (2021)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 14, nº 2, Octubre 2022, pp. 954-1019 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Insolvencia internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 4233-4557 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Arbitraje privado internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 4559-4694 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- “Chapter VII Delegated Acts (Art. 92 – Art. 93). Introduction to Articles 92-93”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 604-605 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 92. Amendments to the Annexes”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 606-609 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 93. Exercise of the delegation”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 609-611 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Chapter VIII. Relations with other instruments (Art. 94 - Art. 99). Introduction to Articles 94-99”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 611-618 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 94. Relations with other instruments”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 618-628 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 95. Relations with certain multilateral conventions”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 628-632 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 96. Relation with the 1980 Hague Convention”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 632-634 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 97. Relation with the 1996 Hague Convention”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 635-643 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 98. Scope of effect”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 643-644 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Article 99. Treaties with the Holy See”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Iiter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 644-645 (con M.-A. CEBRIÁN SALVAT).
- “Ana Obregón y el Derecho internacional privado” (17 abril 2023), *Blog Hay Derecho*, disponible en <https://www.hayderecho.com/blog/> (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “El Derecho internacional privado: pasado presente y futuro”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Murcia, Rapid Centro Color, 2023, pp. 577-582 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 6ª ed., 2024, pp. 575-580 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- KODEX Derecho internacional privado - Octava edición 2023-*: materiales de Derecho internacional privado europeo y español -Legislación anotada y jurisprudencia - [Fecha de cierre 29 de junio de 2023] (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ). ISBN 978-84-09-52685-7. Disponible en <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/132763> .
- European Kodex of Private international Law: cases & materials on European private international law - 2023 - [29th june 2023]* (with J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M.A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ). ISBN 978-84-09-52686-4. Disponible en <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/132746/1/111%20EUROPEAN%20KODEX%20TOTAL%202023%202023%20OK.cleaned.pdf> .
- “Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 15, nº 2, Octubre 2023, pp. 10-109 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 15, nº 2, Octubre 2023, pp. 198-250 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Bibliografía de Derecho internacional privado (2022)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 15, nº 2, Octubre 2023, pp. 1051-1121 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Bibliografía de Derecho internacional privado (2023)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 16, nº 1, Marzo 2024, pp. 684-749 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

- KODEX Derecho internacional privado 2024: materiales de Derecho internacional privado europeo y español: legislación anotada y jurisprudencia, 2024. Autores: CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS/CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER/CEBRIÁN SALVAT, MARÍA ASUNCIÓN/LORENTE MARTÍNEZ, ISABEL. URI: <http://hdl.handle.net/10201/143464>. Número páginas / Extensión: 4.702. Novena edición 2024.
- European Kodex of Private international Law: Cases & materials on European private international law - 2024 - [29th June 2024]*, 2024. Autores: CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER/CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS/CEBRIÁN SALVAT, MARÍA ASUNCIÓN/LORENTE MARTÍNEZ, ISABEL. URI: <http://hdl.handle.net/10201/143463>. Número páginas / Extensión: 81.
- Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 1, *Introducción y parte general*, Madrid, Edisofer S.L., 2024, 593 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 2, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Edisofer S.L., 2024, 792 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 3, *Derecho de familia internacional (I)*, Madrid, Edisofer S.L., 2024, pp. 1-148 y 369-571 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 4, *Derecho de familia internacional (II)*, Madrid, Edisofer S.L., 2024, pp. 125-431 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 5, *Derecho de los negocios internacionales (I)*, Madrid, Edisofer S.L., 2024, 908 p. (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- Tratado crítico de Derecho internacional privado*, vol. 6, *Derecho de los negocios internacionales (II)*, Madrid, Edisofer S.L., 2024, pp. 65-216, 399-758 y 831-947 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Mutual recognition as a method in European private international law”, en C. VON BAR/O. KNOEFEL/U. MAGNUS/H.-P. MANSEL/A. WUDARSKI (Eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, pp. 101-115.
- “Aplicación del Derecho extranjero en España. Una aproximación económica”, en H. SOLETO MUÑOZ/R. LÓPEZ JIMÉNEZ/A. ARNÁIZ SERRANO/S. OUBIÑA (COORD.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Víctor Moreno Catena*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 1693-1716 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Prólogo”, a I. ANTÓN JUÁREZ, en *La distribución de productos de lujo en la Unión Europea: Estudio en torno al Reglamento UE n° 2022/720, aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, en prensa.
- “Article 1”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *European Insolvency Regulation*, Berlin, Leiden, De Gruyter Brill, 2024, en prensa (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Article 2”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *European Insolvency Regulation*, Berlin, Leiden, De Gruyter Brill, 2024, en prensa (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “La restituzione delle opere d’arte nelle cause internazionali: tre casi legati alla Spagna”, en *La restituzione dei beni culturali tra regole sovranazionali e diritto interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, Comparative Art Law, 2024, en prensa (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).
- “Permanencia del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil: tratamiento de los problemas generales de aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 17, n° 1, Marzo 2025, en prensa (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Distribución de seguros y protección del cliente: una visión desde la perspectiva del Derecho procesal civil internacional europeo*

Insurance distribution and customer protection in the frame of the European international civil procedural law

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva*

ORCID ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 30.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8900

Resumen: El presente estudio tiene como objeto uno de los sectores jurídicos más complejos de la contratación internacional: el de los seguros; en el cual existe una amplia variedad de contratos. En particular, en este trabajo se analiza el concreto grado de protección, del asegurado o tomador del seguro, en el ámbito de la competencia judicial internacional. Dicha problemática se estudia, tanto desde una perspectiva *de lege ferenda*, como desde un enfoque *de lege lata*.

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Internacional europeo, competencia judicial internacional, contratos internacionales, distribución de seguros, contratos internacionales de seguro, nivel de protección del asegurado.

Abstract: This study analyzes one of the most complex legal sectors of the international contract law: the insurance contracts. In the insurance field there is a wide variety of contracts. In particular, this paper analyses the specific degree of protection of the insured or policyholder in the field of international jurisdiction. The issue is studied from both a *lege ferenda* and a *lege lata* perspective.

Keywords: European International Civil Procedural Law, international jurisdiction, international agreements, distribution of insurance, international insurance contracts, insured protection level.

Sumario: I. Distribución de seguros y protección del cliente en el marco del Derecho internacional privado de la Unión Europea: cuestiones clave. 1. Objeto de estudio y premisa de partida. 2. Factores condicionantes de una dispersión tan acusada. II. Nivel de protección del cliente en el plano de la competencia judicial internacional. 1. Principio subyacente al Reglamento “Bruselas I bis”: incrementar la protección de la parte débil de la relación litigiosa. 2. Cauces de protección del cliente en el ámbito de la competencia judicial internacional: análisis *de lege lata* y propuestas *de lege ferenda*. A) Análisis del régimen de competencia judicial internacional aplicable a la relación jurídica que une al cliente con la entidad aseguradora. B) Alcance del principio de la autonomía de la voluntad en sede de competencia judicial internacional. a) Limitación de la operatividad del foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa. b) Alcance del foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita. C) Facilitar al cliente el acceso a la justicia por la vía de los “foros de protección”: aciertos y déficits.

*Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto *Inteligencia artificial en la comercialización de seguros: desafíos en materia de transparencia, gobernanza y supervisión* (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, PID2023-152839OB-I00), IPs: RAFAEL COLINA GAREA y ROCÍO QUINTÁNS EIRAS.

I. Distribución de seguros y protección del cliente en el marco del Derecho internacional privado de la Unión Europea: cuestiones clave

1. Objeto de estudio y premisa de partida

1. El presente trabajo tiene como objeto de estudio uno de los sectores jurídicos más complejos de la contratación internacional, de indudable relevancia y actualidad: el sector asegurador. Dicho sector, además de tener una clara tendencia a la litigiosidad y a la internacionalización, es uno de los más complejos de la contratación; siendo ello así tanto en el plano interno como en el ámbito internacional¹.

En particular, la intención del presente estudio es analizar, en el marco del Derecho internacional privado de la Unión Europea, y desde una perspectiva tanto *de lege ferenda* como *de lege lata*, el concreto grado o nivel de protección del cliente, esto es, del asegurado o tomador del seguro, en uno de los ámbitos más relevantes del Derecho internacional privado: en el de la competencia judicial internacional. De hecho, los contratos internacionales, intervinientes en el mercado asegurador, plantean peculiaridades muy significativas, tanto en el plano de la competencia judicial internacional, como en sede de ley aplicable. El problema de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras tiene menor trascendencia en el sector asegurador, ya que los contratos internacionales de seguro siguen el régimen general de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, apartándose del mismo únicamente en lo que atañe a una de las causas de denegación del reconocimiento y/o ejecución de decisiones extranjeras (la falta de competencia judicial internacional del Tribunal del Estado miembro de origen); siendo ésta la única peculiaridad que presentan los contratos internacionales de seguro en este plano. El presente estudio se va a centrar en el ámbito de la competencia judicial internacional, sin perjuicio de hacer algunas alusiones a las otras esferas del Derecho internacional privado (Derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras) en el apartado I del presente trabajo.

Antes de entrar en los concretos problemas de competencia judicial internacional susceptibles de plantearse por los contratos internacionales intervinientes en el sector asegurador, considero imprescindible poner de manifiesto una relevante premisa de partida, así como enumerar los que, a mi juicio, son los factores condicionantes de una dispersión tan acusada existente en el ámbito objeto de estudio.

2. Como premisa de partida o principio de base, cabe señalar que los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador reciben un tratamiento diferente, tanto en el plano conflictual como en el ámbito de la competencia judicial internacional, en los términos que posteriormente expondré. Ello ocasiona una notable complejidad para el juez u operador jurídico que se enfrenta, en el sector asegurador, ante un problema de competencia judicial internacional y/o de Derecho aplicable.

2. Factores condicionantes de una dispersión tan acusada

3. A mi juicio, los factores condicionantes de una dispersión tan acusada, fundamentalmente conflictual, son muy especialmente los tres siguientes: la amplia heterogeneidad de categorías contractuales existente en el sector asegurador; la gran diversidad de intereses y de valores subyacentes en los diferentes tipos contractuales que coexisten en el mercado asegurador; así como la acentuada concurrencia normativa que se vislumbra en el referido sector. A continuación voy a pasar a detallar los referidos factores condicionantes, de una dispersión tan acusada, en el sector objeto de estudio; los cuales afectan, de manera significativa, a distintos planos del Derecho internacional privado.

4. En primer lugar, el factor condicionante de una dispersión tan acusada, que mayor repercusión tiene en la práctica, consiste en su acentuada heterogeneidad, esto es, en la existencia de distintas

¹ Vid. C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Contrato internacional de seguro", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, 2ª ed., 2022, Tirant Lo Blanch, pp. 3389-3435; *id.*, "Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I", *CDT*, 2009, vol. I, núm. 2, pp. 30-51.

modalidades de categorías contractuales intervinientes en el sector asegurador, así como de diferentes tipos de contratos de seguro.

En efecto, por un lado, en el sector asegurador coexisten diversas modalidades contractuales, ya que la distribución de seguros privados puede hacerse de dos modos distintos: o bien, directamente por la entidad aseguradora, o bien, indirectamente por intermediarios profesionales del sector asegurador. De hecho, en muchas ocasiones, no se hace de un modo directo (por medio de la propia entidad aseguradora o de un empleado de la misma), sino de un modo indirecto: a través de los agentes de seguros o de los corredores de seguros (*bróker*). *De facto*, cada vez es más frecuente la contratación de seguros privados por medio de intermediarios profesionales. En este último caso, que cada vez es más habitual tanto en la práctica interna como en la internacional, se celebra un contrato de agencia de seguros (entre la entidad aseguradora y el agente de seguros) o, en su caso, un contrato de mediación o corretaje de seguros (el cual materializa la relación jurídica existente entre el cliente y el corredor de seguros). De este modo, el contrato de agencia de seguros se celebra entre dos profesionales (entidad aseguradora/agente de seguros); mientras que el contrato de mediación o corretaje de seguros se celebra entre un profesional (el corredor de seguros) y un particular (el cliente, es decir, el asegurado); siendo ello así tanto en el plano interno como en el internacional. Este dato debiera de tener una repercusión significativa, tanto en el plano conflictual, como en sede de competencia judicial internacional, e incluso, en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras. Ambas modalidades de intermediarios (profesionales) de seguros privados, que pueden ser tanto una persona física como una persona jurídica, tienen como actividad profesional distribuir los productos de seguros o, en su caso, de reaseguros, a cambio de una remuneración. No obstante, existe una notable diferencia entre ambas modalidades de intermediarios (“mediadores”) de seguros privados, ya que, así como el agente de seguros (ya sea exclusivo², vinculado³ u operador de banca-seguros⁴) actúa en nombre y por cuenta de la compañía aseguradora; el corredor de seguros no actúa para la entidad aseguradora, sino en beneficio del cliente (consumidor de seguros), tratando de buscar para éste la mejor opción de seguro (en términos de precio, coberturas, etc.); sin perjuicio de la existencia de una eventual relación jurídica entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, la cual, en su caso, se materializaría en un contrato mercantil (este contrato, en caso de existir, se celebraría entre dos profesionales del sector asegurador). Al margen de lo señalado, en el sector de la distribución de los seguros privados también puede existir una relación jurídica entre el “mediador de seguros” y los denominados “auxiliares externos”. Pese a que los mismos no tienen la condición de “mediadores de seguros”, colaboran con los mismos en la distribución de productos de seguros, actuando por cuenta del intermediario. El “mediador de seguros” y sus auxiliares externos podrán celebrar entre ellos contratos mercantiles⁵.

Al margen de los mentados contratos internacionales de intermediación de seguros privados (contratos de agencia de seguros y contratos de mediación o corretaje de seguros), en el sector asegurador también intervienen, en ocasiones, los contratos internacionales de reaseguro, los cuales materializan la eventual relación jurídica existente entre la compañía aseguradora y la entidad reaseguradora, esto es, entre dos profesionales potentes del sector asegurador.

Y, por otro lado, la referida heterogeneidad no sólo afecta a la pluralidad de tipos contractuales intervinientes en el sector asegurador, ya que, como es sabido, la tipología de los contratos (internacionales) de seguro es muy variada (coaseguro, contratos de seguro que cubren grandes riesgos, contratos de seguro obligatorios, seguros de responsabilidad civil, seguros relativos a inmuebles, etc.).

² Dicha modalidad de agente de seguros actúa para una única compañía aseguradora.

³ El agente de seguros “vinculado” realiza su actividad profesional para varias entidades aseguradoras.

⁴ Al margen del agente de seguros “exclusivo” y “vinculado”, existe una modalidad muy peculiar de agente de seguros, muy concreta y específica, de amplia difusión en la actualidad en el sector de la distribución de los seguros privados: el operador de banca-seguros. El operador de banca-seguros puede ser tanto “exclusivo” como “vinculado”. Los operadores de banca-seguros son entidades de crédito que realizan la actividad de distribución (mediación) de seguros, como agentes de seguros, utilizando las redes de distribución de las mismas.

⁵ En relación con las relaciones jurídicas implicadas en la distribución de seguros privados, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “La mediación de seguros privados desde la perspectiva del derecho internacional privado español: problemas de ley aplicable”, en M^a.R. QUINTÁNS EIRAS (Directora), *Estudios sobre mediación de seguros privados*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 1^a edición, pp. 677-715, pp. 686-689, así como las referencias en el mismo citadas.

En suma, la amplia heterogeneidad de categorías contractuales intervinientes en el sector asegurador, unido a la existencia de diferentes tipos de contratos (internacionales) de seguro conlleva, claramente, una dispersión en el tratamiento y solución de los problemas de competencia judicial internacional y de los de Derecho aplicable. De este modo, el factor mencionado afecta a ambos planos, es decir, tanto al plano del Derecho procesal civil internacional, como al del Derecho aplicable.

5. En segundo término, otro factor condicionante de una dispersión tan acusada, que está estrechamente interrelacionado con el anterior (siendo una consecuencia del mismo) y que también goza de una notable repercusión en la práctica, es la gran diversidad de intereses y de valores subyacentes en las distintas categorías contractuales coexistentes en el sector asegurador. En palabras del profesor Fuentes Camacho, uno de los principales factores que propician la notable complejidad que se aprecia en el referido sector (y que está presente tanto en el plano interno como en el ámbito internacional), unido a la extrema dificultad de su regulación, es la “extraordinaria diversidad de figuras que abarca dicha modalidad contractual y, en su caso, de intereses y valores materialmente protegibles presentes sólo en algunas y ausentes en las restantes”⁶. Dichos valores e intereses varían en las distintas relaciones jurídicas implicadas en el sector asegurador; lo cual, desde mi punto de vista, es lógico, ya que, como hemos puesto de manifiesto más arriba, en algunas relaciones jurídicas intervienen únicamente profesionales (contratos de agencia de seguros y contratos de reaseguro), mientras que en otras relaciones jurídicas interviene un profesional y un particular (contratos de mediación o corretaje de seguros y contratos de seguro). Además, es obvio que no todos los profesionales del sector asegurador tienen el mismo poder negocial (piénsese, por ejemplo, en el agente de seguros y en la entidad aseguradora).

Dicho factor, al igual que el anterior, afecta a ambos planos del Derecho internacional privado, esto es, tanto al del Derecho procesal civil internacional como al del Derecho aplicable. A mi modo de ver, la distinta necesidad de protección subyacente a las diferentes modalidades contractuales, existentes en el mercado asegurador, justifica una acentuada dispersión en el tratamiento y solución de los problemas de competencia judicial internacional y de los de Derecho aplicable en el seno del sector asegurador. Veamos esta cuestión con más detenimiento.

El desequilibrio en la posición negocial de las partes, existente con carácter general en el mercado asegurador, no es tan acusado en todas las categorías contractuales existentes en el referido sector ni en todos los contratos de seguro. Lógicamente, la necesidad de protección no va a ser la misma en los dos contratos de intermediación de seguros privados. De este modo, la necesidad de protección va a ser mucho mayor en los contratos de mediación o corretaje de seguros (que se celebran entre un profesional y un particular, en concreto, entre el cliente y el corredor de seguros) y, muy especialmente, en los contratos de seguro (en los cuales el asegurado o tomador del seguro es la parte débil de la relación litigiosa y la entidad aseguradora ocupa una posición de claro predominio negociador). Y dicha necesidad de protección, pese a existir, va a ser menor en los contratos de agencia de seguros y, especialmente, en los contratos de reaseguro, ya que ambos tipos contractuales materializan la relación jurídica entre dos profesionales del sector asegurador. Pero incluso, en los contratos celebrados entre dos profesionales del sector asegurador, la necesidad de protección no es siempre la misma. De este modo, la necesidad tuitiva es distinta en los contratos de agencia de seguros que en los contratos de reaseguro, ya que, en los primeros, el agente de seguros suele tener una posición negocial claramente más debilitada que la entidad aseguradora; lo cual no acontece, al menos *a priori*, con los contratos de reaseguro, los cuales se celebran, al menos *a priori*, entre dos profesionales potentes del sector asegurador (compañía aseguradora y entidad reaseguradora). Pero incluso en el seno de los contratos de seguro, la necesidad de protección es susceptible de variar en gran medida. Dicha diversidad de intereses y de valores, en el seno del mismo contrato (el de seguro), se aprecia, claramente, si comparamos, en lo concerniente a la necesidad de protección, un contrato de seguro que cubra un gran riesgo con un contrato de seguro obligatorio.

⁶ V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Colección “Cuadernos de Estudios Europeos”, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1999, p. 104.

6. En tercer lugar, otro factor condicionante de una dispersión tan acusada, de indudable relevancia práctica, es la acentuada concurrencia normativa existente en el sector asegurador, en el cual coexisten instrumentos normativos del Derecho internacional privado europeo con Directivas europeas sectoriales. En el seno del mercado asegurador, la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros⁷ (la cual sustituyó a la anteriormente vigente Directiva 2002/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros⁸) goza de una indudable relevancia práctica. Dicha Directiva ha sido transpuesta a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea. La transposición de la Directiva europea de 2016, al ordenamiento jurídico español, se ha llevado a cabo, no por una norma con rango de Ley⁹, sino por un Real Decreto-Ley: el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, Real Decreto-Ley 3/2020)¹⁰. Desde mi punto de vista, la transposición llevada a cabo es merecedora de una severa crítica por razones de diversa índole: temporales, de técnica jurídica y de contenido. En primer lugar, por haber transcurrido el plazo concedido para la transposición de la Directiva europea de 2016. En segundo término, por haberse llevado a cabo la transposición por medio de una técnica jurídica inadecuada como es el Real Decreto-Ley. Y, en tercer lugar, tal como se deriva del título del Real Decreto-Ley 3/2020, por su acentuada heterogeneidad, ya que aborda un conjunto muy amplio de materias jurídicas que no están interrelacionadas entre sí: contratación pública, planes y fondos de pensiones, cuestiones de índole tributaria y fiscal, así como la materia de los seguros privados. En concreto, la transposición de la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016, al ordenamiento jurídico español, se ha llevado a cabo en el título I del Libro segundo, del Real Decreto-Ley 3/2020, bajo el título de “Medidas para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de seguros privados y planes y fondos de pensiones”: artículos 127-211.

Es preciso tener en cuenta que la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 establece disposiciones materiales de carácter imperativo que han de acatarse, no sólo por los contratos de seguro, sino también por los restantes contratos intervinientes en el sector asegurador, tanto por los internos como por los internacionales. De hecho, el objetivo principal de la susodicha Directiva es extender su ámbito de aplicación a todos los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, esto es, a los contratos de seguro, a los contratos de reaseguro, a los contratos de agencia de seguros, así como a los contratos de mediación o corretaje de seguros. De este modo, uno de los principales méritos de la Directiva de 2016 es que, a diferencia de lo que acontecía con su antecesora (que abarcaba la mediación de seguros privados), sus disposiciones materiales de carácter imperativo no se aplican exclusivamente cuando la contratación del seguro se lleva a cabo por un intermediario de seguros privados, sino también cuando el seguro se distribuye directamente por la entidad aseguradora. A mi juicio, en aras fundamentalmente de la protección del asegurado o tomador del seguro y de evitar un falseamiento en la competencia en el seno del mercado interior, es de valorar muy positivamente que el ámbito de aplicación de la Directiva, sobre la distribución de seguros de 2016, sea mucho más extenso que el de su antecesora (Directiva 2002/92/CE).

⁷ *DOUE*, de 2 de febrero de 2016, L 26/19. Un detenido y certero análisis, de las concretas implicaciones de la actual Directiva de distribución de seguros, puede encontrarse en M.R. QUINTÁNS EIRAS, “De la mediación a la distribución de seguros: la nueva Directiva 2016/197”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, núm. 39, pp. 1-22; *id.*, “Algunas claves para una revisión de la obligación de información y asesoramiento en la comercialización de seguros: Racionalización informativa y transformación digital”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, 2023, núm. 6, pp. 11-68; *id.*, “Digitalización y seguro: hacia una nueva declaración del riesgo”, en L.M^a. MIRANDA SERRANO/J. PAGADOR LÓPEZ (Coords.), *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente-consumidor*, 2023, pp. 803-833.

⁸ *DOCE*, de 15 de enero de 2003, L 9/3. Como puede observarse, el término de “mediación en los seguros” ha sido sustituido por el de “distribución de seguros”.

⁹ Pese a la existencia de un Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, publicado el 21 de mayo de 2019 en el Diario Oficial de las Cortes, encaminado a llevar a cabo la transposición de la señalada Directiva de 2016. Finalmente, el Proyecto de Ley de distribución de seguros no llegó a ver la luz.

¹⁰ *BOE*, de 5 de febrero de 2020, núm. 31.

En suma, la finalidad principal de la Directiva sobre la distribución de seguros es incrementar la protección del cliente, esto es, del consumidor de seguros, en tanto que parte débil de la relación litigiosa, en todos los casos, ya se distribuya el seguro privado de un modo directo o indirecto; dotar de una mayor información y transparencia al mercado asegurador; así como favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior. Todas estas razones abogan por la necesaria aplicación de las disposiciones materiales de carácter imperativo, de la Directiva de 2016, en todos los casos, con independencia de cuál sea la ley rectora del contrato internacional de que se trate.

La acentuada concurrencia normativa, que se vislumbra en el mercado asegurador, conlleva la necesidad de coordinar las Directivas europeas sobre seguros (que afectan a los contratos de seguro) y, muy especialmente, la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 (que incluye, como hemos señalado, a todos los contratos intervinientes en el sector asegurador) con el Derecho internacional privado europeo y, más en concreto, con el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Reglamento “Roma I”)¹¹. La señalada coexistencia de instrumentos normativos acarrea complejos problemas de coordinación o conciliación de las disposiciones materiales de carácter imperativo, de las referidas Directivas europeas sectoriales (especialmente, de la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016), con las normas conflictuales consagradas por el legislador europeo en el Reglamento “Roma I” para determinar cuál es el ordenamiento jurídico estatal (de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado) rector de los contratos civiles y mercantiles de carácter internacional. Tales problemas de coordinación han de resolverse con arreglo al conocido principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea¹².

En cualquier caso, el aludido problema de coordinación o conciliación, entre instrumentos normativos europeos, se plantea en el plano conflictual, esto es, en sede de ley aplicable, y no en la esfera del Derecho procesal civil internacional. Ello obedece a que, en el susodicho ámbito, ni las Directivas europeas sobre seguros, ni la relevante Directiva de 2016 sobre la distribución de seguros, contienen ninguna norma de competencia judicial internacional. Ello sintoniza con la tendencia general de las Directivas europeas sectoriales, esto es, de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación: en concreto, para los contratos intervinientes en el mercado asegurador (básicamente, contratos de seguro, contratos de intermediación de seguros privados [contratos de agencia de seguros y contratos de mediación o corretaje] y contratos de reaseguro); para los contratos de consumo; para los contratos individuales de trabajo; así como para los contratos de agencia comercial. En relación con esta última categoría contractual, es preciso poner de relieve que la Disposición Adicional¹³ de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia¹⁴, la cual ha llevado a cabo la transposición al ordenamiento jurídico español de la controvertida Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en los referente a los agentes comerciales independientes (en lo sucesivo, Directiva de agencia)¹⁵, no consti-

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

¹² En relación con los referidos problemas de coordinación, *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, “Problemas de Derecho internacional privado en la contratación de seguros: especial referencia a la reciente Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros”, *CDT*, 2017, vol. 9, núm. 2, pp. 39-58; *id.*, “La contratación internacional en el mercado asegurador en el ámbito de la Unión Europea: novedades y desafíos”, en P. GIRGADO PERANDONES (Director), *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018, pp. 35-89; *id.*, “La Ley de distribución de seguros y el Reglamento ‘Roma I’ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en J. BATALLER GRAU Y M.R. QUINTÁNS EIRAS (Dirs.), *La distribución de seguros privados*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 559-580; *id.*, “Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, 2020, vol. 12, núm. 2, pp. 30-51. En relación con el contexto en el cual se fragua esta problemática, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional Privado)”, *CDT*, 2022, vol. 14, núm. 2, pp. 47-70; así como B. MATHIE, *Directives européennes et conflits de lois*, París, LGDJ, 2015.

¹³ Por virtud de la señalada Disposición Adicional, que prevé un foro de competencia imperativo especial para los contratos de agencia comercial (en concreto, el del lugar del domicilio del agente comercial, esto es, de la parte débil de la relación litigiosa), la “competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario”.

¹⁴ *BOE*, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

¹⁵ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, L 382.

tuye una norma de competencia judicial internacional (ni de origen europeo ni de producción interna), sino una mera norma de competencia territorial interna¹⁶. De hecho, la norma contenida en la referida Disposición Adicional, además de no estar integrada en el marco normativo que regula la extensión y límites de la jurisdicción española, no contiene ninguna alusión al elemento internacional que haga pensar en su proyección a este ámbito.

7. Como consecuencia de todo lo señalado, los factores condicionantes a los que nos hemos referido acarrear un plus de complejidad en el sector asegurador. En palabras del profesor Calvo Caravaca, no en vano los contratos internacionales de seguro han sido tradicionalmente calificados como la “oveja negra” en el ámbito del Derecho de los contratos internacionales¹⁷.

II. Nivel de protección del cliente en el plano de la competencia judicial internacional

1. Principio subyacente al Reglamento “Bruselas I bis”: incrementar la protección de la parte débil de la relación litigiosa

8. El primer problema que se plantea, a los Tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, en general, y a los Tribunales españoles, en particular, ante los cuales se haya planteado un litigio derivado de un contrato internacional interviniente en el mercado asegurador, consiste en determinar si gozan o no de competencia judicial internacional para conocer de la demanda en cuestión. Debido a la ausencia de normas de competencia judicial internacional específicas, en la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 (así como en las Directivas europeas sobre seguros), ello lo resolverán los Tribunales españoles (y, en general, los Tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea), con arreglo a las normas de competencia judicial internacional del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, el Reglamento “Bruselas I bis”)¹⁸, ya que, como es sabido, el mismo incluye, dentro de su ámbito de aplicación material, los litigios internacionales en materias tanto civiles como mercantiles de alcance patrimonial, lo cual incluye a los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador.

9. A mi juicio, entre los principios que subyacen, detrás de la regulación contenida en el Reglamento “Bruselas I bis”, destacan los que voy a enumerar a continuación. En primer lugar, potenciar la uniformidad de soluciones en el seno de la Unión Europea, la transparencia, la previsibilidad o seguridad jurídica¹⁹ y la conciliación o coordinación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea²⁰. En segundo término, favorecer las transacciones comerciales internacionales reforzando la eficacia de las

¹⁶ En relación con la naturaleza y alcance de la Disposición Adicional de la Ley 12/1992 del contrato de agencia, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colección “El Derecho de la globalización”, núm. 14, Madrid, Colex, 2007, especialmente pp. 142-148.

¹⁷ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contratos internacionales II: contratos en particular”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 2017, 17ª edición, pp. 1071-1221, p. 1191.

¹⁸ *DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, L 351/1. Un pormenorizado estudio general del Reglamento “Bruselas I bis” puede encontrarse en A. NUYTS, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *RCDIP*, 2013, núm. 1, pp. 1-63. En relación con el largo y tortuoso proceso de elaboración del susodicho instrumento normativo europeo y con la consecución o no, por el legislador europeo, de los objetivos perseguidos con la reforma del Reglamento “Bruselas I bis”, *vid.*, entre otros muchos, H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de la regulación europea relativa a la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en el marco del nuevo reglamento ‘Bruselas I bis’ (1215/2012): una apuesta parcialmente frustrada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, núm. 9, pp. 75-98, así como las referencias en dicho trabajo citadas.

¹⁹ De hecho, en aras de propiciar un mayor nivel de seguridad jurídica, algunas de las modificaciones incorporadas, por el Reglamento “Bruselas I bis”, han estado encaminadas a dar respuesta a algunas problemáticas de índole jurídica planteadas ante el TJUE.

²⁰ Dichos objetivos del Reglamento “Bruselas I bis”, que tienen múltiples manifestaciones, están estrechamente interrelacionados entre sí.

cláusulas de elección de foro. En tercer lugar, la ampliación del alcance de la regulación relativa a la competencia judicial internacional. Ello conlleva, básicamente, un nuevo ámbito de aplicación espacial de las normas de competencia judicial internacional; un nuevo alcance de los institutos procesales de la litispendencia y de la conexidad; así como la conveniente unificación del régimen jurídico otorgado por el legislador europeo al foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa. En cuarto término, promover una mayor especialización en la regulación de la competencia judicial internacional y de la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras. Y, por último, incrementar la protección de la parte débil de la relación litigiosa.

El principio tuitivo o de protección de la parte débil de la relación litigiosa, que subyace, claramente, detrás de la regulación del Reglamento “Bruselas I bis” relativa a la competencia judicial internacional y a la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, tiene múltiples manifestaciones, a las cuales haré alusión en los siguientes apartados del presente trabajo. Como voy a pasar a exponer a continuación, el Reglamento “Bruselas I bis” consagra distintos mecanismos o vías para proteger al asegurado o tomador del seguro, como parte débil de la relación litigiosa, en el ámbito de la competencia judicial internacional. Dichos mecanismos o cauces constituyen claras manifestaciones de uno de los principales objetivos que subyacen detrás de la regulación contenida en el Reglamento “Bruselas I bis”: incrementar la protección de la parte débil de la relación contractual.

2. Cauces de protección del cliente en el ámbito de la competencia judicial internacional: análisis de lege lata y propuestas de lege ferenda

A) Análisis del régimen de competencia judicial internacional aplicable a la relación jurídica que une al cliente con la entidad aseguradora

10. Un poderoso y eficaz mecanismo de protección del consumidor de seguros, en su calidad de parte débil de la relación litigiosa, afecta al régimen de competencia judicial internacional aplicable a la relación jurídica que le une con la compañía aseguradora.

Como es sabido, el Reglamento “Bruselas I bis” contempla una dualidad de regímenes de competencia judicial internacional: uno general (previsto por el legislador europeo para la generalidad de los contratos internacionales de naturaleza tanto civil como mercantil) y otro especial (consagrado por el legislador europeo para determinadas modalidades contractuales). Aunque el articulado del Reglamento no lo manifieste de un modo expreso, detrás del régimen especial de competencia judicial internacional subyace el principio tuitivo, es decir, el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa. Sin embargo, al menos en el plano teórico, la aplicación del régimen general de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis” parte del presupuesto opuesto: el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación litigiosa. No obstante, en ocasiones se produce una disociación entre la teoría y la práctica, ya que existen contratos internacionales sujetos, por mera exclusión, al régimen general de competencia judicial internacional (como es el caso, por ejemplo, de los contratos internacionales de agencia comercial y de los contratos internacionales de distribución), pese a la clara y evidente existencia de una parte débil de la relación litigiosa (el agente comercial, en los primeros, y el distribuidor, en los segundos). En estas dos categorías contractuales, pese a celebrarse entre profesionales, existe un desequilibrio en la posición negocial de las partes; teniendo la consideración, tanto el agente comercial como el distribuidor, de partes débiles de la relación litigiosa. Por esta razón, a mi modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, ambos tipos contractuales, pese a tratarse de contratos celebrados entre profesionales, debieran de quedar sometidos al régimen especial de competencia judicial internacional y no al régimen general, el cual, al menos *a priori*, parte de un presupuesto que no se cumple en las susodichas categorías contractuales ni en otras a las que voy a hacer alusión a continuación.

11. La primera premisa de la cual debemos partir es que no todos los contratos internacionales, existentes en el sector asegurador, quedan sujetos al mismo régimen de competencia judicial internacional; existiendo, pues, en el seno del susodicho sector, una dispersión en cuanto al régimen de com-

potencia judicial internacional aplicable, cuyo concreto alcance voy a pasar a examinar a continuación. Dicha dispersión acarrea, evidentemente, un plus de complejidad para el órgano jurisdiccional u operador jurídico.

A los contratos internacionales de seguro se les aplica el régimen especial de competencia judicial internacional, en concreto, la Sección 3ª (“Competencia en materia de seguros”) del capítulo II (“Competencia”) del Reglamento “Bruselas I bis”: arts. 10-16. El régimen especial de competencia judicial internacional, consagrado por el legislador europeo en los arts. 10-23 del Reglamento “Bruselas I bis”, abarca tres categorías contractuales que tienen como denominador común, por un lado, ser contratos celebrados entre un profesional y un particular y, por otro lado, el tener el referido particular, claramente, la consideración de parte débil de la relación litigiosa. Como es sabido, además de los contratos internacionales de seguro, quedan sujetos al régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”, los contratos internacionales de consumo (arts. 17-19 [Sección 4]) y los contratos individuales de trabajo de carácter internacional (arts. 20-23 [Sección 5]). *De facto*, como posteriormente pondré de relieve, las tres modalidades contractuales, sometidas al régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”, gozan de una estructura muy similar en sede de competencia judicial internacional, aunque existan diferencias sustanciales entre unas y otras.

Es preciso poner de manifiesto que, al igual que acontece con los contratos individuales de trabajo internacionales y a diferencia de lo que ocurre con los contratos internacionales de consumo, todos los contratos internacionales de seguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del régimen especial de competencia judicial internacional, consagrado por el legislador europeo en los arts. 10-16 del Reglamento “Bruselas I bis”, con independencia de cuáles sean las circunstancias de índole tanto material como espacial. Por lo tanto, el régimen especial de competencia judicial internacional se aplica a todos los tipos de contratos de seguro, con independencia de que sean intracomunitarios o extracomunitarios. De este modo, ningún contrato internacional de seguro queda sujeto al régimen general de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”. Ello nos merece una valoración positiva, sobre todo teniendo en cuenta que no ocurre lo mismo en sede de Derecho aplicable. Como consecuencia de todo lo señalado, en el seno de los contratos internacionales de seguro, no existe una correlación *forum-ius*, ya que, en el plano conflictual, la dispersión existe incluso en el seno de los contratos internacionales de seguro. De hecho, como es sabido, no todos los contratos de seguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación material y espacial del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”; lo cual debiera corregirse en aras de obtener una mayor simplicidad y coherencia en el seno del mercado asegurador. Por lo tanto, en sede de competencia judicial internacional, los contratos internacionales de seguro reciben un tratamiento distinto al otorgado a la generalidad de los contratos internacionales civiles y mercantiles, en general, y a los restantes contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, en particular.

Sin embargo, pese a no existir un equilibrio en la posición negocial de las partes contractuales, desde un enfoque *de lege lata*, quedan sometidos, por mera exclusión del régimen especial, al régimen general de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis” (es decir, al régimen aplicable a la generalidad de los contratos internacionales de naturaleza tanto civil como mercantil [a todos aquellos contratos internacionales que no queden incluidos dentro del régimen especial]), los contratos internacionales de reaseguro, los contratos internacionales de agencia de seguros, así como los contratos internacionales de mediación o corretaje de seguros. Ello conlleva que la determinación de la competencia judicial internacional, de los señalados contratos internacionales que coexisten en el mercado asegurador, quede sujeta al *modus operandi* propio de los foros de competencia judicial internacional en el marco del régimen general de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”²¹.

²¹ Un detenido análisis del *modus operandi* de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis” (cuya estructura, como sabemos, está jerarquizada), en los contratos internacionales de intermediación de seguros privados (en concreto, en los contratos internacionales de agencia de seguros y en los contratos internacionales de mediación o corretaje de seguros), puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, “La determinación de la competencia judicial internacional en los litigios internacionales derivados de la distribución indirecta de los contratos de seguro en el marco del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en J. BATALLER GRAU/M.R. QUINTÁNS EIRAS/A.B. VEIGA COPO (Directores), *La reforma del Derecho del Seguro*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 1ª ed., 2015, pp. 695-716.

A mi modo de ver, al igual que acontece con los contratos internacionales de agencia comercial y con los contratos internacionales de distribución (a los que anteriormente hice alusión), ello conlleva una disociación entre la teoría y la práctica que convendría corregir en un futuro próximo; lo cual llevaría aparejado una mayor especialización en las soluciones. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero que los referidos contratos debieran de quedar sujetos al régimen especial de competencia judicial internacional, eso sí, con un grado de protección diferente según el tipo contractual de que se trate, ya que, como hemos podido comprobar con anterioridad²², la necesidad de protección no es idéntica en todos los contratos intervinientes en el mercado asegurador. De hecho, la necesidad de protección es evidente en los contratos de mediación o corretaje de seguros (que se celebran entre un profesional [corredor de seguros] y un particular [el cliente, esto es, el consumidor de seguros]); siendo menor la referida necesidad en los contratos de agencia de seguros (que se celebran entre dos profesionales [agente de seguros y entidad aseguradora]) y mucho menor en los contratos de reaseguro (que se celebran entre dos profesionales potentes del sector asegurador [compañía aseguradora y entidad reaseguradora]).

12. La segunda premisa de la cual hemos de partir, a la cual alude expresamente el Considerando 18 del Reglamento “Bruselas I bis”, es que el régimen especial de competencia judicial internacional consagra, en aras de alcanzar su finalidad tuitiva (de protección de la parte más débil), “normas de competencia más favorables” a los intereses, del asegurado o tomador del seguro (así como del trabajador y del consumidor), de lo que disponen las normas generales. En concreto, el legislador europeo, en el marco del referido régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”, recurre a tres vías distintas en aras de la protección del cliente, esto es, del consumidor de seguros. Es preciso poner de relieve que las tres medidas constituyen un denominador común a las tres modalidades contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento: contratos internacionales de seguro, contratos internacionales celebrados por los consumidores y contratos individuales de trabajo de carácter internacional. No obstante, cabe recordar que los señalados cauces o medidas, que voy a pasar a analizar, actúan con distinta intensidad en función del tipo contractual de que se trate. En cualquier caso, en lo que resta del trabajo, me voy a ceñir a los cauces o vías de protección previstos por el Reglamento “Bruselas I bis” para los contratos de seguro, sin perjuicio de realizar alguna comparativa, por lo que a las susodichas medidas se refiere, con las otras dos categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento.

B) Alcance del principio de la autonomía de la voluntad en sede de competencia judicial internacional

a) Limitación de la operatividad del foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa

13. En el ámbito de la competencia judicial internacional, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, pese a tratarse de un principio básico en materia contractual (tanto en el ámbito interno como en el internacional)²³, opera de un modo más atenuado en los contratos internacionales de seguro (así como en los restantes contratos internacionales sujetos al régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”), tanto en su vertiente expresa (sumisión expresa), como en la tácita (sumisión tácita).

²² *Vid.* el apartado I.2 del presente trabajo.

²³ En relación con la proyección del principio de la autonomía de la voluntad en el terreno del Derecho aplicable, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA, “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2020, núm. 111 (julio-diciembre), pp. 163-180, el cual lleva a cabo un riguroso análisis de la “autonomía de la voluntad conflictual” (de sus ventajas prácticas, críticas, etc.), así como de su triunfo ascendente en el ámbito del Derecho internacional privado europeo, especialmente en el sector de la contratación internacional. De hecho, en palabras del profesor Calvo Caravaca, “la autonomía de la voluntad conflictual toma el poder en el Derecho internacional privado europeo” (*ibid.*, p. 178). Tal como expone el señalado autor, “tras el triunfo planetario de la economía de mercado, la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos del mundo han potenciado el principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado (*ibid.*, p. 163).

14. Tal como pone de manifiesto el Considerando 19 del Reglamento “Bruselas I bis”, “debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, *excepto en los contratos de seguro*, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que *sólo se concede una autonomía limitada* para elegir el órgano jurisdiccional competente, (...)”²⁴. De hecho, en los contratos internacionales de seguro, el legislador europeo ha limitado, en gran medida, la operatividad del foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa. Dicha limitación obedece a que detrás de dicho acuerdo se esconde una “decisión unilateral” de la parte fuerte de la relación litigiosa (entidad aseguradora), es decir, a la necesidad de evitar que la compañía aseguradora haga uso de su predominio negociador imponiendo, al asegurado o tomador del seguro, el Tribunal estatal que va a conocer del litigio derivado del contrato que les une. Tal como se desprende del Considerando 19 del Reglamento “Bruselas I bis”, así como de su art. 15, en los contratos internacionales de seguro, la posibilidad que tienen las partes de pactar cláusulas de elección de foro está sujeta a estrictas limitaciones en aras de la protección de la parte débil de la relación litigiosa.

En los contratos internacionales de seguro, al igual que en las otras dos modalidades contractuales sometidas al régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento, no opera el foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa que aparece consagrado, para la generalidad de los contratos internacionales de naturaleza tanto civil como mercantil, en el art. 25 del Reglamento “Bruselas I bis”. Como es sabido, dicho precepto concede una amplia libertad, a las partes contractuales, a la hora de convenir un acuerdo atributivo de competencia. *De facto*, la posibilidad que tienen las partes de pactar convenios atributivos de competencia, en los contratos internacionales de seguro, queda sujeta a las limitaciones contenidas en el art. 15 del Reglamento “Bruselas I bis”. De conformidad con el susodicho precepto, en los contratos internacionales de seguro, los acuerdos de elección de la jurisdicción estatal competente, o bien, han de ser “posteriores al nacimiento del litigio”, o bien, han de permitir al asegurado o tomador del seguro (o al beneficiario del seguro) “formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados” en la Sección 3ª del capítulo II del Reglamento²⁵. Del mismo modo, en los contratos internacionales de seguro, también se permiten, las cláusulas de elección de foro, si ambas partes del contrato (asegurado o tomador del seguro/entidad aseguradora), teniendo su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro de la Unión Europea, en el momento de la celebración del correspondiente contrato de seguro, deciden atribuir la competencia judicial internacional a los Tribunales del referido Estado miembro; salvo que la ley del susodicho país prohíba tales acuerdos²⁶. Al margen de lo señalado, el legislador europeo también permite celebrar acuerdos de elección de foro, en los contratos internacionales de seguro, “con un tomador de seguro que no esté domiciliado en un Estado miembro”, salvo en las siguientes modalidades de contratos de seguro: los obligatorios; los que se refieren a un bien inmueble sito en un Estado miembro de la Unión Europea; así como los que cubren uno o varios de los riesgos específicos enumerados en el art. 16 del Reglamento “Bruselas I bis”. Entre estos últimos, se encuentran todos los “grandes riesgos” industriales y comerciales. Esta última posibilidad, de pactar cláusulas de elección de foro, no existe en relación con las otras dos categorías contractuales sometidas al régimen especial de competencia judicial internacional, es decir, ni en relación con los contratos celebrados por los consumidores ni con respecto a los contratos individuales de trabajo.

15. En suma, el art. 15 del Reglamento “Bruselas I bis” concede una autonomía limitada, para elegir el Tribunal estatal competente, en aras de la protección del asegurado o tomador del seguro. No obstante, sorprende que el legislador europeo, en los contratos internacionales de seguro, haya ampliado las posibilidades de pactar cláusulas de elección de foro con respecto a los contratos de consumo y, muy especialmente, con respecto a los contratos individuales de trabajo. *De facto*, en los contratos individuales de trabajo, la posibilidad que tienen las partes de pactar acuerdos atributivos de competencia está

²⁴ La cursiva es nuestra.

²⁵ Dichos supuestos constituyen un denominador común de los tres tipos contractuales sujetos al régimen especial de competencia judicial internacional.

²⁶ Dicha posibilidad también se admite en relación con los contratos de consumo, pero no con respecto a los contratos individuales de trabajo.

muy limitada. En los contratos de consumo y, especialmente, en los contratos de seguro, se amplían, en cierta medida, las posibilidades que tienen las partes de pactar cláusulas de elección de foro. Desde mi punto de vista, ello merece una valoración negativa, ya que el asegurado o tomador del seguro merece la misma protección, en sede de competencia judicial internacional, que el consumidor (en los contratos de consumo) y que el trabajador (en los contratos individuales de trabajo). De hecho, como veremos a continuación, el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita opera del mismo modo en las tres categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional. Del mismo modo que no hay diferencias en el marco de la sumisión tácita, tampoco debiera haberlas con la sumisión expresa, ya que ambos foros de competencia judicial internacional se justifican en el mismo principio (el de la autonomía de la voluntad de las partes) y la necesidad de protección no es menor en los contratos de seguro que en los contratos de consumo y que en los contratos individuales de trabajo. Por lo tanto, desde una perspectiva *de lege ferenda*, como consecuencia de las razones aludidas, considero que las posibilidades de pactar cláusulas de elección de foro debieran homogeneizarse en las tres categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional.

b) Alcance del foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita

16. Como ya se ha señalado en el apartado anterior, el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita se justifica en el mismo principio que el de la sumisión expresa: el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Ambos foros de competencia judicial internacional constituyen, pues, manifestaciones del mismo principio. Con base en el susodicho principio, tan arraigado en materia contractual (en el ámbito tanto interno como internacional), el legislador europeo ha incluido expresamente, en el Reglamento “Bruselas I bis” (a diferencia de lo que acontecía con su antecesor directo e indirecto²⁷), la posibilidad de que opere la sumisión tácita en el marco de los contratos internacionales de seguro, aunque la misma quede sujeta a ciertas cautelas en aras de la protección de la parte débil de la relación litigiosa: el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro o la persona perjudicada. En efecto, aunque la sección 3ª del Reglamento “Bruselas I bis” (“Competencia en materia de seguros”), al igual que las Secciones 4ª y 5ª (competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores y de contratos individuales de trabajo respectivamente), no hace referencia a la operatividad del foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita en el marco de los contratos internacionales de seguro, sí que lo hace el art. 26.2 del Reglamento. Ello es lógico, ya que, al operar la sumisión tácita, el litigio ya ha surgido entre las partes contractuales y, por consiguiente, en ese momento no hay desequilibrio en la posición negocial de las partes. En efecto, el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita únicamente es operativo cuando el litigio ya ha surgido, por lo que la parte débil de la relación contractual tiene la posibilidad de negarse a litigar ante el órgano jurisdiccional elegido por la otra parte contratante. De este modo, el apartado 2 del art. 26 del Reglamento “Bruselas I bis” resuelve un problema, surgido en el pasado, ante el silencio del Reglamento “Bruselas I”, el cual fue resuelto por vía jurisprudencial: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), de 20 de mayo de 2010, relativa a la materia de seguros²⁸. Dicha sentencia del TJUE admitía sin

²⁷ Vid. el art. 24 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE, de 16 de enero de 2001, L12/1); así como del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE, de 26 de enero de 1998, C27/1).

²⁸ Asunto *Michal Bilas* (C-111/09). Dicha sentencia señaló que el art. 24 del Reglamento “Bruselas I” (que consagraba el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita) debe interpretarse en el sentido de que “el juez al que se ha sometido un litigio contraviniendo las reglas de la sección 3 del capítulo II de dicho Reglamento debe declararse competente en el caso de que el demandado comparezca y no proponga una excepción de incompetencia, pues tal competencia constituye una prórroga tácita de la competencia”. Como es sabido, la jurisprudencia del TJUE tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, por lo que la susodicha sentencia marcó un punto de inflexión en relación con esta relevante problemática. En cualquier caso, es de justicia poner de manifiesto que la postura defendida, por la célebre sentencia del TJUE, era la mantenida, previamente, por la doctrina más acreditada (Calvo Caravaca, Carrascosa González y Blanco-Morales Limones).

más la sumisión tácita en el marco de los contratos de seguro. El apartado 2 del art. 26 del Reglamento “Bruselas I bis” ha ampliado la posibilidad de operar la sumisión tácita, en los mismos términos que en relación con los contratos de seguro, a las otras dos categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional: contratos de consumo y contratos individuales de trabajo.

17. En cualquier caso, tal como se desprende del apartado 2 del art. 26 del Reglamento “Bruselas I bis”, la eventual operatividad de la sumisión tácita está sujeta a determinadas salvaguardas o cautelas, cuando el demandado sea la parte débil de la relación contractual, y ello en aras de la protección del asegurado o tomador del seguro en tanto que parte débil de la relación litigiosa²⁹. Tal posibilidad, con las mismas cautelas, es igualmente predicable de los contratos de consumo y de los contratos individuales de trabajo. A mi modo de ver, ello es digno de alabanza, ya que, a diferencia de lo que sucede con el foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa, las tres categorías contractuales, sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional, gozan del mismo nivel de protección en lo que atañe a este foro de competencia; lo cual está en sintonía con el hecho de que estos tres tipos contractuales sean contratos, celebrados entre un particular y un profesional, detrás de los cuales subyace la misma necesidad de protección. Como anteriormente comenté, desde un enfoque *de lege ferenda*, la referida homogeneidad de tratamiento debiera de existir, igualmente, en el marco de la sumisión expresa, y ello en aras de una mayor coherencia valorativa en el seno del Reglamento “Bruselas I bis”.

En concreto, cuando el demandado sea la parte débil de la relación contractual (asegurado/tomador del seguro/beneficiario del contrato de seguro/persona perjudicada), el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la Unión Europea, ante el cual se haya presentado la demanda y haya comparecido el demandado sin impugnar su competencia judicial internacional, habrá de asegurarse³⁰, antes de asumir la competencia con base en el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita (art. 26.1 del Reglamento “Bruselas I bis”), de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia judicial internacional del Tribunal ante el cual se haya presentado la demanda en cuestión y de las consecuencias de comparecer o no ante el referido órgano jurisdiccional. Por medio de dichas cautelas o salvaguardas, el legislador europeo trata de asegurar una voluntad real de sumisión, esto es, una no impugnación consciente de la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional ante el cual se ha presentado la demanda. En suma, a través de las referidas salvaguardas o cautelas, adoptadas por el correspondiente Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea ante el cual se haya presentado la demanda, el legislador europeo se ha querido asegurar de que la parte débil de la relación litigiosa esté informada de las consecuencias de su actuación procesal; haciendo frente, de este modo, a una eventual ignorancia del asegurado, tomador del seguro, beneficiario del contrato de seguro, persona perjudicada (en los contratos internacionales de seguro), del consumidor (en los contratos internacionales de consumo) o del trabajador (en los contratos individuales de trabajo de carácter internacional) en su condición de parte débil de la relación contractual. A mi modo de ver, ello está en sintonía con la naturaleza intrínseca de este foro de competencia judicial internacional, que únicamente puede operar cuando exista una voluntad real de sumisión³¹; y no por mera ignorancia, de la parte débil de la relación contractual, de las consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento procesal.

²⁹ Dicho apartado, que no existía en el marco del Reglamento “Bruselas I” ni del Convenio de Bruselas de 1968 y que constituye una de sus novedades más relevantes, expresa claramente uno de los principales principios subyacentes a la regulación contenida en el Reglamento “Bruselas I bis”: incrementar la protección de la parte débil de la relación contractual.

³⁰ Como es sabido, se trata de una obligación, no de una facultad.

³¹ De hecho, como en su día puso de manifiesto el TJCE (en relación con el art. 18 del Convenio de Bruselas), no operará el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita cuando el demandado interponga al mismo tiempo la excepción de incompetencia y, subsidiariamente, una defensa sobre el fondo. Dicha jurisprudencia, asentada por la sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1981 (asunto *Rohr/Ossberger* [27/1981]), es extrapolable al ámbito del art. 26 del Reglamento “Bruselas I bis”, ya que, tal como se deriva de su art. 68.2, en la medida en que el susodicho Reglamento “sustituye para los Estados miembros a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento”.

C) Facilitar al cliente el acceso a la justicia por la vía de los “foros de protección”: aciertos y déficits

18. Al margen de lo señalado, otro eficaz cauce o mecanismo previsto por el legislador europeo, en el marco del Reglamento “Bruselas I bis”, para la protección del consumidor de seguros en el ámbito de la competencia judicial internacional, consiste en facilitar el acceso a la justicia a la parte débil de la relación contractual (asegurado o tomador del seguro), cuando éste sea el demandante, consagrando para ello determinados foros especiales de competencia judicial internacional por razón de la materia para los contratos internacionales de seguro; cuya estructura es muy similar al de las otras dos categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional, aunque con ciertas variantes entre las mismas. Debido a su evidente y notable finalidad tuitiva, tales foros especiales por razón de la materia, regulados por la Sección 3ª del capítulo II del Reglamento “Bruselas I bis”, al igual que los previstos por el legislador europeo para los contratos internacionales de consumo y para los contratos internacionales individuales de trabajo (en las Secciones 4ª y 5ª respectivamente), tienen la consideración de “foros de protección” (en contraposición con los denominados “foros neutros” [que no responden a una finalidad tuitiva]). Es preciso recordar que, en dichas categorías contractuales, no se aplican los “foros neutros”, por lo que no resulta operativo el foro especial en materia contractual consagrado, por el legislador europeo, en el apartado 1 del art. 7 del Reglamento “Bruselas I bis”.

En cualquier caso, en relación con esta vía de protección, no es predicable la homogeneidad que he defendido, desde una perspectiva *de lege ferenda*, en relación con el foro de competencia judicial internacional de la sumisión (tanto expresa como tácita), ya que, por la propia naturaleza intrínseca de los foros especiales por razón de la materia, es lógico que existan diferencias con respecto a las otras dos categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional (contratos de consumo y contratos individuales de trabajo).

Como consecuencia de lo señalado más arriba, en los contratos internacionales de seguro, el acceso a la justicia va a ser distinto según cuál sea la posición procesal del asegurado o tomador del seguro: demandante o demandado. A continuación vamos a ver esta cuestión con más detenimiento.

19. En concreto, de conformidad con el apartado 1 del art. 14 del Reglamento “Bruselas I bis”, la entidad aseguradora, en su condición de parte fuerte de la relación contractual, únicamente podrá presentar su demanda ante el órgano jurisdiccional, del Estado miembro de la Unión Europea, del domicilio del demandado (asegurado, tomador del seguro o beneficiario del contrato de seguro); sin perjuicio de las salvedades enumeradas en la Sección 3ª del capítulo II del Reglamento. A mi modo de ver, la afirmación realizada por el profesor Ortega Prieto, en relación con el foro de competencia imperativo especial consagrado para los contratos de agencia, a favor del agente comercial (“Juez del domicilio del agente”), por la anteriormente mentada Disposición Adicional de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, es extensible al art. 14.1 del Reglamento. De este modo, podemos señalar que el señalado apartado del Reglamento es “claramente proteccionista de los derechos procesales del” asegurado o tomador del seguro “y, por derivación, de los sustantivos, ya que le facilita”, en gran medida, el acceso a la jurisdicción³². En cualquier caso, en materia de contratos de seguro, el legislador europeo establece dos salvedades a la aludida regla general.

En primer lugar, en el supuesto de reconvenición, de conformidad con el apartado 2 del art. 14 del Reglamento “Bruselas I bis”, el demandante, ya sea éste la parte fuerte o la parte débil de la relación litigiosa, tendrá derecho a formular la demanda ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente Sección. Dicha salvedad, que constituye un denominador común a las tres modalidades contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional³³, obedece a la propia naturaleza intrínseca de los “foros derivados de competencia judicial internacional” (también denominados como “foros de vinculación procesal” o “foros de conexidad”). Como es sabido,

³² E. ORTEGA PRIETO, *El contrato de agencia. La nueva normativa aplicable a los agentes comerciales y representantes de comercio*, Bilbao, Deusto, 1993, p. 143, el cual predica dicha afirmación, en el contexto aludido, con respecto al agente comercial en el contrato de agencia.

³³ En relación con los contratos celebrados por los consumidores y con los contratos individuales de trabajo, *vid.* respectivamente los arts. 18.3 y 22.2 del Reglamento “Bruselas I bis”.

dichos foros atribuyen competencia judicial internacional a un Tribunal estatal por razón de conexidad, con independencia del sector jurídico material afectado. Al igual que las instituciones procesales de la litispendencia y de la conexidad, estos foros tienen la consideración de mecanismos preventivos de la inconciliabilidad o contradicción de sentencias, ya que su finalidad es evitar preventivamente el riesgo de decisiones judiciales incompatibles entre sí. Entre los supuestos específicos, afectados por los foros “derivados de competencia judicial internacional”, se encuentra el de la demanda reconvenzional; por lo que es lógico que, en este supuesto, se excepcione la regla general protectora anteriormente aludida.

Y, en segundo término, el legislador europeo ha previsto, en el marco de los contratos de seguro, otra salvedad o excepción, a la regla general anteriormente aludida, en el supuesto de acción directa al cual hace referencia el apartado 3 del art. 13 del Reglamento “Bruselas I bis”³⁴.

20. Sin embargo, en los contratos internacionales de seguro, cuando el demandante sea la parte débil de la relación contractual (asegurado, tomador del seguro o un beneficiario), éste tendrá más opciones a la hora de presentar su demanda contra la entidad aseguradora. De hecho, en este caso caben distintas posibilidades, ya que la demanda también puede presentarse ante órganos jurisdiccionales que favorecen el acceso a la justicia al demandante en tanto que parte débil de la relación contractual. En concreto, las opciones del asegurado o tomador del seguro son las siguientes. Con carácter general, el asegurado o tomador del seguro puede presentar su demanda, contra la compañía aseguradora, o bien, ante el Tribunal del Estado miembro del domicilio del demandado (tal como acontece cuando la entidad aseguradora es la demandante), esto es, del asegurador, o bien, ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la Unión Europea del domicilio del demandante, esto es, del asegurado o tomador del seguro. En cualquier caso, es preciso tener presente que la referida regla general es operativa para todas las modalidades de contratos de seguro, pero que existen reglas especiales de competencia judicial internacional para ciertos supuestos específicos en materia de seguros. De hecho, en ciertas modalidades específicas de contratos de seguro (coaseguro, seguros de responsabilidad civil, etc.), al margen de lo señalado, el legislador europeo ha ampliado, al asegurado o tomador del seguro, las posibilidades a la hora de elegir el órgano jurisdiccional estatal competente; facilitándole notablemente, de este modo, el acceso a la justicia por la vía de ampliar, en estos casos específicos, los foros especiales de competencia judicial internacional por razón de la materia, es decir, los “foros de protección”. No obstante, téngase en cuenta que estas reglas especiales de competencia judicial internacional otorgan, al asegurado o tomador del seguro, meras posibilidades, en ningún caso imposiciones. Ello está en sintonía con la peculiar naturaleza y función que desempeñan los “foros de protección”, que no es otra que proteger a la parte débil de la relación litigiosa; mientras que, como es sabido, los “foros neutros” se justifican en el principio de proximidad del Estado cuyos Tribunales conocen del asunto con la materia objeto del litigio.

Por un lado, de conformidad con el art. 11 del Reglamento “Bruselas I bis”, en los supuestos de coaseguro en los que el demandado sea un coasegurador, la demanda podrá presentarse, por el asegurado o tomador del seguro, ante el Tribunal, del Estado miembro de la Unión Europea, que conozca de la demanda entablada contra el primer firmante del coaseguro. Dicha posibilidad, al igual que los anteriormente mentados “foros de conexidad”, se justifica por razones de lógica o coherencia procesal, esto es, de coherencia en la valoración de un mismo asunto por un único órgano jurisdiccional.

Por otro lado, del art. 12 del Reglamento “Bruselas I bis” se desprende que en los supuestos específicos de seguros de responsabilidad, seguros relativos a inmuebles y seguros sobre inmuebles y bienes muebles cubiertos por una misma póliza y afectados por un mismo siniestro, atendiendo a la especificidad de estas modalidades de contratos de seguro, la demanda podrá presentarse, por el asegurado o tomador del seguro, ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la Unión Europea en el cual se haya producido el hecho dañoso. Por lo tanto, en estas modalidades de contratos de seguro, atendiendo a su especificidad, el asegurado o tomador del seguro puede recurrir (en defecto de sumisión expresa o tácita en los términos anteriormente señalados), o bien, a los foros de competencia judicial internacio-

³⁴ El órgano jurisdiccional, que conozca de la acción de la persona perjudicada contra el asegurador (cuando la acción directa sea posible), será competente “cuando la ley reguladora de esta acción directa prevea la posibilidad de demandar” al asegurado o tomador del seguro.

nal anteriormente mencionados (domicilio del demandado o domicilio del demandante), o bien, al foro del lugar de producción del hecho dañoso.

Y, por último, el legislador europeo ha previsto normas específicas de competencia judicial internacional para los seguros de responsabilidad civil (art. 13.1 del Reglamento “Bruselas I bis”), así como en los supuestos de acción directa (art. 13.2 del Reglamento). En concreto, de conformidad con el apartado 1 del art. 13 del Reglamento “Bruselas I bis”, en materia de seguros de responsabilidad civil, el asegurado o tomador del seguro también podrá demandar, a la entidad aseguradora, en el marco de acciones acumuladas, ante el órgano jurisdiccional que conozca de la acción entablada, por la persona perjudicada, contra el asegurado; siempre y cuando la ley del Estado en el cual ejerce su jurisdicción el referido Tribunal lo permita. A mi modo de ver, dicha posibilidad responde no sólo a razones de lógica procesal, sino también, aunque sea de un modo indirecto, a razones tuitivas. En cualquier caso, en base al art. 13.2 del Reglamento, en los supuestos de acción directa, entablada por la persona perjudicada, contra la compañía aseguradora, cuando la acción directa sea posible, serán aplicables los anteriormente aludidos arts. 10, 11 y 12 del Reglamento “Bruselas I bis”. Y, de conformidad con el art. 13.3 del Reglamento, el mismo órgano jurisdiccional será competente en el supuesto en el cual “la ley reguladora de esta acción directa prevea la posibilidad de demandar al tomador del seguro o al asegurado”.

En suma, el hecho de que el legislador europeo, en el marco del Reglamento “Bruselas I bis”, haya consagrado otras posibilidades, a favor del asegurado o tomador del seguro, en ciertos supuestos específicos, nos merece una valoración positiva, ya que ello está en sintonía con la amplia heterogeneidad existente en el ámbito de los contratos de seguro, con las necesidades de protección al asegurado (que no son las mismas en todas las modalidades de contratos de seguro) y, en última instancia, con las Directivas europeas existentes en el sector asegurador, detrás de las cuales subyace una clara finalidad tuitiva. De este modo, el legislador europeo favorece alcanzar el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en este concreto sector jurídico material.

21. En cualquier caso, la regulación consagrada por el legislador europeo relativa a la competencia en materia de seguros, pese a los aciertos que he puesto de manifiesto más arriba, presenta un déficit más que notable que provoca una clara y evidente discriminación de los contratos internacionales de seguro con respecto a las otras dos categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional³⁵. En concreto, en materia de contratos internacionales de consumo y de contratos individuales de trabajo de carácter internacional, los foros especiales de competencia judicial internacional por razón de la materia (“foros de protección”) se aplican, aunque el demandado (empresario) esté domiciliado en un Estado no miembro de la Unión Europea; lo cual no ocurre con los contratos internacionales de seguro, que siguen el criterio general de aplicación espacial de las normas reguladoras de competencia judicial internacional del Reglamento “Bruselas I bis”³⁶. De este modo, en materia de seguros, la aplicación de los “foros de protección” está condicionada a que la entidad aseguradora (demandada) tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea. En los restantes casos, es decir, cuando el asegurador esté domiciliado en un Estado tercero, el asegurado o tomador del seguro carecerá de la protección de los referidos foros especiales de competencia judicial internacional por razón de la materia. Ello nos merece una valoración muy negativa, ya que la señalada discriminación carece de toda lógica.

Desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero imprescindible subsanar este significativo déficit en una futura reforma del Reglamento “Bruselas I bis”, como se ha hecho en sede de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras con los contratos individuales de trabajo³⁷. Ello redundará en la

³⁵ De hecho, los Considerandos 13 y 14 del Reglamento “Bruselas I bis” parecen hacer pensar que la no inclusión de los contratos de seguro, en las excepciones existentes al criterio general de aplicación espacial de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento, obedece más a un descuido del legislador europeo que a una determinada política legislativa.

³⁶ *Vid.* los arts. 6.1, 18.1 y 21.2 del Reglamento “Bruselas I bis”.

³⁷ *Vid.* el epígrafe i del apartado 1e) del art. 45 del Reglamento “Bruselas I bis”, que ha incluido a los contratos individuales de trabajo dentro de los supuestos de control de la falta de competencia judicial internacional del Tribunal del Estado miembro de origen, como causa de denegación de la eficacia extraterritorial, en el marco del Reglamento; habiendo puesto fin, de este modo, a la discriminación existente con respecto a las otras dos categorías contractuales sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional.

protección del consumidor de seguros y en un funcionamiento más adecuado del mercado interior, que presupone homogeneizar las condiciones de competencia en el seno del referido mercado (evitando un falseamiento de la competencia); lo cual no es posible si la protección del asegurado o tomador del seguro y las condiciones de competencia varían en función de si la entidad aseguradora está o no domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado tercero.

UE y conflictos de leyes internos: análisis de las soluciones previstas en los Reglamentos Europeos y su proyección sobre nuestro sistema conflictual

EU and internal conflicts of laws: analysis of the solutions provided in the European regulations and their projection on our conflict system

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO

*Catedrático Derecho Internacional Privado
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

ORCID ID: 0000-0002-4939-4827

Recibido: 18.03.2024 / Aceptado: 02.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8901

Resumen: El ordenamiento jurídico español se ubica en el grupo de los calificados como complejos o plurilegislativos, caracterizado por la convivencia de diversos sistemas legislativos territoriales y por la presencia en su seno de conflictos internos de carácter interregional e interlocal. La pluralidad interna es también objeto de creciente atención y regulación normativa en el plano europeo y en el bloque normativo convencional/internacional. Urge acometer la reforma este sector de nuestro ordenamiento, teniendo presente una perspectiva basada en la obligada hibridación de tres dimensiones (constitucional, jurídico-privada europea e interna) para poder fundamentar el establecimiento de un conjunto coherente de normas que proporcionen seguridad jurídica al sistema.

Palabras clave: Derecho Europeo, Derecho interregional, conflictos internos, criterio de conexión, unidad-dualidad de sistemas.

Abstract: The Spanish legal system is located in the group of those classified as complex or plurilegislative, characterized by the coexistence of various territorial legislative systems and by the presence within it of internal conflicts of an interregional and interlocal nature. Internal plurality is also the subject of increasing attention and regulatory regulation at the European level and in the conventional/international regulatory bloc. It is urgent to undertake the reform of this sector of our system, keeping in mind a perspective based on the obligatory hybridization of three dimensions (constitutional, European and internal) in order to support the establishment of a coherent set of rules that provide legal security to the system.

Keywords: European Law, Interregional Law, internal conflicts, connection criteria, unity-duality of systems

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Conflictos internos de leyes y conflictos normativos internacionales: unidad o dualidad de sistemas. III. El proceso de europeización del derecho privado y su incidencia en los derechos civiles especiales y en los conflictos de leyes internos. IV. Técnica legislativa europea y soluciones previstas en los Reglamentos Europeos. V. Consideraciones finales.

I. Consideraciones introductorias

1. Desde el reconocimiento y la admiración a la excelente trayectoria académica e investigadora del profesor D.Alfonso-Luis Calvo Caravaca y a su brillante aportación a nuestra disciplina, el objetivo de las presentes reflexiones es aportar argumentos adicionales a favor del impulso de la necesaria labor de revisión normativa del sistema español de derecho interregional. Para ello, resulta obligado atender a tres dimensiones o prismas de aproximación: en primer lugar, la perspectiva Constitucional; en segundo lugar, la dimensión relativa al DIPr. de la UE y por último el ámbito o sector del DIPr. autónomo o interno español.

Estamos en presencia de tres bloques normativos cada vez menos estancos entre sí y que interactúan y se interrelacionan con mayor intensidad, por lo que es preciso articular criterios y técnicas de regulación que atiendan esta emergente dimensión normativa conflictual de forma coherente y atendiendo a criterios de certeza y de seguridad jurídica.

Las carencias o lagunas del sistema español de DIPr. en la dimensión de los conflictos normativos internos impiden o al menos dificultan la realización de una correcta aproximación normativa a la creciente complejidad jurídica derivada de nuestra pluralidad interna¹. El legislador interno español debe atender en sus futuros desarrollos normativos a la relevante dimensión jurídico-privada y conflictual (interna y europea), de manera que pueda así encauzarse de forma armónica y coherente una acertada respuesta a la demanda de compatibilidad entre sistemas, más necesaria que nunca debido a la referida interacción creciente entre los diversos bloques normativos en presencia.

En realidad, el Derecho interregional no es sino un derecho internacional que resuelve los conflictos internos de leyes españolas, una peculiar tipología de conflictos que plantea a su vez toda una serie de problemas específicos, como son todos los derivados de aquellas normas que delimitan unilateralmente su ámbito de aplicación en función de variados criterios particulares. Es la denominada “dimensión interna” del DIPr., que en el caso español se identifica con los supuestos de derecho interregional e interterritorial.

A día de hoy, seguimos sin disponer de un verdadero sistema de derecho interregional, y ello proyecta sobre este sector de nuestro ordenamiento jurídico una suma de incerteza e inseguridad jurídica inferida de la recurrente judicialización de tales conflictos normativos competenciales internos. Tal y como ha señalado la Profra. Zabalo Escudero², la respuesta requerida más inmediata es la de seguridad jurídica, y para ello se necesita una respuesta del legislador estatal, único que tiene competencia para resolver estas situaciones³.

2. Como es sabido, el art.149.1.8.^a CE optó por el establecimiento de un sistema estatal uniforme de derecho interregional. Este precepto constitucional ha sido y sigue siendo objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional con el propósito de establecer los parámetros o criterios hermenéuticos delimitadores de los límites del legislador estatal y de los legisladores autonómicos con competencia en la materia, con el fin de poder concretar la configuración adecuada del sistema de solución de los denominados conflictos internos⁴.

¹ En relación a esta cuestión, puede verse, entre otros, S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Interregional*, Servizo de Publicacións e Intercambio científico, Santiago de Compostela, 2007, pp. 79-133; A.ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Civitas, Madrid, 1987, p.58 y ss.. y A.FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Servizo de Publicacións e Intercambio científico, Santiago de Compostela, 2007, p.61 y ss.

² E.ZABALO ESCUDERO, “Los conflictos de leyes internos: una perspectiva actual del panorama interregional español”, *AAVV, Repensar la Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, Valencia, Tirant lo Blanch, p.351; de igual modo resulta de obligada la lectura el trabajo de S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Sobre la aplicación de Convenios internacionales y reglamentos europeos en Derecho interregional. AEDIPr*, t.XVIII, pp.127-161.

³ Sobre la necesaria actualización del sistema de Derecho interregional español, véase L.GARAU JUANEDA, *La necesaria depuración del derecho interregional español*, en A. FONT I SEGURA (Ed.), *La aplicación del derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, pp.95-99, Barcelona, 2011, Bosch Atelier.

⁴ Sobre la pluralidad de Derechos en el ordenamiento jurídico español, puede verse entre otros, R.ARENAS GARCÍA, “La pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español”, en A.FONT I SEGURA (Ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Bosch Atelier, 2011, p.51-79.

En esa dimensión jurídico-privada nuestro sistema de resolución de los conflictos normativos internos pivota, en ausencia de una ley especial de derecho interregional⁵, en torno al tenor del art. 16 del Código Civil. Sus líneas básicas se articulan sobre la base de un principio de remisión a las normas de DIPr. (con matizadas salvedades) y el establecimiento de la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles.

Tal punto de conexión, la vecindad civil, constituye el elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional, en cuanto principio general de vinculación y como técnica para determinar la sujeción a un concreto ordenamiento civil (común o especial).

3. A todos esos factores cabría añadir la circunstancia constatada de que la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione conflictualmente la selección de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, debido a que la determinación de cuál de los diferentes derechos civiles españoles deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos internos o interregionales sino que surge también, y cada vez con más frecuencia, en los supuestos jurídico privados internacionales o intraeuropeos⁶.

En efecto, tal realidad requiere un profundo análisis que posibilite abordar la necesaria reforma y modernización de nuestro sistema español de los conflictos internos de una manera seria y rigurosa, labor que habrá de realizarse de forma acorde y respetuosa con la articulación de la pluralidad de Derechos privados españoles y atendiendo a la creciente incidencia sobre los mismos del Derecho europeo.

Nuestro legislador deberá optar bien por modernizar el vigente capítulo IV del título preliminar del CC, bien por dictar una ley especial sobre los conflictos de leyes internos, o bien, por último, y como tercera posibilidad, podría optar por la incorporación al sistema interno de manera coherente y sistemática de las soluciones contenidas en los Convenios internacionales⁷ ratificados por España y/o en los Reglamentos europeos⁸.

Carece de toda lógica que nuestro legislador español desatienda tal sector o que recurra a una defectuosa técnica normativa, al legislar de forma sesgada o parcial e inconexa mediante el recurso a puntuales reformas de preceptos que han materializado en dicha dimensión interna del sistema la técnica de la “incorporación por referencia”; es decir, interiorizando soluciones previstas en Convenios internacionales, tal y como puede apreciarse en reforma la operada en relación a los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 CC, modificados mediante la ley 26/2015, de 28 de julio⁹.

En todo caso, y con el fin de aportar coherencia al título preliminar del CC, resultaría adecuado modificar también otros preceptos como el art. 9.8 CC o los arts. 10.5 CC o el 10.9 CC, que han sido desplazados en su aplicación por normas de conflicto universales contenidas respectivamente en el Reglamento Europeo de sucesiones 650/2012 y en los Reglamentos Roma I y Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y a las extracontractuales.

Los esfuerzos del legislador español deberían centrarse en dos grandes ámbitos: por un lado, la mejora técnica de las normas de implementación o aplicación interna de las normas europeas e internacionales y por otro, se opte o no por la vía de la elaboración de una ley de Derecho interregional,

⁵ Cabe recordar que ya en 1946 el Congreso nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de octubre señaló en su conclusión primera la necesidad de “la promulgación urgente de una ley de carácter general que resuelva los problemas de Derecho interregional que surgen de diferentes regímenes civiles en España”, y que tal conclusión fue reiterada, entre otras, en las Jornadas de Derecho Foral celebradas en Jaca del 28 al 31 de agosto de 1976.

⁶ Sobre dicha cuestión, muy acertadamente, véase A.FONT i SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio científico, 2007, pp.3-5.

⁷ Véanse los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 CC modificados por el art. 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Respecto del art. 9.7 hay que tener en cuenta a su vez el art. 15 del Reglamento (CE) 4/2009, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

⁸ Por ejemplo, el Reino Unido mediante la sección 2(3) de *The Contracts (Applicable Law) Act 1990* extendió la aplicación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, a los conflictos internos.

⁹ *BOE* de 29 de julio, y en cuya exposición de motivos se subraya que se reforman las normas de DIPr., en concreto los apartados 4, 6 y 7 del art.9, “normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal”.

debería atenderse a la creciente pluralidad normativa en este ámbito interno y que requiere por ello una regulación adaptada a esa nueva realidad.

II. Conflictos Internos de leyes y conflictos normativos internacionales: unidad o dualidad de sistemas

4. Las distintas estructuras, dimensiones o niveles en los que se articula el sistema español de Derecho internacional privado requieren de los diferentes legisladores (autonómico y estatal) un grado de entendimiento que permita articular, debido a la existencia de conflictos que representan realidades diferenciadas (conflictos internos o interregionales, conflictos intraeuropeos y conflictos extraeuropeos), una adecuada respuesta jurídica en términos de respecto al reparto competencial y de coordinación¹⁰.

Pese a mantenerse inalterado, la realidad de nuestro propio sistema conflictual de fuente autónoma o interna se ha transformado al convertirse *de facto* en un sistema dual. Queda caracterizado por la distinción entre las normas conflictuales aplicables a los conflictos internacionales y las normas conflictuales aplicables a los conflictos nacionales o internos.

Esta sobrevenida y no del todo meditada dualidad de fuente conflictual dificulta una convivencia armoniosa entre ambos bloques normativos debido a que la respuesta que ofrece nuestro sistema para solucionar los conflictos de leyes internos, recogida en el capítulo IV del Título Preliminar CC (y que insiste en la unidad de sistemas para los conflictos internos y para los internacionales) parece haberse quedado anticuada en comparación con las novedosas técnicas y soluciones que ofrece el derecho europeo atendiendo a criterios de especialización por razón de la materia.

En efecto, nuestro sistema interno de solución de conflictos pivota en torno a los artículos 14.1 y 16.1 CC, cuyas líneas básicas se estructuran sobre el principio de remisión a las normas de DIPr. y la configuración de la vecindad civil como punto de conexión y criterio de sujeción personal a los diferentes ordenamientos jurídicos civiles. Pero tal criterio de aplicación de la vecindad civil como punto de conexión deviene ineficiente (por inaplicable) cuando, en supuestos con presencia de personas de nacionalidad no española, la norma de aplicación sea un instrumento convencional o sea alguno de los Reglamentos europeos vigentes.

5. ¿Cómo interactúan los instrumentos de la UE con la plurilegislación civil española? tanto desde los Reglamentos como desde los Convenios Internacionales que pueden estar llamados a aplicarse es mayoritaria la opción por dejar al albur de las normas internas sobre conflictos de leyes la determinación última de la ley aplicable. Es lo que se denomina «remisión indirecta», por contraposición a aquélla en la que tales instrumentos señalarían de forma directa la concreta ley aplicable de las vigentes en un Estado¹¹.

En materia de sucesión por causa de muerte (art. 36.1 del Reglamento de sucesiones), en materia de régimen económico (art. 33.1 del Reglamento de regímenes económicos), en materia de efectos patrimoniales de las parejas registradas (art. 33.1 del Reglamento 2016/1104), en materia de responsabilidad parental (art. 48 a, del Convenio de La Haya de 1996) o en materia de alimentos entre parientes (art. 16.2 del Protocolo de 2007) se prevé tal remisión indirecta, que precisa del concurso de las normas internas.

De este modo, y conforme a este mayoritario sistema de remisión indirecta, la concreta ley española que resulte aplicable se tendrá que identificar a través de las normas internas españolas (arts. 13 a 16 del CC y sus correspondientes remisiones), lo cual no es una buena opción y puede producir desajustes en muchos casos o situaciones de colapso en otros en los que se puede entrar en una especie de bucle:

¹⁰ Véase entre otros, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La armonización del Derecho Internacional Privado por la Unión Europea”, *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 9, 2006, pp. 47-73.

¹¹ Sobre el particular véase C.PARRA RODRIGUEZ, La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma. En AAVV, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, Marcial Pons, aludiendo a que la solución normativa vigente debe ser modificada para adaptarse a las nuevas necesidades presentes en la sociedad plurilegislativa española.

es lo que sucede, por ejemplo, cuando ante un problema relacionado con la responsabilidad parental, el citado Convenio de La Haya de 1996 remite a la ley del foro (ley española) y el art. 16 CC en su remisión al art. 9.4 CC reenvía de nuevo la solución conflictual al propio Convenio.

Tal dualidad conflictual de soluciones se ha acentuado radicalmente en los últimos años debido a que España ha ratificado un importante número de Convenios internacionales que contienen normas sobre conflictos de leyes y a la paulatina y creciente elaboración y aplicación de Reglamentos de la Unión Europea en cuyo articulado señalan que los Estados plurilegislativos no tienen la obligación de aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre sus diversos ordenamientos internos¹².

Puede comprobarse cómo mientras que para regular los supuestos internacionales la tendencia general en relación a las conexiones para designar la ley aplicable ha sido la de combinar la nacionalidad con la residencia habitual y en la actualidad desplazar la primera de esas conexiones por la segunda, y todo ello especialmente en materia de persona, familia y sucesiones, en el ámbito interregional se ha mantenido la vecindad civil como único criterio de conexión.

En consecuencia, hemos llegado a una situación intensamente dual, que se acentuará en los próximos años mediante la activación y promulgación de nuevos Convenios internacionales y Reglamentos europeos. Esto supone que para resolver los conflictos de leyes internacionales debemos acudir a los Convenios y a los textos europeos, mientras que para solucionar los conflictos de leyes internos nos vemos obligados a aplicar encorsetadamente las disposiciones del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil. Este es un problema que requiere una solución que permita el diseño de un nuevo sistema para la articulación de la pluralidad de Derechos privados coexistentes en España.

Tal dualidad, que está transformando al principio que inspira el artículo 16.1 del Código Civil en un recurso residual y parcialmente anacrónico, tiene un efecto perverso consistente en que ambos sistemas normativos responden a concepciones técnicas sensiblemente distintas. Sin duda, las normas del Capítulo IV del Título Preliminar reflejan la visión clásica de la norma de conflicto y muchas de ellas, que ya nacieron siendo anticuadas, se han quedado meridianamente obsoletas y requieren una profunda revisión, por el contrario, un número cada vez mayor de Convenios internacionales y de Reglamentos europeos se inspiran en concepciones actuales y en buenas soluciones técnicas al incorporar normas que responden a tendencias modernas y que no son ajenas a fenómenos como la flexibilización, la materialización y la especialización.

III. El proceso de europeización del derecho Privado y su incidencia en los Derechos civiles especiales y en los conflictos de leyes internos

6. La base jurídica para la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil es el art. 81 TFUE (antiguo art. 65 TCE). Los Reglamentos y Directivas son los siguientes: Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados¹³; Reglamento (CE) no 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo¹⁴; Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía¹⁵; Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) no 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo¹⁶;

¹² Véase como ejemplo el art. 38 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, en materia de sucesiones o el art. 22.2 del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

¹³ DOUE L 143/15 de 30 de abril de 2004.

¹⁴ DOUE L 399/1 de 30 de diciembre de 2006. Modificado por el Reglamento 2015/2421.

¹⁵ DO L núm. 199 de 31 de julio de 2007. Modificado por el Reglamento 2015/2421.

¹⁶ DOUE L 341/1 de 24 de diciembre de 2015.

Reglamento(UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)¹⁷; Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000; Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo¹⁸; Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil¹⁹; Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios²⁰; Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos²¹; Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²²; Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»); Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil²³; Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil²⁴; el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, y el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

Este listado descriptivo permite apreciar ya las potencialidades que ofrece este sector, y cabe recordar que hace ya diez años la Comisión publicó la Agenda de Justicia en la que se afirmaba que “la política de la UE en materia de justicia debe concentrarse en los próximos años en consolidar lo conseguido, y cuando sea preciso y oportuno, codificar la legislación y las prácticas de la UE y complementar el marco vigente con nuevas iniciativas”.

¹⁷ DOUE L 141/19 de 5 de junio de 2015.

¹⁸ DOUE L 324/79 de 10 de diciembre de 2007.

¹⁹ DO L 174 de 27 de junio de 2001.

²⁰ DO L 26/41 de 31 de enero de 2003.

²¹ DO L 261/15 de 6 de agosto de 2004.

²² DOUE L 136/3 de 24 de mayo de 2008.

²³ DOUE L 189/59 de 27 de junio de 2014.

²⁴ DOUE L 181/4 de 29 de junio de 2013.

IV. Técnica legislativa europea y soluciones previstas en los Reglamentos europeos

7. El legislador europeo parece advertir que está abierto y dispuesto a permitir que el legislador estatal, si éste lo desea, aplique dichos instrumentos europeos a los conflictos puramente internos. Una solución a la que puede acogerse el legislador estatal si lo desea, lo cual dada la gran movilidad de las personas y sus relaciones hoy en territorio de la UE, especialmente potenciada por la instituciones europeas mediante la garantía a la libre circulación de personas, servicios y capitales recogida en el TFUE y ampliada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, parece una solución positiva para el ordenamiento jurídico español debido a la subrayada actitud de inacción por parte del legislador estatal en la modificación, o mejor dicho creación de un verdadero sistema de Derecho interregional español que ofreciese respuesta a los tiempos y a la realidad social actual. Una opción que permitiría una solución semejante tanto para los conflictos internos como para los internacionales²⁵.

En efecto, cabe intuir que el legislador europeo se ha preocupado en respetar la competencia de los Estados para regular los conflictos de leyes internos, aunque no lo ha hecho mediante una referencia restrictiva o excluyente “*no deberá aplicar*”, sino más bien abierta y extensible por lo tanto, en el caso de que el legislador interno así lo quiera, a los conflictos internos indicando “*no estará obligado a aplicar*”.

Debemos recordar aquí que nuestro sistema interno de solución de conflictos, pivota sobre el citado capítulo IV y los artículos 14.1 y 16.1 del Código Civil, cuyas líneas básicas se estructuran mayoritariamente sobre el principio de remisión a las normas de Derecho internacional privado, y la determinación de la vecindad civil como punto de conexión y criterio de sujeción personal a los diferentes ordenamientos jurídicos civiles. Un criterio sobre el que hay que advertir de su nula proyección y operatividad sobre el ámbito de aplicación de las modernas normas europeas que como el Reglamento (UE) 650/2012, el Reglamento (UE) 2016/1103 y el Reglamento 2016/1104 utilizan el criterio de la residencia habitual²⁶.

8. Entre otras soluciones del Derecho europeo, cabe destacar los criterios y las respuestas que ofrece el Reglamento Roma I (R.583/2008)²⁷, antiguo Convenio de Roma de 1980, para regular los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales. El Reglamento Roma I es sin duda la fuente más importante para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, revestido de eficacia *erga omnes* o universal que viene a desplazar a las normas autónomas de Derecho internacional privado aplicables a este tipo de obligaciones.

Cabe destacar la previsión que realiza esta norma europea en relación a los Estados con más de un ordenamiento jurídico, posibilitándoles, por un lado, aplicar las soluciones para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en los supuestos internacionales a los conflictos de leyes internos que afecten a dichas unidades territoriales. Y por otro, la consideración por el Reglamento europeo como país de todas las unidades territoriales que compongan un Estado y tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales pudiendo designar a dichas normas como aplicables de forma directa, todo ello conforme a lo previsto en su art.22; el legislador europeo recoge mediante esta norma el modelo de remisión directa equiparando Estados y unidades territoriales mediante una ficción legal y posibilitando que la norma de conflicto haga referencia directa al Derecho territorial, evitando con ello el paso intermedio por el Derecho interregional del ordenamiento plurilegislativo que corresponda²⁸.

²⁵ Entre otros, sobre esta cuestión puede verse: A. BORRÁS RODRIGUEZ: “El Derecho interregional: realidades y perspectivas” en *La codificación del Derecho civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 555.

²⁶ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. (DOUE de 27 de julio de 2012, L 200/107).

²⁷ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. (DOUE de 4 de julio de 2008, L 177/6).

²⁸ En este sentido puede verse P.QUINZÁ REDONDO y G. CHRISTANDL, Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, Julio 2013, pp. 8-10.

Cabe destacar igualmente las soluciones previstas y algunas particularidades del Reglamento Roma II (864/2007) en materia de obligaciones extra-contractuales. Su art. 25 atende a la realidad normativa de los Estados plurilegislativos. El legislador europeo recoge mediante esta norma, en semejantes términos al Reglamento Roma I el modelo de remisión directa, equiparando Estados y unidades territoriales y posibilitando que la norma de conflicto haga referencia directa al Derecho territorial, evitando con ello el paso intermedio por el Derecho interregional del ordenamiento plurilegislativo que corresponda.

9. Por otro lado, en materia de sucesiones internacionales el Reglamento (UE) 650/2012²⁹ contiene tres disposiciones aplicables a los Estados con más de un sistema jurídico, y a sus conflictos de leyes territoriales, mediante un sistema de remisión indirecta (artículos 36, 37 y 38)³⁰. Este Reglamento 650/2012 presenta especial interés desde nuestra vertiente de estudio porque desde el punto de vista del sistema español de Derecho interregional hay que tener presente que esta materia sucesoria deviene la más afectada por la vecindad civil. Y la paradoja o incoherencia es palmaria: el citado Reglamento 650/2012 señala que debe permitirse a los ciudadanos planificar su sucesión, y por ello, un sistema de conflictos interno que, como ocurre con el nuestro, lo impida de forma injustificada al establecer unos requisitos muy rígidos, muy poco flexibles podría ser objeto de cuestionamiento ante el TJUE.

En realidad, y analizando de forma comparada ambos regímenes (el europeo y el interno español) parece evidente la existencia de una discriminación a los ciudadanos españoles, aquéllos cuya sucesión no presente ningún elemento de extranjería, frente a los demás y también frente a los extranjeros que residen en España, ya que a los primeros se les priva de los instrumentos de planificación sucesoria que concede el Reglamento y podría entenderse que de esta forma se conculcan los derechos inherentes a las libertades comunitarias.

Finalmente y en referencia ya a los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 de 24 de junio de 2016 sobre el establecimiento respectivamente de una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, y de una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, cabe subrayar que ambas normas recogen un sistema de remisión subsidiario³¹.

²⁹ Puede verse un estudio exhaustivo sobre el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, en A.BONOMI, y P.WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n°650/2012, de 4 de julio de 2012*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2015, pp. 239 y ss.

³⁰ *Artículo 36*: Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes. 1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión. 2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley pertinente con arreglo al artículo 27 y a falta de normas sobre conflicto de leyes en ese Estado, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el testador o las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio hubieran tenido una vinculación más estrecha. *Artículo 37*: Estados con más de un sistema jurídico – conflictos interpersonales de leyes. Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en materia de sucesiones se entenderá como una referencia al sistema jurídico o al conjunto de normas determinado por las normas vigentes en dicho Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha. *Artículo 38*: Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes. Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.

³¹ Sobre el particular, vid., A.RODRIGUEZ BENOT, “Las reglas sobre aplicación de un sistema plurilegislativo: una visión

10. El legislador europeo no ha incorporado en ninguno de los Reglamentos analizados el sistema puro de remisión indirecta contenido en los Convenios de la Haya, en concreto, y entre otros, el utilizado para el Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias; Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños; y el Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, optando finalmente por un sistema de remisión subsidiario que viene a componerse de una fusión del sistema de remisión indirecto con una referencia expresa a que la determinación del derecho territorial aplicable se hace conforme a las normas de conflicto interregional del ordenamiento plurilegislativo que corresponda, junto a unos criterios subsidiarios de aplicación o activación en defecto de la existencia de tales normas internas en materia de conflicto de leyes.

El legislador europeo no tiene un criterio definido y unificado sobre el sistema de remisión a utilizar en los Reglamentos europeos, lo que permite calificar como no uniformes las soluciones ofrecidas en dichas normas. No se ofrece una misma respuesta para todas las materias de Derecho privado que vienen asumiendo como propias las instituciones europeas.

La realidad normativa actual pivota sobre un sistema claramente dual, distinguiendo entre el papel del legislador europeo para regular los conflictos de leyes internacionales y la competencia del legislador estatal para regular los conflictos internos y para los que opta por un sistema mixto en el que se aplican en ocasiones las viejas soluciones del Código Civil, y en otras, mediante incorporación por referencia las soluciones previstas en las normas internacionales y europeas. El legislador estatal en estos momentos debe ser decidir si opta armonizadamente por aplicar un sistema con unidad de soluciones mediante la extensión de las soluciones ofrecidas por los Reglamentos europeos y los Convenios internacionales a los conflictos de origen interno, o en cambio mantener la situación actual concediendo de las poco novedosas soluciones que prevé el Código Civil para los conflictos de leyes internos. Lo que no tiene demasiado sentido es modificar parcialmente el sistema mediante una elección interesada, que no descuidada, de los artículos y epígrafes concretos a modificar.

Cuestión bien distinta será determinar si interesa o no proyectar el criterio de residencia habitual utilizado por el Derecho europeo para la determinación de la ley aplicable en los conflictos internacionales sobre el Derecho interregional y los conflictos de origen interno. O en cambio, si cabe o si es preciso mantener “con ajustes” la vecindad civil como punto o criterio de conexión y así respetar mediante esa reforma el mantenimiento de la vecindad civil para los conflictos internos y el recurso a la residencia habitual para los conflictos internacionales.

11. Será el legislador estatal quien deberá decidir si aplicar los criterios y la moderna técnica jurídica seguida por el legislador o europeo u optar por otra opción que se distancie de las respuestas del Derecho europeo. También cabría, y no sería una solución desatinada, que el legislador estatal optase como pretensión de entrada para la determinación de la ley aplicable sobre los conflictos de origen interno y el Derecho interregional por el criterio de la autonomía conflictual a favor de la ley de la nacionalidad, lógicamente aparejada a la vecindad civil, y en defecto de tal opción acudir a la determinación de la ley aplicable para dichos supuestos al criterio de conexión de la residencia habitual favoreciendo con ello la “*professio iuris*”. Obviamente todo ello exigiría tener en cuenta en dichos ajustes la congelación del cómputo del tiempo para la pérdida de la vecindad civil al residir fuera del territorio de origen de la vecindad civil del sujeto correspondiente facilitando con ello también una proyección *ad extra*.

En nuestro sistema coexiste una doble respuesta compuesta de instrumentos y técnicas normativas diferenciadas que ofrece soluciones para las controversias “*ad intra*” mediante la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado y para las “*ad extra*” mediante la aplicación de las soluciones previstas por la Comisión Europea. Lo que evidencia que no existe una armonización de respuestas ni

desde el exterior (especial referencia a la aplicación del Derecho español al amparo del Reglamento Europeo 2016/1104)”, En AAVV, *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, pp.357 y ss., Valencia, 2019, Tirant lo Blanch.

en Europa ni a nivel internacional y en el que, como parece evidente, el legislador estatal se encuentra cómodo manteniendo una aptitud de inacción que facilita artificialmente el mantenimiento vital de las soluciones autónomas recogidas y no modificadas en el Código Civil.

12. En España, tomar la decisión de aplicar directamente los Reglamentos a los conflictos de leyes internos supondría cambiar el régimen normativo interregional actual. Sin duda, de producirse tal opción por el legislador español, deberá ser cuando menos expresa, teniendo en cuenta que afecta al reparto competencial que la Constitución otorga en exclusiva al Estado sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes” (art. 148.1.8 CE). Tradicionalmente, esta razón de la exclusividad competencial estatal inhabilita cualquier regulación de las Comunidades Autónomas para regular la aplicabilidad de su propio ordenamiento jurídico; aunque la vigencia de esta afirmación parece reconsiderarse a la vista de Sentencias como las del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013³².

V. Consideraciones Finales

13. El ordenamiento jurídico español no dispone de un verdadero sistema de derecho interregional que permita ofrecer una respuesta previsible y evitar con ello la inseguridad jurídica a la que conduce una permanente judicialización de tales conflictos normativo/competenciales internos³³. Además, debe tenerse presente que la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione conflictualmente la dimensión de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, debido a que la determinación de cuál de los diferentes derechos civiles españoles deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos interregionales sino que surge también, y cada vez con más frecuencia, en supuestos internacionales o intraeuropeos.

Los esfuerzos del legislador interno deberían centrarse en dos objetivos: de una parte, sería conveniente mejorar las normas de implementación o aplicación interna de las normas europeas e internacionales, pues éstas, por su propia naturaleza, necesitan un acomodo en la legislación interna que permita su correcta aplicación.

En segundo lugar deviene prioritaria bien la elaboración de una ley de Derecho interregional o bien una modificación profunda de las respuestas conflictuales normativas de origen interno, pues la pluralidad normativa en el ámbito interno ha experimentado un crecimiento exponencial en las últimas décadas y la interacción entre los nuevos Reglamentos europeos y el sistema interno de solución (difícilmente puede hablarse en realidad de “sistema”) provoca una gran inseguridad jurídica a la hora de determinar la legislación aplicable.

14. El resultado final se traduce en una mayor complejidad normativa seguramente inevitable, fruto de la fragmentación del sistema de fuentes, adicionalmente incrementado porque las normas europeas no cubren todas las materias ni resuelven todas las cuestiones, y, por consiguiente, están llamadas a coexistir con las normas nacionales y las de fuente u origen convencional-internacional.

No existe, además, un sistema solución uniforme en los propios Reglamentos Europeos, aunque cabe afirmar que el legislador europeo posibilita que cada Estado pueda optar por la aplicación o no de dichos instrumentos normativos europeos para aportar respuesta a los conflictos de leyes internos.

³² J.J. PÉREZ MILLA, “Un Derecho interregional entre gigantes” en VV. AA, *Cincuenta años del Derecho civil aragonés*, 2018, pp. 90 a 93. No puede dejar de apuntarse que la aplicabilidad de la normativa internacional a los conflictos internos va a incidir directamente en el ámbito de aplicación de la normativa autonómica, por lo que, aunque esté claro la competencia estatal, parece deseable habilitar un modelo que permita participar a las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil en la conformación la voluntad del Estado sobre la eventual extensión *ad intra* de las soluciones de los Reglamentos; solución paralela a la apuntada en una de las conclusiones en las Jornadas de Derecho Foral, Jaca, 28-31 de agosto 1976.

³³ Sobre la necesaria reforma del derecho interregional y la promulgación de una ley especial en este ámbito, véase A.BORRÁS RODRÍGUEZ, “El derecho interregional: realidades y perspectivas”, C.E. Florensa i Tomás (Dir.) J.M. FONTANELLAS MORELL, (Coord.), *La codificación del derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 555.

El gran debate pendiente de solución se concreta en saber si por parte del legislador español se va a consolidar tal dualidad de sistemas conflictuales o si se va a optar por una alternativa legislativa interna que prevea una solución única tanto para los conflictos internos como para los internacionales. ¿Cómo cabe proceder para lograr la mejora de nuestro sistema de Derecho interregional (o, en realidad, cómo articular un verdadero sistema, actualmente inexistente)?

Es evidente que el legislador estatal parece carecer de modelo o de criterio claro y coherente, porque *de facto* ha modificado el Título Preliminar del CC de forma puntual y sin un criterio normativo conflictual claro.

15. La realidad normativa actual pivota sobre un sistema claramente dual, distinguiendo entre el papel del legislador europeo para regular los conflictos de leyes internacionales y el papel del legislador estatal para regular los conflictos internos y para los que opta por un sistema mixto en el que se aplican en ocasiones las viejas soluciones del Código Civil y en otras se recurre a la *incorporación por referencia* de las soluciones previstas en las normas convencionales y/o europeas.

El legislador estatal debe decidir si opta por aplicar un sistema unitario de soluciones conflictuales mediante la extensión de las soluciones ofrecidas por los Reglamentos europeos y los Convenios internacionales a los conflictos de origen interno o si en cambio opta por mantener la dual situación actual.

Cuestión conexas a la anterior pero distinta será determinar si interesa o no proyectar sobre el ámbito de los conflictos internos el criterio de residencia habitual utilizado por el Derecho europeo para la determinación de la ley aplicable en los conflictos internacionales.

16. Y paralelamente habrá que analizar las repercusiones que estas opciones puedan tener sobre la función que desempeña en nuestro Ordenamiento Jurídico la vecindad civil; en efecto, otra fundamental cuestión para el debate se concreta en el dilema de si es oportuno mantener “con ajustes” la vecindad civil como punto o criterio de conexión y respetar así mediante esa futura reforma el mantenimiento de la vecindad civil para los conflictos internos y el recurso a la residencia habitual para los conflictos internacionales.

Una reforma del sistema de Derecho interregional español y en particular la novación del régimen normativo de la vecindad civil como punto de conexión (art.14 Cc) debería basarse en estos principios: en primer lugar, ampliar en este ámbito interno-interregional la autonomía de la voluntad (autonomía conflictual) en la elección de la norma jurídica aplicable, particularmente en el ámbito de sucesiones y de matrimonio.

En segundo lugar, posibilitar (más allá de la aplicación de la doctrina general de prohibición del fraude de ley en el ejercicio de los derechos) el cambio de vecindad civil (como lo es, por ejemplo, el de nacionalidad o el de residencia habitual) sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos, y en tercer lugar prever de forma jerarquizada unos puntos de conexión en los que la preferencia venga fijada por la autonomía de la voluntad (por ejemplo, *professio iuris* en sucesiones) sujeta a las condiciones que se fijen, y que la vecindad civil determine la ley aplicable de forma subsidiaria (a falta de elección de ley).

Cabe afirmar que una opción de política legislativa viable sería mantener la aplicación de la vecindad civil para los conflictos de leyes internos o interregionales. Esta decisión deviene sin embargo cada vez más compleja, al haber optado ya el legislador estatal por un sistema mixto que combina inadecuadamente soluciones sustentadas en la incorporación por referencia de ciertas normas europeas e internacionales para la aplicación a algunos supuestos interregionales (tal y como se aprecia en los citados arts. 9.4, 9.6 y 9.7 CC) con el mantenimiento de las respuestas ofrecidas por el Código Civil para otros (arts. 9.3 y 9.8 CC).

17. En definitiva, debe sopesarse la necesidad de optar bien por modernizar el Capítulo IV del Título Preliminar, bien por dictar una Ley Especial sobre conflictos de leyes internos, o bien por incorporar al sistema interno y de manera generalizada las soluciones contenidas en los Convenios internacionales y/o en los Reglamentos europeos.

Tal labor normativa compete al legislador estatal, sin duda. No puede derivar de modificaciones legislativas parciales o sectoriales, que además van referidas a las relaciones privadas internacionales.

Ha de replantearse el contenido del artículo 16 del Código Civil y su alcance actualmente, así como su sentido y fundamento, dadas las profundas diferencias del contexto normativo existente hoy, respecto al que existía en el momento en que se elaboró.

Puede ponerse en cuestión si el cauce adecuado para ello es una Ley de Derecho interregional o la reforma sustancial del artículo 16 del Código Civil, y a su vez dilucidar si las soluciones del DIPr. de la Unión Europea se muestran capaces de aportar soluciones también exportables a los conflictos internos producidos por nuestras distintas legislaciones civiles, coexistentes o si por el contrario ha de irse hacia soluciones diferenciadas y específicas para esta categoría conflictual interna.

El dilema del consumidor europeo: “paternalismo excesivo” o autonomía individual

The European consumer’s dilemma: “excessive paternalism” or individual autonomy

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS
Catedrática de Derecho internacional privado
Universitat de Barcelona

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8902

Resumen: El presente trabajo analiza los distintos métodos o técnicas de reglamentación (multilateral y unilateral) que el Derecho internacional privado europeo utiliza para la protección del consumidor contratante y, en particular, su potencial aplicación cumulativa, i.e. la posible incidencia de normas de protección del consumidor nacionales (cuyo origen se encuentra en la trasposición de directivas europeas) como normas internacionalmente imperativas o de policía, en contratos de consumo regulados por una norma de conflicto materialmente orientada. La relación entre la norma de conflicto protectora del consumidor contratante prevista en el art. 6 RRI y las normas de policía del art. 9 RRI ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina, tanto respecto de los contratos que cumplen las condiciones de aplicabilidad del art. 6 RRI como los que quedan excluidos (consumidores activos y exclusiones expresas). En cuanto a los primeros, la aplicación cumulativa de ambas técnicas podría conllevar “paternalismo excesivo” que a nuestro juicio va en contra de su autonomía y de los propios objetivos del Reglamento Roma I y es, por tanto, inaceptable en las relaciones de consumo intra-europeas. En las situaciones vinculadas a terceros Estados (extra-europeas) esa doble protección será en ocasiones necesaria para garantizar el nivel de protección europeo.

Palabras clave: Leyes de policía. Art. 6 Reglamento Roma I. Directivas europeas protección del consumidor.

Abstract: This paper analyzes the different methods (multilateral and unilateral) used by European private international law to protect the consumer and, in particular, their potential cumulative application, i.e. the potential incidence of national consumer protection rules (whose origin lies in the implementation of European directives) as overriding mandatory provisions in consumer contracts covered by a special choice of law rule protecting the consumer. The relationship Art. 6 RRI and Art. 9 RRI has been widely discussed, both with regard to contracts covered by Art. 6 RRI and to those excluded from it (active consumers and express exclusions). With regard to the former, the cumulative application of both methods could lead to an “excessive paternalism” that goes against party autonomy and the Rome I Regulation objectives, and is therefore unacceptable in intra-European consumer relations. In situations linked to third States (extra-European), such double protection will sometimes be necessary to guarantee the European level of protection.

Keywords: Overriding mandatory provisions. Art 6 Rome I Regulation. Consumer Protection Directives.

Sumario: I. Introducción. II. Fundamento de la protección conflictual del consumidor: contextualización del dilema. III. Incidencia de las normas de policía en la contratación de consumo: 1.

Calificación de las normas de protección del consumidor como normas de policía. 2. Normas de policía y norma de conflicto materialmente orientada: su posible aplicación cumulativa. 3. La solución al dilema del consumidor europeo: situaciones intra-europeas v. extra-europeas.

I. Introducción

1. El Prof. Calvo Caravaca fue uno de los miembros del tribunal que juzgó mi tesis doctoral junto con el Prof. Julio González Campos (Presidente), el Prof. Marc Fallon, el Prof. Fausto Pocar y la Prof. Nuria Bouza. Una de las observaciones que hizo, al hilo de la protección del consumidor por parte del Dipr. europeo, fue la relativa a las consecuencias negativas que una excesiva protección del consumidor puede suponer para el propio consumidor, mermando en exceso su libertad contractual y posibilidad de elección. Para ejemplificar esta dicotomía utilizó como símil el caso del lanzamiento de enano. Me gusta recordarlo porque, más allá de la anécdota, la reflexión que acompaña al caso la he utilizado durante muchos años en clase, planteando ese dilema a los alumnos. El lanzamiento de enano es un tipo de espectáculo o práctica que consiste en arrojar a un enano por el aire, ya sea con la ayuda de un dispositivo mecánico o simplemente lanzándola con la fuerza de los brazos, como si fuera un proyectil. Dicha práctica se extendió a inicios de los años noventa en varios Estados entre ellos España, llegando en Francia a plantearse el asunto ante el Consejo de Estado francés y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹. No es difícil pensar que estas prácticas se consideren ofensivas por “lesionar” la dignidad de los propios enanos y que tanto el Consejo de Estado francés como el Comité de Derechos Humanos las consideraran contrarias al orden público. Frente a ello, argumentos como la discriminación con respecto de los enanos, la libertad individual, el derecho al trabajo y el respeto a la vida privada fueron utilizados por los propios enanos para defenderlas. Aunque en la historia original la controversia se produce entre la autonomía individual y la dignidad humana², el Prof. Calvo Caravaca lo trajo a colación queriendo contraponer el excesivo proteccionismo o paternalismo y la libertad individual y ello desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

2. Quisiera aprovechar mi contribución a este homenaje al Prof. Calvo Caravaca para reflexionar de nuevo sobre los distintos métodos o técnicas de reglamentación (multilateral y unilateral) que el Derecho internacional privado europeo utiliza para la protección del consumidor contratante y, particularmente, sobre su potencial aplicación cumulativa, i.e. sobre la posible incidencia de normas de protección del consumidor nacionales (cuyo origen se encuentra en la trasposición de directivas europeas) como normas internacionalmente imperativas o de policía, en contratos de consumo regulados por una norma de conflicto materialmente orientada. La relación entre la norma de conflicto protectora del consumidor contratante prevista en el art. 6 RRI y las normas de policía del art. 9 RRI ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina, tanto respecto de los contratos que cumplen las condiciones de aplicabilidad del art. 6 RRI como los que quedan excluidos (consumidores activos y exclusiones expresas)³, y de hecho fue uno de los temas estrella en el acto de defensa de mi tesis doctoral. Desde entonces han pasado más de veinte años en los que estrategia de la UE en materia de protección del consumidor contratante ha cambiado, como veremos, y en los que el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia muy rica que ayuda a clarificar algunas de las dudas que en su momento surgieron. En este trabajo me voy a centrar, como adelantaba, en la relación entre el art. 6 RRI (y los contratos que sí entran en su ámbito de aplicación) y el art. 9 RRI pues su aplicación cumulativa es que la conlleva un potencial “paternalismo excesivo”. A ello se añade que el tema es de actualidad, pues se ha planteado recientemente ante el TJUE en un recurso prejudicial presentado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Granadilla de Abona

¹ Manuel Wackenheim v. France, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

² M. RUIZ SANZ, “A propósito de los digno y no discriminatorio: comentario al caso wackenheim v. Francia sobre el “Lanzamiento de enano”, *TEORDER*, nº 5, 2009, pp. 182-201.

³ Sobre las relaciones entre los contratos no comprendidos en el art. 6 RRI y el art. 9 ver B. AÑO VEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, 2003, pp. 170-179.

(Santa Cruz de Tenerife) en el asunto Diamond Resorts⁴. Lamentablemente, el TJUE no ha respondido a la cuestión de la potencial incidencia de normas de policía en los contratos de consumo por considerar que el tribunal remitente no le da suficientes datos sobre las disposiciones pertinentes de la normativa española controvertida ni sobre las circunstancias excepcionales que justificarían tener en cuenta consideraciones de interés público que tales disposiciones pretenden salvaguardar. Sin una respuesta por parte del TJUE el debate sigue abierto y de ahí que lo retome en esta ocasión, para ver si aquella postura que defendimos en su momento ha superado el paso del tiempo y los cambios acaecidos.

II. Fundamento de la protección conflictual del consumidor. Contextualización del dilema

3. La protección del consumidor en las transacciones internacionales ha sido objeto de especial atención por parte del Derecho internacional privado europeo⁵. Tanto el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBIbis), como el Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI) establecieron regímenes especiales que protegen al consumidor, como parte más débil del contrato, desde una perspectiva jurisdiccional y conflictual⁶. Además, desde una perspectiva material, varias directivas europeas, que cubren cuestiones tanto específicas como generales en relación con los contratos de consumo, armonizan el derecho sustantivo de los Estados miembros. Algunas de ellas introducen una norma de Derecho internacional privado que pretende establecer el carácter imperativo del Derecho sustantivo europeo. La interacción entre el Reglamento Roma I y el Derecho nacional de aplicación de la Directiva no siempre es fácil y a ello dedicamos parte de nuestras reflexiones⁷.

4. La norma prevista en el art. 6 RRI revela claramente el deseo de traducir al ámbito conflictual la tendencia manifestada en la mayoría de Estados europeos de proteger al consumidor contratante. El objetivo es, por tanto, extender a las relaciones internacionales de consumo la política de protección llevada a cabo por los legisladores nacionales. La libertad de las partes para determinar el contenido de un contrato es un principio general del Derecho contractual reconocido por casi todos los ordenamientos jurídicos. Los legisladores nacionales protegen a los consumidores porque se encuentran en una posición de negociación más débil cuando celebran un contrato con un profesional o un empresario. Esta debilidad justifica la adopción de normas no derogables por contrato para evitar un perjuicio al consumidor y equilibrar la relación. El Derecho nacional protege al consumidor mediante normas imperativas relativas a diferentes aspectos como (cláusulas abusivas de los contratos, cláusulas de exención, información, plazo de retractación, etc.).

5. En Derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad implica la libertad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato (elección de la ley). También implica la libertad de determinar el foro que será competente para conocer de cualquier litigio potencial o real entre ellas (elección del foro). El Reglamento Roma I ofrece un amplio margen para la elección de la ley aplicable. Las ventajas y el importante papel que desempeña la autonomía de las partes en el comercio internacional deben reevaluarse en lo que respecta a los contratos transfronterizos de consumo. En la inmensa mayoría de los casos, los contratos celebrados con consumidores son contratos tipo ofrecidos sobre la base del “lo toma o lo deja”, en los que el consumidor desconoce el significado exacto de una cláusula de elección de la

⁴ STJUE de 14 de septiembre de 2023, C-632/21, Diamond Resorts (ECLI:EU:C:2023:671).

⁵ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales de consumo” en A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (ed), *Tratado de Derecho Internacional Privado* Tomo III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2022, pp. 3437-3523.

⁶ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351 de 20 diciembre 2012 (RBIbis). Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008.

⁷ B. AÑOEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo...*, *op. cit.*, nota 2.

ley aplicable y, por tanto, la acepta ignorando todas sus implicaciones. Los acuerdos de elección de ley suelen incorporarse al contrato o formar parte de las condiciones generales del empresario o profesional. Mediante una elección de ley, el profesional puede buscar la aplicación de una ley con bajos estándares de protección del consumidor evitando la aplicación de un régimen protector. Como señala Garcimartín, “cuando existen «fallos de mercado», normalmente cuando las partes se encuentran en una posición asimétrica, la autonomía puede ser utilizada por la parte más fuerte para aumentar sus beneficios a expensas de la parte más débil, ya que se supone que esta última está menos informada y tiene menos experiencia. En términos económicos, esto puede conducir a resultados ineficientes si los beneficios de la primera no compensan el coste de la segunda”⁸.

6. Consciente de los posibles efectos negativos de una cláusula de elección de ley de este tipo, el Reglamento Roma I ha restringido la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos celebrados con consumidores. El art. 6 RRI limita la autonomía de la voluntad en el sentido de que la elección de ley realizada por las partes no puede privar al consumidor de la protección que le ofrecen las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo de la ley del país de su residencia habitual. La ley de la residencia habitual del consumidor marca el nivel mínimo de protección exigido. El juez deberá realizar una comparación de leyes (comparación no en abstracto sino sobre el asunto a debate)⁹. Si la ley elegida ofrece una protección igual o superior a ese nivel mínimo será aplicada. En caso contrario la ley de la residencia habitual del consumidor prevalecerá. Ello supone, efectivamente, una limitación importante a la autonomía de las partes pero no implica la supresión de la misma. El art. 6 RRI se refiere a las “*disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo*”, ie se refiere a las normas “internamente” imperativas. Normas que se aplican en situaciones puramente internas y en situaciones internacionales cuando forman parte de la *lex contractus*. Normas que se corresponden con una categoría más amplia que la de normas “internacionalmente” imperativas y que veremos en el epígrafe siguiente. Tales normas, cuando forman parte de la ley de la RH del consumidor, adquieren el carácter de norma internacionalmente imperativa condicionada por efecto del art. 6 RRI, pues son aplicable en situaciones internacionales incluso cuando las partes hayan elegido otro ordenamiento como rector del contrato, si la misma es más protectora que la ley elegida.

7. A falta de elección, la aplicación de los criterios de vinculación previstos en las normas generales (artículo 4 del Reglamento Roma I) conduce normalmente a la aplicación de la ley del país donde el profesional tiene su residencia habitual, lo que significa que esta ley puede ser determinada por el profesional trasladando su sede a un Estado con un nivel de protección bajo, por ejemplo¹⁰. Para evitar este peligro potencial, se prevé un criterio de vinculación especial a favor de la residencia habitual del consumidor. Se establece, por tanto, una conexión objetiva, rígida e imperativa.

8. Un elemento clave de esta regulación consiste en que no todo consumidor parte en un contrato de consumo está protegido por el régimen protector del art. 6 RRI. Dicho precepto tiene un ámbito de aplicación limitado. La primera limitación es subjetiva y parte de la definición autónoma de “consumidor” y “profesional” prevista en el art. 6 RRI (y también en el 17 RBIBis) y desarrollada por parte del TJUE. El art. 6 RRI define al “consumidor” como aquella persona física que celebra un contrato “*para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*” con otra, “*el profesional*” que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”. De dicha definición y su desarrollo jurisprudencial

⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Consumer Protection from a Conflict-of-Laws perspective: The Rome I Regulation Approach”, en J. FORNER DELAYGUA-C. GONZÁLEZ BEILFUSS-R. VIÑAS FERRER, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Marcial Pons. Madrid, 2013, pp. 445-462, p. 449.

⁹ Sobre esta comparación ver B. AÑO VEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo...*, op. cit., nota 2. B. SCHMITZ, “Rethinking the Public Interest in Consumer Protection. A Critical Comparative Analysis of Article 6 Rome I Regulation”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2022, 9, pp. 210-235.

¹⁰ M. CAMPO COMBA, *The Law applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law*, Springer, 2021, 97; G. RÜHL, “Consumer protection in choice of law”, 2011, 44 *Cornell Int Law Journal*, p. 569.

cial se desprende que las normas protectoras se aplican exclusivamente a las relaciones B2C y no a aquellas relaciones jurídicas entre consumidores (C2C). Una de las partes debe ser un consumidor y la otra un profesional¹¹. La segunda limitación es objetiva y obedece a la exigencia de un vínculo entre el contrato de consumo y el país de la residencia habitual del consumidor, vínculo que se define a través de la existencia de dos elementos. Por un lado, la actividad del empresario debe estar vinculada al Estado del consumidor ya porque ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último. Por otro, el contrato en cuestión debe estar comprendido en el ámbito de dichas actividades¹². No hay por contra ninguna limitación material. La norma del art. 6 se aplica a todo contrato de consumo salvo las excepciones expresas que contempla el propio precepto¹³.

9. Del ámbito de aplicación del art.6 RRI se desprende que el RRI solo protege al consumidor que ha sido de alguna forma captado en el mercado de su residencia habitual (consumidor pasivo). El consumidor activo (el que se desplaza y consume en un mercado distinto al de su residencia habitual), está sometido al régimen general aun cuando se desplace en el seno de la Unión Europea. Ello podría llevar a la aplicación de un Derecho de un Estado tercero menos protector que el Derecho del Estado de la UE al cual el consumidor se ha desplazado. De ahí que, a partir de la segunda generación de directivas comunitarias, el legislador europeo quisiera garantizar en estos casos la aplicación del nivel de protección europeo a través de normas unilaterales que impiden que el consumidor pierda la protección que le otorga la Directiva como consecuencia de la elección de la ley de un tercer país como *lex contractus*. Por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas contractuales abusivas establecía en su artículo 6, apartado 2, que “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no pierda la protección que le otorga la presente Directiva como consecuencia de la elección de la ley de un tercer país como ley aplicable al contrato, si éste presenta un vínculo estrecho con el territorio del Estado miembro*”¹⁴. No obstante, estas loables intenciones tuitivas se vieron menoscabadas no sólo por

¹¹ Sobre el concepto de consumidor ver A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 12, 1, p. 86-96. Ver asimismo B. AÑO VEROS TERRADAS, “Article 6”, en P. FRANZINA (ed.), *The Rome I Regulation. Commentary. Elgar Commentaries in Private International Law series*, Edward Elgar (en prensa).

¹² B. AÑO VEROS TERRADAS, “E-commerce and Consumer Protection in Integrated Markets”, en V. RUIZ ABOU-NIGM y M. B. NOODT TAQUELA, *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, 2019, p. 231.

¹³ Por su parte el art. 6 RRI contiene una lista más extensa de exclusiones: a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual. Por ejemplo, los cursos de idiomas que se dan exclusivamente en el extranjero; b) contratos de transporte, a excepción de los de viaje combinado (transporte y alojamiento); c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Por ejemplo, contratos de hipoteca. Sí están cubiertos los contratos de multipropiedad; d) Los contratos financieros.

¹⁴ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L 95, de 21 de abril de 1993. Una disposición muy similar se adoptó en la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DO L 144/19 (artículo 12, apartado 2), así como en la Directiva 44/99/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, DO L 171/12 (artículo 7, apartado 2), y la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifica la Directiva 90/619/CEE del Consejo, junto con las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, DO L 271/16 (artículo 12, apartado 2). Véase también la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, DO L133/66 (artículo 22, apartado 4). Además, dos directivas relativas a contratos específicos con consumidores (a saber, la Directiva 90/314, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, DO L 158 y la Directiva 2008/122/CE, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, los contratos de reventa y los contratos de intercambio, que sustituye a la Directiva 94/47, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos celebrados en los Estados miembros, DO L 33) contenían también una norma especial que indicaba su ámbito de aplicación espacial. En este caso, sin embargo, las normas difieren considerablemente de las contenidas en las directivas anteriormente mencionadas. Por último, la Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico en el mercado interior adopta un enfoque diferente, y da un paso atrás con respecto al método utilizado en la primera generación de Directivas, ya que, como explica, no pretende «establecer normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a los conflictos de leyes ni trata de la competencia de los Tribunales».

la difícil interacción entre el RRI y las normas nacionales de aplicación de las directivas europeas¹⁵, sino también por los inconvenientes inherentes a la directiva como instrumento unificador.

10. A partir de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores¹⁶, se abandona la armonización mínima en favor de la armonización máxima o plena. Ello significa que los Estados miembros no pueden introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva. Por tanto, cuando la armonización es plena, no hay diferencia entre las leyes de trasposición de los diferentes Estados miembros y la potencial comparación de leyes prevista en el art. 6 RRI en caso de elección por las partes deviene irrelevante¹⁷. El considerando 10 de la Directiva establece que «[L]a presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)» y el considerando 58 especifica que «No debe privarse al consumidor de la protección que le otorga la presente Directiva. Cuando la ley aplicable al contrato sea la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) n° 593/2008, a fin de determinar si el consumidor conserva la protección concedida por la presente Directiva». Por lo tanto, cualquier cuestión de conflicto de leyes se resolverá mediante la aplicación del Reglamento Roma I¹⁸, i.e. mediante el art. 6 RRI si el contrato de consumo entra en su ámbito de aplicación y por las normas generales (art. 3 y 4 RRI) si está excluido (consumidor activo y exclusiones expresas). Ahora bien, a día de hoy no se ha alcanzado una armonización plena completa. Todavía quedan Directivas europeas de “armonización mínima” que permiten a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones, en sus legislaciones nacionales, más exigentes para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado.

11. Con la transformación del Convenio de Roma en Reglamento Roma I, se introdujo un apartado 4 en el artículo 3 según el cual “*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección estén localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley aplicable distinta de la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*». En consecuencia, el consumidor activo que celebra un contrato en el que todos los elementos están situados en Estados miembros, está protegido contra una elección de la ley en favor de la ley de un tercer Estado que perjudique al consumidor. Este resultado es similar al alcanzado por las Directivas europeas que contenían la extensión unilateral del Derecho comunitario cuando existía un vínculo estrecho con la UE. Sin embargo, las Directivas no definían las situaciones en las que existía un «vínculo estrecho» y los Estados miembros aplicaban la necesidad de un vínculo de diferentes maneras. El apartado 4 del artículo 3 del Reglamento Roma I es claro: todos los elementos pertinentes de la situación deben estar situados en uno o varios Estados miembros. Esta restricción excluye la protección del consumidor activo que se desplaza de un Estado miembro a otro y celebra un contrato con un profesional de un tercer Estado en las condiciones establecidas en el artículo 6 RRI. En

¹⁵ En cuanto a la articulación entre el Reglamento Roma I y las Directivas, aunque el artículo 23 del Reglamento Roma I parece claro cuando establece que “*Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario que, en materias particulares, establezcan normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales*”, en el sentido de que las Directivas y las normas nacionales que las desarrollan prevalecen sobre el Reglamento como *lex specialis*, ha suscitado sin embargo un amplio y extenso debate doctrinal en el que no puedo profundizar.

¹⁶ Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre derechos de los consumidores), DOUE L 304 de 22 noviembre, p. 64–88

¹⁷ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, nota 7.

¹⁸ Este principio de armonización plena junto con una remisión al Reglamento Roma I para resolver cualquier cuestión de elección de ley también se ha utilizado en la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo.

esta situación, también la aplicación del criterio de vinculación objetiva del artículo 4 del Reglamento Roma I podría ser muy perjudicial para el consumidor, ya que la residencia habitual del profesional se encuentra en un Estado no miembro.

III. Incidencia de las normas de policía en la contratación de consumo

12. Mucho se ha discutido sobre la posible incidencia de normas internacionalmente imperativas en la contratación de consumo¹⁹. Como es bien sabido, el art. 9 RRI da entrada a este tipo de norma unilateral que define como, “[...] una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.” Dicho concepto se alinea con el dado por el TJUE en el asunto *Arblade*²⁰. En la medida en que dicho concepto se incluye en un instrumento europeo, a los efectos de aplicación de dicho instrumento el concepto de ley de policía es autónomo y debe ser objeto de una interpretación uniforme de modo que limita a los Estados miembros su libertad para establecer qué normas de su ordenamiento tienen ese carácter²¹.

13. Dos elementos caracterizan, por tanto, a las disposiciones imperativas: a) se trata de normas imperativas cuyo respeto es considerado crucial por un país para salvaguardar sus intereses públicos y b) se trata de normas aplicables a cualquier situación, nacional o internacional, que entre dentro de su ámbito de aplicación. Las disposiciones internacionalmente imperativas son, por tanto, normas que alteran el funcionamiento normal de la norma de conflicto. De la definición se desprende que tales normas constituyen una categoría diferente y más restrictiva que las normas “meramente imperativas” que las partes no pueden derogar y que también están cubiertas por el Reglamento Roma I en los apartados 3 y 4 del artículo 3, el apartado 2 del artículo 6 y el apartado 2 del artículo 8. Estas normas simplemente imperativas buscan generalmente garantizar “un nivel de tutela y equilibrio contractual entre las partes indisponible”²². Frente a las normas “simplemente imperativas”, las “internacionalmente imperativas” son normas que por la finalidad que persiguen se aplican siempre. Su objetivo es garantizar la salvaguarda de los principios y valores que el Estado al que pertenecen considera esenciales²³. Se dice que son la parte positiva de la excepción de orden público. Mientras que esta última corrige el resultado al que lleva la ley designada aplicable, aquellas operan *a priori* desplazando, en principio a la norma de conflicto. Ambas persiguen la salvaguarda de intereses públicos y generales. Son, por tanto, normas muy próximas al Derecho público, aunque, como veremos, también incluyen normas de Derecho privado. Suele distinguirse entre normas ordopolíticas o de dirección (que incluiría normas de seguridad, normas que afectan a la salud pública, al tráfico de armas, drogas, medicamentos, etc.) y normas de protección (normas que persiguen la protección de determinados sujetos como los menores, consumidores, trabajadores, agentes comerciales). La consideración de estas últimas como leyes de policía ha sido objeto de

¹⁹ Ver entre otros, M. WILDERSPIN, ‘Article 6’ en U. MAGNUS y P. MANKOVSKI(ed.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Rome I Regulation*, vol 2, Otto Schmidt, 2017; Ch. BISPING, “Consumer protection and overriding mandatory rules in the Rome I Regulation”, en J. DEVENNEY (ed.), *European Consumer Protection. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2012, pp. 239-256; M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado europea y aplicación de las directivas europeas protectoras de la parte contractual débil”, *REDI*, vol. 73, 2021, 1, pp. 74-79.

²⁰ Asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade* [1999] ECR I par. 30, “debe entenderse esta expresión [leyes de policía o de seguridad] en el sentido de que se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”.

²¹ C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, 2, pp. 174-193, p. 178.

²² Ídem.

²³ Ídem. Como afirma el considerando 37 del RRI “[E]l concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva.”

largos debates doctrinales y los Estados difieren en su inclusión o no²⁴. A dicha calificación dedicamos el siguiente apartado (1). A partir de ahí se analiza la posible incompatibilidad entre el art. 6 RRI (norma de conflicto que regula determinados contratos de consumo) y el art. 9 RRI (2).

1. Calificación de las normas de protección del consumidor como normas de policía

14. El TJUE ha confirmado en el asunto *Ingmar*²⁵ que las normas de protección de las partes más débiles, como los artículos 17 a 19 de la Directiva sobre agentes comerciales, pueden considerarse disposiciones imperativas de carácter general en la medida en que la norma también salvaguarde el interés público relacionado con la organización social o económica de un país (o de la UE)²⁶. En el caso de los arts. 17 a 19 de la Directiva, su objetivo es como afirmó el TJUE “*suprimir las restricciones al ejercicio de la profesión de agente comercial, uniformar las condiciones de competencia dentro de la Comunidad e incrementar la seguridad de las operaciones comerciales (...)*”. En definitiva, la finalidad del régimen previsto en los artículos 17 a 19 de la Directiva es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior²⁷. Es esta, además, la concepción mayoritaria actualmente. Dependiendo del origen de la norma, nacional o europeo, será el Estado o la UE quien decida qué normas considera esenciales para la salvaguarda de sus intereses públicos. De ahí que la clave se encuentre en la definición de “interés público” y en “salvaguarda de la organización política, social o económica”²⁸. En los sectores armonizados, como por ejemplo en materia de contratación de consumo, ese carácter puede atribuirse a una Directiva europea y consecuentemente a las normas nacionales de transposición.

15. Trasladando esta doctrina a las normas protectoras de los consumidores, no todas podrán considerarse disposiciones internacionalmente imperativas, sino sólo aquellas que salvaguarden el interés público relacionado con la organización social o económica de un Estado y siempre que ello sea esencial para ese Estado que las ha dictado. En el ámbito europeo cuando busquen la salvaguarda de intereses europeos, como el buen funcionamiento del mercado interior. Es decir, debe tratarse de una norma que además de proteger al consumidor, como parte débil del contrato (interés particular), tenga por finalidad la tutela de intereses generales (público). Para algunos, su calificación de norma de policía dependerá del interés o intereses tutelados y del peso que tenga en la misma, i.e. si su objetivo principal es la tutela de intereses particulares o por el contrario la salvaguarda de un interés general²⁹. Para otros, normas cuyo principal objetivo sea la protección de la parte débil pueden considerarse normas de policía si también buscan la salvaguarda de un interés público, aunque este sea subsidiario³⁰. En cualquier caso, esta disociación de intereses no siempre es fácil³¹ ni posible pues no se trata de compartimentos estancos y en ocasiones como afirma Rodríguez Pineau “la tutela de ciertos particulares puede tener un impacto más allá de la protección directa que las normas procuran, *v. gr.* porque inciden en el funcionamiento del mercado”³². Además, en el caso de las Directivas de protección del consumidor contratante todas

²⁴ M. CAMPO COMBA, *The Law applicable...*, *op. cit.*, nota 9, p. 145. Ver E. TORRALBA, “La aplicación de las leyes de policía contenidas en Directivas de la Unión Europea. El Ejemplo de la Regulación de la cadena alimentaria, *REDI*, 2023, vol. 75, 137-160, nota 15, donde explica las diferentes posiciones de la jurisprudencia alemana y francesa; la primera muy restrictiva, la segunda más laxa.

²⁵ STJUE de 9 noviembre de 2000, C-381/98, *Ingmar GB*, EU:C:2000:605 (sentencia *Ingmar*).

²⁶ E. TORRALBA, *op. cit.*, nota 24.

²⁷ Sentencia del TJUE, de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB*, C-381/98, EU:C:2000:605, ap. 23-24.

²⁸ C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, 2, pp. 174-193, p. 178.

²⁹ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Leyes de policía. El impacto de la pandemia en el Derecho internacional Privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. extra 2, pp. 253-268, p. 260.

³⁰ M. CAMPO COMBA, *The Law applicable...*, *op. cit.*, nota 9, p. 97; G. RÜHL, *op. cit.*, nota 9, p. 569.

³¹ Sobre las dificultades de dicha disociación S. FRANQ, “Party autonomy and regulation: Public interests in Private international law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, pp. 270-273.

³² E. RODRÍGUEZ PINEAU, *op. cit.*, nota 29, pp. 253-268.

buscan contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, lo que podría llevar a pensar que todas persiguen una finalidad de “interés público” que justifica la limitación de la autonomía de la voluntad.

16. La calificación o identificación de una determinada norma como norma de policía viene a veces establecida por la propia norma o por una regla que extiende su aplicación a situaciones internacionales³³. En principio y como se ha dicho las normas de policía se aplican a toda situación sea interna o internacional que entre dentro del ámbito de aplicación de la norma. La determinación del ámbito de aplicación de la norma en cuestión deviene, por tanto, elemento clave para determinar qué situaciones internacionales se ven afectadas por la misma. Ahora bien, muchas veces esta caracterización no la realiza la norma de forma expresa ni determina su ámbito espacial de aplicación. En tal caso es necesario, como ha afirmado el TJUE en el asunto *Unamar*, una valoración *ad casum* teniendo en cuenta no sólo los términos exactos de la norma en cuestión sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate³⁴. Además, en atención a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Unamar*³⁵, nada impide a un Estado miembro, en un ámbito armonizado, adoptar normas internacionalmente imperativas. Como ya se ha visto la segunda generación de directivas de protección del consumidor incorporaron una norma unilateral que buscaba garantizar el nivel de protección europeo en determinadas situaciones vinculadas a la UE. La determinación o delimitación de ese ámbito de aplicación variaba de una Directiva a otra y de una norma de transposición a otra. Algunas de ellas solo extendían la aplicación del derecho sustantivo armonizado cuando las partes habían elegido la ley de un Estado tercero, pero no eran aplicable independientemente de la ley objetivamente aplicable (art. 6.2. Directiva Cláusulas Abusivas).

2. Normas de policía y norma de conflicto materialmente orientada: su posible aplicación cumulativa

17. ¿Puede esta doctrina extenderse a los contratos de consumo que cumplen las condiciones de aplicabilidad de la norma de conflicto materialmente orientada del art. 6 RIR? O, dicho de otra forma, la *lex contractus* que rige un contrato de consumo determinada de conformidad con el art. 6 RRI ¿puede verse desplazada por la aplicación de una norma internacionalmente imperativa más protectora del consumidor de otro país? Y en ese caso ¿Qué normas de policía pueden o deben aplicarse?

18. Un ejemplo de la situación que planteamos se ha puesto de manifiesto recientemente en el asunto *Diamonds Resorts*³⁶. Es, además, un caso que nos permite distinguir la situación en la que hay un Estado tercero involucrado y en la que no (pues el Reino Unido era Estado miembro en el momento en que se celebra el contrato pero ya no lo es el momento actual). En dicho asunto los demandantes, consumidores británicos con domicilio en el Reino Unido, celebraron en 2010 un contrato de aprovechamiento por turno de un inmueble sito en España, en su modalidad de suscripción de puntos de club³⁷,

³³ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, tomo III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882.

³⁴ Valoración defendida por el TJUE en el As. *Unamar*, ap. 50 (STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar*, EU:C:2013:663).

³⁵ STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *Unamar*, EU:C:2013:663.

³⁶ STJUE de 14 de septiembre de 2023, *Diamond Resorts*, C-632/21, ECLI:EU:C:2023:671. Ver también STJUE, de 14 de septiembre de 2023, *Club La Costa*, C-821/21, ECLI:EU:C:2023:672. Ver los comentarios de B. AÑOEROS TERRADAS, “Contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles: legitimación pasiva, grupos de empresas, carácter abusivo de las cláusulas de elección de foro y derecho aplicable e imperatividad internacional de la ley española”, *La Ley Unión Europea*, 2024, vol. 122, Febrero, pp. 1-19; P. DE MIGUEL ASENSIO, “Precisiones sobre la aplicación del Reglamento Roma I y las normas sobre contratos internacionales de consumo”, *La Ley Unión Europea*, 2024, vol. 1122, Febrero, pp. 1-7.

³⁷ En el apartado 26 de la sentencia se aclara el contrato en cuestión preveía el otorgamiento de una cantidad de puntos que permitía a los demandantes en el litigio principal disfrutar, durante un tiempo determinado, de una serie de alojamientos en difer-

con Diamond Resorts Europe, sociedad inglesa que actuaba como sucursal en España del grupo Diamond Resorts³⁸. Dicho contrato se celebró a través de la sucursal en España de dicha empresa británica. Posteriormente, los consumidores británicos deciden demandar ante los tribunales españoles (Tribunal de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Granadilla de Abona, Santa Cruz de Tenerife) a la sociedad británica y a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo, con las que el consumidor estaba vinculado a través de otros contratos, pero no en el contrato objeto del litigio³⁹. Las sociedades demandadas estaban todas domiciliadas en el Reino Unido salvo la empresa Diamond Resorts Europe, domiciliada en España. A través de la demanda el consumidor pide la nulidad del contrato por no cumplir los requisitos establecidos en las Leyes 42/1998 y 4/2012, que exigen, en particular, la inscripción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad español, la determinación concreta de los alojamientos que se adjudican a los consumidores y la especificación del tiempo de duración de los contratos. El contrato contenía una cláusula de sometimiento a ley inglesa.

19. El TJUE entiende que este tipo de contratos entran en el ámbito de aplicación del art. 6 RRI que en su apartado segundo admite que las partes elijan la ley aplicable al contrato, sin que tal elección pueda, sin embargo, acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley objetivamente aplicable, i.e. ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 6.1 RRI). Una de las preguntas que formula el tribunal español es si la aplicación del art. 6 RRI cuando se cumple su ámbito de aplicación es obligatoria o puede recurrirse a las normas generales cuando ello beneficie al consumidor. Es decir, si es posible recurrir al art. 4 RRI y en consecuencia aplicar la ley del lugar de situación del bien inmueble (España), supuestamente más favorable para el consumidor, en lugar de la ley de la residencia habitual del consumidor (y elegida por las partes) (Reino Unido, en ese momento Estado miembro). El TJUE responde, como no podía ser de otra forma, alegando el carácter específico, pero también exhaustivo del art. 6 RRI, de modo que las normas de conflicto de leyes previstas en dicho artículo no pueden ser modificadas o completadas por otras normas de conflicto de leyes establecidas en dicho Reglamento, a menos que una disposición particular que figure en el citado artículo haga una remisión expresa a ellas⁴⁰. A continuación, y a propósito de la cuarta cuestión que plantea el tribunal español y que el TJUE declara inadmisibile⁴¹, se le pregunta precisamente sobre la potencial aplicación de una ley de policía (la española, en su caso) a un contrato de consumo cubierto por el art. 6 y sometido al Derecho inglés (ley objetivamente aplicable según el art. 6 RRI. El TJUE se limita a recordar que el art. 9 del RRI da entrada a este tipo de normas, pero en ningún momento entra a admitir, como han visto algunos, ni a examinar la compatibilidad entre el art. 9 y el art. 6 RRI⁴².

20. Esa compatibilidad ha sido muy discutida por la doctrina⁴³. Para algunos la compatibilidad es posible porque los objetivos que persiguen dichos preceptos no son los mismos⁴⁴. El art. 6 RRI pro-

entes países de Europa, entre ellos España. En virtud de dicho contrato, no se adjudicaban a los demandantes en el litigio principal alojamientos concretos, ni un período específico cada año, sino que se les ofrecía un catálogo de alojamientos, debiendo los demandantes preguntar con antelación acerca de la disponibilidad para poder disfrutar de esos alojamientos en el momento deseado.

³⁸ En realidad, se firmaron dos contratos. Uno en 2008 y otro en 2010. Dado que al que de 2008 se le aplica *ratione temporis* el CR y no RRI he preferido a efectos de simplicidad centrarme en el 2010.

³⁹ Se plantearon varias preguntas en materia de competencia judicial internacional. Ver B. AÑOEROS TERRADAS, “Contratos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, nota 36.

⁴⁰ Véase la STJUE de 20 de octubre de 2022, ROI Land Investments, C-604/20, EU:C:2022:807, apartados 40 y 41.

⁴¹ El TJUE inadmite por considerar que el tribunal remitente no le da suficientes datos sobre las disposiciones pertinentes de la normativa española controvertida ni sobre las circunstancias excepcionales que justificarían tener en cuenta consideraciones de interés público que tales disposiciones pretenden salvaguardar.

⁴² En contra Pedro de Miguel para quien el TJUE en su sentencia pone de relieve que lo anterior no excluye que determinadas normas del foro puedan tener la condición de leyes de policía a los efectos del art. 9 RRI y de este modo prevalecer sobre la ley aplicable al contrato en virtud de las normas de conflicto del RRI (ap. 79 de la sentencia), pero no realiza ninguna aportación sobre la interpretación del mencionado art. 9

⁴³ En contra, M. CAMPO COMBA, *op. cit.*, nota 9, p. 145.

⁴⁴ A. BONOMI, “Article 9” en U. MAGNUS y P. MANKOVSKI(ed.), *Commentaries on Private International Law. Commentary Rome I Regulation*, vol 2, , Sellier, p. 611. L.M. VAN BOCHOVE, ‘Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law’, *Erasmus Law Review*, 2014(3) (2014) 152.

tege al consumidor en tanto que parte débil del contrato, i.e. persigue objetivos de “interés particular”, mientras que el art. 9 RRI da entrada a normas que buscan la salvaguarda de un “interés general”. Según los partidarios de la aplicación cumulativa de ambos preceptos, es perfectamente concebible (aunque poco probable en el ámbito de la protección del consumidor) que un país, distinto del de la residencia habitual del consumidor (en el asunto *Diamond Resorts* el país de situación del inmueble, España), considere crucial la aplicación de sus normas de protección del consumidor por perseguir éstas un “interés general”. La disociación de objetivos es lo que permitiría su acumulación. No obstante, ya se ha visto que esta disociación no es nada fácil y muchas veces está desdibujada, especialmente en el ámbito de la protección al consumidor.

21. Además, no debemos olvidar que en el caso de los contratos de consumo cubiertos por el art. 6 RRI, a diferencia de los contratos de agencia, por ejemplo, éste prevé una norma de conflicto materialmente orientada, lo que significa que la norma de conflicto ya incorpora el objetivo protector. Como se ha visto, el art. 6 RRI garantiza al consumidor la protección que le dan las normas “internamente” imperativas de la ley de su residencia habitual. Al designar la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual como aplicable, el legislador de la Unión consideró que dicha ley ofrece una protección adecuada al consumidor, sin que esta designación deba, no obstante, conducir necesariamente a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el consumidor. La elección de la residencia habitual del consumidor como criterio de vinculación objetivo obligatorio, no se hizo sobre la base de la mayor protección de sus normas sustantivas, sino sobre la base del principio de proximidad. La ley de la residencia habitual del consumidor se aplica, a falta de elección por las partes, con carácter imperativo y con independencia de que exista o no otra ley, potencialmente aplicable, más protectora del consumidor. Por lo tanto, el enfoque de la ley preferente no se aplica en ausencia de elección.

22. Además, aunque pudiera discutirse el razonamiento anterior y se afirmara la compatibilidad entre el art. 6 y 9 RRI, todavía quedaría por examinar si la norma en cuestión determina su ámbito de aplicación y qué situaciones estarían cubiertas por la misma. Examinemos, por ejemplo, el caso de las leyes españolas cuya aplicación imperativa se planteaba en el asunto *Diamond Resorts*.

En materia de derechos de aprovechamiento por turnos, en Derecho español hay que referirse a dos leyes promulgadas para dar cumplimiento a sendas directivas comunitarias. Por un lado, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de transposición de la Directiva 94/47/CE y, por otro, la Ley 4/2012 de 6 de julio, de transposición de la Directiva 2008/122/CE. La segunda derogó la primera, pero la primera continúa aplicándose a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la segunda (Disposición transitoria única Ley 4/2012). A pesar de que el contrato de aprovechamiento por turno objeto del asunto *Diamonds* se celebró en 2010, nos referiremos a ambas leyes.

23. La Directiva 94/47/CE en su art. 9 establecía que “[L]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en territorio comunitario”. Y la Ley 42/1998 lo transpuso en su Disposición adicional segunda estableciendo que “*Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.*” Para analizar ambos preceptos es importante tener en cuenta que art. 5 del Convenio de Roma (norma de conflicto en materia de contratos celebrados por consumidores) no era aplicable a los contratos de aprovechamiento por turnos. De ahí que el legislador europeo quisiera en ese momento proteger al consumidor cuando el inmueble se encontrara en un Estado miembro. Era uno de los supuestos no protegidos por la norma de conflicto materialmente orientada y de ahí que la Directiva extendiera su aplicación a situaciones internacionales en las que el inmueble se encontraba en un Estado miembro. Lo que se buscaba era garantizar el nivel de protección europeo. En este caso no estamos ante una situación en la que se produzca una aplicación cumulativa de normas protectoras (art. 5 y 7 CR) por lo que no se plantea propiamente el conflicto o dilema del que partimos.

24. Por su parte, la Directiva 2008/122/CE modifica en este punto lo previsto en el mentado art. 9 de la Directiva 94/47 y prevé en su art. 12 una norma mucho más restrictiva que complementa al art. 6 RRI y que establece el carácter internacionalmente imperativo de la Directiva cuando la ley aplicable al contrato sea la de un Estado no miembro, siempre que alguno de los bienes inmuebles en cuestión esté situado en el territorio de un Estado miembro, o en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades. El objetivo de dicho precepto es garantizar la protección que da la Directiva cuando el derecho aplicable al contrato sea, en aplicación del art. 6 RRI, la ley de un Estado tercero pues en tal caso no queda garantizado el nivel de protección marcado por la Directiva europea. Considera, por tanto, la Directiva como norma de policía que desplaza la *lex contractus* extranjera.

25. Si la ley aplicable al contrato es la de un Estado miembro los derechos del adquirente serán los derechos recogidos en la Directiva europea, tal y como haya sido transpuesta al derecho nacional regulador del contrato. Téngase en cuenta que dicha Directiva ya aboga por el principio de armonización plena⁴⁵. Para todos aquellos contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del RRI (17 diciembre de 2009) y, por tanto, cubiertos por el art. 6 RRI, no tendría sentido aplicar la Ley española como norma internacionalmente imperativa siempre que el inmueble se encontrara en España cuando la *lex contractus* fuera la de un Estado miembro. Siguiendo lo marcado por la Directiva, el art. 17 de la Ley 42/1998 determina su aplicación en los siguientes supuestos “*En el caso de que la ley aplicable al contrato entre un empresario y el consumidor adquirente de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de productos vacacionales de larga duración, de reventa o de intercambio, sea, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I), la ley de un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo, el consumidor podrá invocar la protección jurídica que le otorga la presente Ley, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando alguno de los inmuebles en cuestión esté situado en el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. b) Cuando el contrato, no estando directamente relacionado con un bien inmueble, lo esté con las actividades que el empresario ejerza en un Estado miembro o que tengan proyección en un Estado miembro.*” En cambio, cuando el art. 6 RRI lleve a la aplicación de la ley de un Estado tercero, la aplicación del nivel de protección del derecho europeo no queda garantizado y de ahí que la Directiva extienda ese nivel y le otorgue el carácter de ley internacionalmente imperativa.

26. Lo paradójico de las situaciones producida en el asunto Diamonds es que el Estado miembro cuya ley rige el contrato en cuestión (Reino Unido) en aplicación del art. 6 RRI, ha dejado de ser Estado miembro, pero su ley interna trae causa de la misma Directiva europea y, por tanto, garantiza el nivel de protección buscado por el legislador europeo. La ratio y función perseguida por el art. 17 Ley 42/1998 deja de tener sentido si el Estado no miembro cuyo derecho es aplicable al contrato por el art. 6 RRI es el Reino Unido.

3. La solución al dilema del consumidor europeo: situaciones intra-europeas v. extra-europeas

27. Cuando la ley aplicable al contrato de consumo en virtud del art.6 RRI es la de un Estado miembro no puede aplicarse, a título de ley de policía, una ley de otro Estado miembro más protectora que la *lex contractus*. En el ejemplo, la directiva europea era de máximos lo que significa que las leyes de transposición garantizan todas el mismo nivel de protección. Ahora bien, considero que la no aplicación de normas internacionalmente imperativas de una ley distinta de la *lex contractus* debe extenderse a situaciones en las que la directiva en cuestión sea de mínimos, en contra de lo que *a priori* pudiera pare-

⁴⁵ Ver considerando 3 de la Directiva. M. EBERS, “De la armonización mínima a la armonización plena
¹a propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret* 2/2010, pp. 1-47, p. 8.

cer que se desprende de la sentencia *Unamar*. Esta aplicación cumulativa de ambas técnicas (multilateral y unilateral) con finalidades tuitivas desvirtúa, a mi modo de ver, la existencia de una norma de conflicto materialmente orientada que no se fundamenta en el principio de la ley más favorable y que concede cierta autonomía conflictual. Con la inclusión de una norma especial en materia de contratación de consumo se consigue una mayor certeza y previsibilidad en el Derecho aplicable, lo que ya en sí constituye un parámetro protector. En efecto, a través de una norma de conflicto común para todos los Estados miembros de la Unión Europea que determine la ley aplicable a los contratos de consumo se consigue una mayor seguridad, no sólo para el consumidor, que no verá menoscabada la protección que le ofrece su Derecho interno, sino también para la otra parte contratante que sabrá de antemano como proceder a una organización racional de sus contratos de consumo (predictabilidad y seguridad)⁴⁶. La aplicación de normas de policía más tuitivas que la *lex contractus*, genera una (super)protección que va en contra de la seguridad y certeza que el mercado interior necesita y merma la autonomía de la voluntad, ambos objetivos perseguidos por el Reglamento Roma I⁴⁷.

28. Ahora bien, cuando esa ley es la de un Estado tercero y su aplicación como *lex contractus* pone en peligro el nivel de protección europeo, el legislador europeo puede sentir la necesidad de extender la protección europea si la considera crucial para la salvaguarda de los intereses públicos europeos, a través de una norma unilateral que delimite la imperatividad de la misma en situaciones vinculadas a la UE (por ejemplo, cuando el inmueble esté situado en un Estado miembro). Cuando lo que está en juego es el nivel de protección europea, esa doble protección o aplicación cumulativa prevalece sobre la certeza y seguridad jurídica, pues el art. 6 RRI no incorpora esa lógica de mercado interior. La distinción entre situaciones intra-europeas y aquellas vinculadas a terceros Estados (extra-europeas) debería, como mantuve en mi tesis doctoral, constituir la base del sistema conflictual en materia de protección del consumidor e incorporarse en el propio art. 6 RRI.

⁴⁶ Para un análisis crítico de esa seguridad y predictabilidad que proporciona el art. 6 RRI, principalmente por la dificultad en la comparación de leyes, ver B. SCHMITZ, “Rethinking the Public Interest in Consumer Protection. A Critical Comparative Analysis of Article 6 Rome I Regulation”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2022, 9, pp. 224

⁴⁷ En el mismo sentido M. CAMPO COMBA, “Derecho internacional privado...”, *op. cit.*, nota 18, p. 79.

La excepción de interés nacional en el DIPR español actual

The doctrine of national interest in Spanish PIL nowadays

RAFAEL ARENAS GARCÍA

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona*

Recibido: 13.05.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8903

Resumen: La excepción del interés nacional se encuentra recogida en múltiples legislaciones y también en instrumentos internacionales. En este trabajo se examina el papel que cumple, qué condiciones han de darse para que opere y cómo se regula tanto en el Reglamento Roma I como en el DIPr español de origen interno. Se analiza también la reciente reforma del art. 10.8 del CC, que ha transformado de forma profunda la regulación de la excepción en el DIPr español de fuente interna.

Palabras clave: Capacidad, contratos internacionales, reglamento Roma I, excepción del interés nacional.

Abstract: Domestic law in many countries and several international instruments apply the doctrine of national interest. This work examines the role it plays, what conditions must be met for it to operate and how it is regulated both in the Rome I Regulation and in the Spanish domestic Private International Law. The recent reform of art is also analysed. 10.8 of the CC, which has profoundly transformed the regulation of this doctrine in the Spanish domestic Private International Law.

Keywords: Legal capacity, international contracts, Rome I Regulation, doctrine of national interest.

Sumario: I. Introducción. II. Naturaleza de la excepción de interés nacional: las diferentes posibilidades: 1. Planteamiento. 2. Conexiones en presencia. 3. Condiciones para que opere la excepción del interés nacional. III. Regulación de la excepción: 1. Reglamento Roma I: 1. DIPr español de origen interno. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. El listado cronológico de publicaciones del profesor Calvo Caravaca se inicia con un artículo en la *REDI* sobre la doctrina del interés nacional¹. Había dedicado su tesis doctoral, defendida en la Universidad de Bolonia y elaborada siendo becario del Colegio de San Clemente de los Españoles, a ese tema y, como suele ser habitual, continuó publicando sobre él, incluyendo el comentario al art. 10.8 del Código Civil (en adelante, CC) en los *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tanto en la edición de 1995, como en la de 2004². En esas publicaciones trató sobre

¹ A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, *REDI*, vol. XXXI, núms. 1-3, 1978-1979, pp. 111-137.

² A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 10.8”, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, t. I, vol. 2º, 2ª ed. 1995, pp. 710-728; *id.*, “Artículo 10, apartado 8”, *ibid.*, 2004, disponible en línea (<https://app.vlex.com/#vid/229503>).

la historia y naturaleza de la figura³; así como su proyección sobre el derecho interregional⁴ y la posibilidad de su bilateralización⁵; sin que faltara el análisis de la (escasa) práctica española en la materia⁶.

Los trabajos del profesor Calvo Caravaca no solamente exploraban los diferentes problemas jurídicos que planteaba la excepción del interés nacional⁷; sino que incluían el análisis de la doctrina relevante tanto en España como en el extranjero e informaciones útiles de derecho comparado. En definitiva, los estudios de Alfonso-Luis Calvo Caravaca eran los que había que considerar cuando se trataba de abordar esta figura; tal y como comprobé cuando tuve que ocuparme de ella a finales del siglo XX⁸. Esta razón explica que sugiriera que mi contribución a su libro homenaje versara sobre este tema.

2. Existe otro motivo que explica la elección del objeto de este trabajo. La excepción del interés nacional ha sufrido una profunda modificación en nuestro CC⁹ que, a mi juicio, ha suscitado un interés escaso, teniendo en cuenta la relevancia histórica de la figura y el calado de la reforma¹⁰. Tal y como veremos, la regulación española se aparta significativamente de la aproximación tradicional en nuestro país a la institución, alineándose con la redacción del Reglamento Roma I. De esta forma, las relaciones entre este Reglamento y la normativa interna, que ya habían sido fuente de algún debate, tienen que ser abordadas desde una nueva perspectiva. Además, existen algunas dificultades para la interpretación y aplicación del nuevo tenor del art. 10.8 del CC.

Aquí se abordarán los problemas relativos a la regulación española de origen interno; pero antes de entrar en ellos es necesario detenerse en la configuración general de la excepción del interés nacional; así como en la regulación del Reglamento Roma I y en los principios que han de ser observados en la articulación entre la regulación de la Unión Europea y el DIPr de origen interno. Tal y como veremos, no existe unanimidad sobre la forma en que ha de articularse esa relación; y las dudas que existían respecto a la regulación previa a la reforma de 2021 no se eliminan con ésta, aunque, como veremos -y tal y como se ha adelantado- deberán examinarse desde una nueva perspectiva.

³ En el artículo mencionado *supra* en la n.º 1; así como en A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación”, *Anales de la Universidad de Murcia, Derecho*, vol. XXXIV, núms. 1-2, Curso 1975-76, pp. 85-107 (accesible electrónicamente, <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/105471/100381>).

⁴ A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional en Derecho interregional”, *Anales de Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 3, 1982, pp. 215-218 (accesible electrónicamente, <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/83441/80471>).

⁵ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina del interés nacional”, *loc. cit.*, pp. 211-229.

⁶ *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “Nota a las Resoluciones de la DGRN de 4 de marzo de 1981 y de 14 de diciembre de 1981”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, núms. 2/3, pp. 507-511.

⁷ No entraré en el tema terminológico (que sí abordó el profesor Calvo Caravaca, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “Nota...”, *loc. cit.*, p. 509); por lo que se emplearán indistintamente las expresiones “doctrina del interés nacional”, “excepción de interés nacional” e, incluso, “doctrina de la excepción de interés nacional”. De igual forma, se utilizará tanto la fórmula “de interés nacional” como “del interés nacional”.

⁸ En R. ARENAS GARCÍA, “La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales”, *Derecho de los Negocios*, 1996, año 7, núms. 70/71, pp. 11-26, p. 20; *id.*, *Registro Mercantil y Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, pp. 276-285.

⁹ La nueva redacción del precepto, que sustituye a la que fue introducida por la reforma del Título Preliminar del año 1974 (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, *BOE*, 9-VII-1974) es obra del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *BOE*, 3-VI-2021. Sobre la tramitación de la ley, *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Apartado 8 del artículo 10”, en C. GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 108-114.

¹⁰ Aparte del trabajo citado en la n.º anterior, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 10.8” en A. CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, t. I, pp. 522-525; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en *id.*, *Tratado de Derecho internacional privado*, València, Tirant lo Blanch, 2ª ed. 2022, t. II, pp. 2869-3149, pp. 3126-3127.

II. Naturaleza de la excepción de interés nacional

1. Planteamiento

3. La excepción de interés nacional puede configurarse de varias maneras; pero siempre implicará la consideración, en lo que se refiere a la capacidad de las partes en un acto o negocio jurídico; usualmente, un contrato; de un derecho diferente al que rige con carácter general la capacidad. Así, lo habitual será que se tenga en cuenta la ley del lugar de celebración del contrato; de tal manera que si la capacidad se rigiera por una ley diferente (la de la nacionalidad del contratante, por ejemplo), que determinara la incapacidad del interviniente, con las consecuencias que ello tuviera para la validez y eficacia del contrato; y, sin embargo, según la ley del lugar de celebración del contrato, dicha incapacidad no existiera, acabaría considerándose que el contrato o negocio jurídico no sería inválido o ineficaz como consecuencia de la falta de capacidad de alguno de los intervinientes.

La aproximación anterior es extraordinariamente general, pues lo que pretende es dar cobertura a los diferentes supuestos existentes, no solamente en el derecho español sino en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, aunque la excepción del interés nacional se considera habitualmente en el marco de un contrato; también existen ejemplos de ella en otros ámbitos. En el caso del derecho español, los arts. 98 y 162 de la Ley Cambiaria y del Cheque (en adelante, LCCh)¹¹ prevén que las personas que fueran incapaces para obligarse por letra cambiaria o del cheque según lo previsto en su ley nacional o, en su caso, la ley a la que remita la norma de conflicto del sistema de DIPR del país de la nacionalidad del obligado; pero sean capaces según la ley del país en el que hubiere otorgado su firma; serán considerados capaces de obligarse cambiariamente. Este es un supuesto que deberíamos considerar incluido en la figura de la excepción del interés nacional¹².

Por otra parte, la excepción implica la consideración de dos leyes para la regulación de la capacidad de los intervinientes en un acto o negocio jurídico; esto es, si nos encontráramos ante una norma de conflicto que estableciera que la capacidad de los contratantes se rige por la ley del lugar de celebración del contrato, no se trataría de un supuesto de excepción del interés nacional, sino de, simplemente, una norma de conflicto específica en materia de capacidad. Lo que hace que aparezca la excepción es que esa ley -la del lugar de celebración del contrato, por ejemplo- ha de ponerse en relación con otra; de tal manera que solamente mediante la consideración de ambas podemos concretar la regulación concreta de la capacidad contractual y sus efectos sobre la validez y eficacia del contrato. Finalmente, esa ley que ha de ser considerada tampoco puede ser especificada en una formulación genérica de la excepción, puesto que, si bien en muchas ocasiones acabará concretándose en la ley del lugar de celebración del contrato; en otras puede ser una distinta, como sucede en materia cambiaria; donde la ley del lugar en el que se hubiera firmado la letra de cambio o el cheque.

4. A partir de lo anterior, deberemos determinar cuáles son las leyes que han de ponerse en relación; esto es, cuáles son los puntos de conexión relevantes; así como las condiciones que han de darse para que se apliquen las leyes designadas por estos puntos de conexión; así como los efectos que tales leyes desplegarán sobre la eficacia del contrato, negocio o acto jurídico. Nos detendremos en la regulación que se encuentra en el DIPR español, tanto de origen interno como internacional (específicamente, el Derecho de la UE); pero sin renunciar a considerar las previsiones en algún otro ordenamiento, aunque sin ninguna voluntad de hacer un estudio de derecho comparado que iría más allá de los límites de esta contribución.

Estos desarrollos permitirán extraer alguna conclusión de la reciente reforma del art. 10.8 del CC y de la forma en que, en la actualidad, ha de operar la excepción del interés nacional en nuestro derecho.

¹¹ Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, *BOE*, 19-VII-1985.

¹² *Vid.*, por ejemplo, A.-L. CALVO CARAVACA, "La doctrina...", *loc. cit.*, p. 85.

2. Conexiones en presencia

5. Las regulaciones específicas sobre la excepción del interés nacional, como el art. 10.8 del CC, están condicionadas por una ley que nunca aparece en la propia regulación, sino que se encuentra en otras y ejerce de “personaje oculto”; como existen en algunas obras de cine, teatro o televisión¹³; esta ley es la que regula con carácter general la capacidad de la persona respecto a la que se aplicará la excepción. En el caso del DIPR español, esta ley es, en principio, la ley nacional (art. 9.1 del CC, art. 98.1 de la LCCh). En otros ordenamientos, esta ley será diferente. Así, por ejemplo, en el Derecho checo, la ley rectora de la capacidad es la de la residencia habitual de la persona¹⁴, en el lituano, la ley del domicilio¹⁵; y en el Derecho inglés, la ley que rige la capacidad de los contratantes puede ser la *lex contractus*, la ley del lugar de celebración del contrato o la ley del domicilio del contratante¹⁶. Además, hemos de tener en cuenta que el mecanismo del reenvío podrá modificar la ley que haya de regir la capacidad; de tal manera que no sea la ley nacional o cualquier otra la que rijan dicha capacidad, sino la que venga determinada por la norma de conflicto del ordenamiento designado por el punto de conexión de la regla sobre ley aplicable a la capacidad del ordenamiento del foro. Esta aplicación del reenvío con carácter previo a la consideración de la excepción de interés nacional no plantea dudas en la LCCh¹⁷; y no debería tampoco plantearlas en el resto de supuestos; de tal manera que, en caso de que operara el reenvío, la ley que debería considerarse sería aquella a la que remite la norma de conflicto del ordenamiento designado por la del foro. Se tratará, sin embargo, de operaciones que se realizarán al margen -en principio- de lo que establezca específicamente la regulación sobre la excepción de interés nacional, pues se trata de hallar esa “otra ley” que rige la capacidad de acuerdo con unas reglas que, como se ha dicho, son ajenas a la regulación de la excepción del interés nacional. El carácter ajeno a la propia excepción de la determinación de la ley rectora de la capacidad se hace explícito en el Reglamento Roma I¹⁸, donde el precepto se refiere a dicho derecho como “la ley de otro país”; una expresión que ha sido copiada en la vigente redacción del art. 10.8 del CC.

En cualquier caso, se tratará de identificar la ley que debería regir la capacidad de la persona de que se trate de no existir la excepción de interés nacional. La operación de identificación de dicha ley debería completarse antes de dar el siguiente paso; que es el de poner en relación dicha ley con la que considera relevante la doctrina del interés nacional, una ley que, con frecuencia, será la del lugar de celebración del contrato.

6. Es esta otra ley, la que se relaciona con la que, con carácter general, rige la capacidad del contratante o del interviniente; la que da cuenta del sentido que tiene la excepción del interés nacional; que, como está generalmente admitido, es proteger la seguridad del tráfico, de tal manera que quienes operan en un determinado territorio no se vean sorprendidos por la ineficacia de negocios o actos derivados de una ley diferente a la del país en el que se está operando¹⁹. Este fin explica que se considere el derecho del lugar de contratación; de tal manera que la capacidad de los contratantes deberá entenderse como

¹³ Ejemplos de estos personajes ocultos son el Godot, de “Esperando a Godot”, de Samuel Beckett o la mujer del teniente Colombo, en la serie policíaca de los años 70 del siglo XX.

¹⁴ Vid. E.A. FREDERICKS, *Contractual capacity in private international law*, The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Las School of Leiden University, 2016, <https://hdl.handle.net/1887/41425>, p. 114.

¹⁵ *Ibid.*, p. 130.

¹⁶ Vid. P. TORREMANS (ed.), *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 15ª ed. 2017, p. 761.

¹⁷ Sus arts. 98.2 y 162.1 prevén que la aplicación de la ley del lugar donde se hubiera firmado la letra de cambio o el cheque solamente ocurrirá cuando la ley designada por el primer párrafo del precepto. Este primer párrafo, a su vez, prevé la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto del derecho de la nacionalidad de la persona cuya capacidad para obligarse cambiariamente queremos determinar.

¹⁸ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO*, núm. L 177 de 4 de julio de 2008.

¹⁹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA, “La técnica normativa...”, *loc. cit.*, pp. 111-112: “Esta disposición [el art. 10.8 del CC] formula un correctivo al principio de imperatividad del estatuto personal que se conoce con el nombre de *doctrina del interés nacional* cuya *ratio legis* -el por qué y el para qué- estriba en la protección de la buena fe negocial, en la seguridad del tráfico jurídico. Ahora bien, **si la finalidad perseguida está clara**, no lo está tanto el instrumento técnico utilizado para alcanzarla” (negrita añadida).

existente si la tienen según ese derecho. A partir de aquí, como veremos en el siguiente epígrafe, pueden exigirse determinadas condiciones para que opere la excepción; pero siempre siguiendo el mismo mecanismo: aplicación de una ley próxima al contrato o acto con el fin de impedir que la falta de capacidad del contratante o interviniente según una ley diferente pueda afectar al contrato.

Tal y como se ha avanzado, esa ley es, con frecuencia, la del lugar de celebración del contrato; pero existen supuestos en los que la norma general sobre capacidad es excepcionada por una ley distinta. Así, ya se ha mencionado la ley del lugar de la firma en la LCCh. En el caso del derecho checo, se considera el lugar en el que se encuentra la persona en el momento de llevar a cabo una actuación legal²⁰ y en Hungría se tendrá en cuenta el derecho húngaro cuando las consecuencias legales de la operación se localicen en Hungría²¹. Tal y como veremos a continuación, también la *lex contractus* puede convertirse en una excepción a la aplicación de la norma genérica sobre capacidad; y eso pese a que, en algunos ordenamientos, el derecho rector de la capacidad es, precisamente, la ley rectora del contrato y no la ley personal de los intervinientes.

7. Debe mencionarse también que, en determinados casos, la regla sobre capacidad incluye varias conexiones que se aplican cumulativamente a fin de favorecer que se considere a la persona capaz. Así sucede, por ejemplo, en Luisiana (Estados Unidos), donde se establece que una persona será considerada capaz para el contrato si lo es según la ley del estado de su domicilio o de la ley aplicable al contrato²². En estos casos nos encontramos ante una norma de conflicto materialmente orientada a la validez del contrato, apreciándose una consideración simultánea de la ley personal del contratante y de otra ley que, probablemente, favorece la seguridad del tráfico, como es la rectora del contrato. En lo que se refiere a la entrada en la regulación de esta segunda ley, se aprecia una cierta convergencia con la finalidad perseguida por la excepción de interés nacional (seguridad del tráfico); aunque en este caso mediante una técnica diferente; puesto que no estamos ante el binomio “regla/excepción”, sino ante una única regla general, aunque con dos conexiones que operan en plano de igualdad. No puede olvidarse tampoco, que la regla de Luisiana reúne dos conexiones que son habitualmente consideradas para regir la capacidad contractual. Por una parte, la ley personal (aquí identificada como ley del domicilio). Por otra parte, la ley rectora del contrato, que es típica del derecho anglosajón. También encontramos en el derecho griego la acumulación de dos leyes diferentes para facilitar la capacidad del interviniente. En este caso se trata de la ley nacional y la *lex fori*; considerándose capaz la persona en cuestión si lo es de acuerdo con cualquiera de los dos derechos²³.

La utilización cumulativa de dos conexiones rectoras de la capacidad contractual puede, sin embargo, acercarse al régimen de la excepción de interés nacional si es posible excluir la aplicación de la ley rectora del fondo del contrato en caso de que el otro contratante conociese de la incapacidad resultante de la ley personal. Este es el caso de Oregón, en Estados Unidos²⁴, donde se establece que la capacidad se regirá por la ley de la residencia del contratante y la ley rectora del fondo del contrato; pero se permite alegar la incapacidad resultante de la ley de la residencia, aunque no esté prevista en la ley rectora del contrato, si la otra parte contratante conocía o debía conocer la incapacidad que resultaba de la ley de la residencia. Aunque la formulación difiere de la que contiene el art. 13 del Reglamento Roma I, el resultado al que llega es similar.

3. Condiciones para que opere la excepción del interés nacional

8. De acuerdo con lo que hemos visto hasta ahora, la excepción de interés nacional implica que el derecho que rige la capacidad con carácter general se ve excepcionado (al menos en sus efectos sobre la eficacia del contrato) por otra ley con el fin de proteger la seguridad del tráfico. Ahora bien, este des-

²⁰ Vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 114.

²¹ *Ibid.*, p. 128.

²² *Ibid.*, p. 156.

²³ *Ibid.*, p. 127. Existe una regulación semejante en Hungría (*ibid.*, p. 128).

²⁴ *Ibid.*, pp. 156-157.

plazamiento de la ley que rige con carácter general la capacidad requiere que se den otras condiciones, que tienen traducciones diversas en unos y otros ordenamientos. A continuación, examinaremos estas condiciones y el sentido que puedan tener.

9. La primera condición que ha de cumplirse es la de que de la ley que regula con carácter general la capacidad se derive la incapacidad del interviniente. La excepción del interés nacional solamente opera para ofrecer una solución al problema que resulta de que alguno de los contratantes sea incapaz de acuerdo con la ley que, ordinariamente, rige tal capacidad; por lo que carece de sentido que consideremos la excepción si la ley que, sin tener en cuenta la excepción, rige la capacidad, atribuye competencia al interviniente.

Esta ley rectora de la capacidad es la que viene determinada por el sistema de DIPr de la autoridad que esté conociendo; incluyendo la normativa sobre problemas de aplicación (conflicto móvil, remisión a un sistema plurilegislativo o reenvío). En el caso del reenvío ya lo habíamos indicado, así como la forma en que puede introducir en la regulación del caso derechos diferentes de los previstos en el DIPr del foro.

Plantea problemas específicos la cuestión de las capacidades especiales; esto es, los requisitos de capacidad que se vinculan a un concreto acto o negocio jurídico; ya que en estos casos puede tener entrada la ley que rige el fondo del contrato²⁵. La aplicación de la excepción del interés nacional a las capacidades especiales dependerá de la configuración de ésta. En principio, si no se concreta qué ley excepciona (como sucede en el Reglamento Roma I y, en la actualidad, en el art. 10.8 del CC) sería posible proyectar la excepción del interés nacional sobre estos supuestos de capacidad. La única duda que podría plantearse es calificatoria. Una cosa es que se entienda que estamos ante una cuestión de capacidad, aunque regida por la ley aplicable al fondo del acto o negocio; y otra que se interprete que estas capacidades especiales no se diferencian, en su naturaleza, del resto del régimen sustancial del acto o negocio jurídico. Si es lo segundo, resultaría mucho más dudoso aplicar la excepción del interés nacional a estos supuestos.

10. En el origen de la doctrina del interés nacional en Francia, a partir del famoso caso *Lizardi*, se encuentra la tutela del interés del foro; de ahí el equívoco nombre que adopta la figura (y que a tantos estudiantes de DIPr ha conducido a dar respuestas disparatadas a la pregunta de la excepción del interés nacional en el examen cuando, desconocedores del contenido, se ha dejado llevar por el enunciado para inventarse la contestación). Se habla de “interés nacional” porque la excepción a la aplicación de la ley personal -la que, generalmente, regula la capacidad- se basa en la necesidad de proteger el comercio que se desarrolla en el foro²⁶. A partir de aquí, la duda que se plantea es si la excepción solamente opera cuando la ley que se considera, junto con la que con carácter general regula la capacidad, es la ley del foro o, por el contrario, es una ley extranjera.

Por supuesto, la respuesta que se dé a la pregunta anterior depende de la formulación de la excepción en cada ordenamiento. Así, en aquellos en los que el tenor de la regla no diferencie entre supuestos vinculados con el foro y con terceros estados, la excepción deberá operar siempre. En cambio, existirán más dudas cuando la regulación se refiera bien a la *lex fori*²⁷ o al derecho propio del país, como ocurría, por ejemplo, con el art. 10.8 del CC en su redacción vigente entre 1974 y 2021. Pese a que en

²⁵ En Bélgica se establece que la capacidad para la realización de un específico negocio se rige por la ley aplicable al fondo del mismo (vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 112), así como en Italia (vid. art. 20 de la Ley italiana de DIPr, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995;218>) También se ha planteado, en la doctrina italiana, la posibilidad de distinguir entre capacidad jurídica especial y capacidad especial de hacer (vid. B. UBERTAZZI, *La capacità delle persone fisiche nel diritto internazionale privato*, Padua, CEDAM, 2006, pp. 116-117); pero aquí no podemos detenernos en ello. También puede distinguirse entre capacidad general y capacidad de obrar (arts. 20 y 23 de la ley italiana de DIPr. por ejemplo, y en algunos ordenamientos no es la misma ley la que rige una y otra. Así, por ejemplo, en Alemania, donde se diferencia entre *Rechtsfähigkeit* y *Geschäftsfähigkeit* rigiéndose la primera por la ley de la nacionalidad y la segunda por la ley de la residencia habitual de la persona. Vid. art. 7 EGBGB (Ley de Introducción al Código Civil Alemán, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG031501360>).

²⁶ Vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 117.

²⁷ Como veíamos que sucedía en Grecia y en Hungría, vid. *supra* n. núm. 23

estos casos se ha defendido la bilateralización de la excepción²⁸; ésta resulta dudosa, puesto que, como toda excepción, la del interés nacional no debería ser susceptible de una aplicación extensiva²⁹. Al fin y al cabo, la bilateralización de una norma de conflicto unilateral solamente está justificada cuando existe una laguna; que en este caso no se da pues ya tenemos una norma que regula con carácter general la capacidad de los intervinientes. En cualquier caso, incluso procediéndose a esta bilateralización, no sería descartable que se produjeran una exclusión de la misma cuando la ley aplicable a la capacidad sea la del foro; esto es, cuando la ley determinada por la excepción sea una ley extranjera a la autoridad que está conociendo; pero la ley que, con carácter general, regula la capacidad es la ley del foro³⁰.

11. Otra condición que puede establecerse para que opere la excepción, es la de que la persona incapaz sea una persona física. Así se establece en el Reglamento Roma I y en los derechos nacionales que se han inspirado en el mismo; en la actualidad, el art. 10.8 del CC o el art. 12 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán³¹. En la versión del art. 10.8 del CC en vigor entre 1974 y 2021, en cambio, no se distinguía entre personas físicas y jurídicas, por lo que la excepción podía aplicarse a unas y a otras.

La limitación de la figura a las personas físicas puede explicarse a partir de diversas circunstancias. Así, por un lado, en su origen jurisprudencial, el ya mencionado caso *Lizardi*, se trataba de evitar la incapacidad de una persona física que era mayor de edad de acuerdo con el derecho del lugar en el que había contratado (Francia); pero no lo era según lo previsto en su ley nacional. Obviamente, la cuestión de la minoría de edad no puede proyectarse sobre las personas jurídicas; ahora bien, una vez establecido un principio de protección de la seguridad del tráfico jurídico, no existen razones para limitarlo a las incapacidades de las personas físicas. Por otro lado, no podemos perder de vista la influencia que tiene en la regulación actual de la excepción el Reglamento Roma I (cuyo antecedente es el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales³²), donde la regla sobre la excepción del interés nacional se limita a las personas físicas; pudiendo conectarse esta previsión con la exclusión de las cuestiones relativas al derecho de sociedades del ámbito de aplicación material del Reglamento³³.

En cualquier caso, la limitación de la excepción a las personas físicas se encuentra en varios ordenamientos. Así, por ejemplo, en el de Bielorrusia³⁴, la República Checa³⁵, Rusia³⁶, Ucrania³⁷. No debe descartarse que influya en este resultado la estructura de la regulación, al diferenciar entre capacidad de personas físicas y jurídicas y ubicar la excepción como una regla en el marco de la regulación de la capacidad de las primeras³⁸. A partir de aquí podría no resultar imposible identificar una laguna de regulación que pudiera ser colmada mediante la proyección en relación con las personas jurídicas de la regulación existente para las personas físicas. Sería más difícil fundamentar la existencia de esta laguna en los casos, como el español, en el que la excepción no se localiza junto a la regulación de la capacidad de las personas físicas³⁹.

²⁸ Vid. la crítica a esta posibilidad que realiza P. RODRÍGUEZ MATEOS (“Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, 1988, vol. XL, núm. 1, pp. 79-126, p. 113). Vid. también A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina...”, *loc. cit.*, pp. 86-104, esp. p. 90, donde detalla que, en la mayoría de los sistemas, aunque la excepción de interés nacional se formula como una regla de conflicto unilateral, se considera bilateralizable.

²⁹ En este sentido, *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *loc. cit.*, p. 113. Vid. también A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina...”, *loc. cit.*, pp. 97-98; sobre los diferentes argumentos utilizados para negar la bilateralización de la excepción.

³⁰ Vid. sobre esta posibilidad A.-L. CALVO CARAVACA, “La doctrina...”, *loc. cit.*, p. 89.

³¹ Art. 12 EGBGB.

³² Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, *DO* núm. L 266 de 9 de octubre de 1980.

³³ Art. 1.2.f) de Reglamento Roma I y art. 1.2.e) del Convenio de Roma de 1980. Vid. K. THORN, “Art. 13 Rom I-VO”, en TH. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Kommentar. Kollisionsrecht*, München, Sellier, 2011, pp. 499-511, p. 504.

³⁴ Vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 111.

³⁵ *Ibid.*, p. 114.

³⁶ *Ibid.*, p. 135.

³⁷ *Ibid.* p. 140.

³⁸ Así, por ejemplo, en el derecho italiano, donde la excepción del interés nacional se regula en el mismo precepto que la capacidad de obrar de las personas físicas (art. 23 de la Ley italiana de DIPr).

³⁹ Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Aranzadi, 7ª ed. 2023, p.

12. También encontramos limitaciones vinculadas a la naturaleza de los negocios o actos que puedan beneficiarse de la excepción o a su conexión con determinados ordenamientos. En lo que se refiere a lo primero, el art. 10.8 del CC, en su versión anterior al año 2021, se aplicaba tan solo a los contratos onerosos. Además, se excluían los relativos a inmuebles situados en el extranjero. En la redacción vigente, la referencia a la onerosidad del contrato ha desaparecido. Tampoco se ha conservado la exclusión de la excepción para los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero. Sin embargo, se ha añadido el requisito de que los contratantes hayan de encontrarse en España, lo que no figuraba en el tenor del precepto en la versión en vigor entre los años 1974 y 2021; donde tan solo se indicaba que el contrato tenía que haberse celebrado en España; lo que, en un contrato entre ausentes se presumirá que sucede si la oferta se emitió en España (art. 1262 del CC)⁴⁰; aunque sin descartar otras posibilidades⁴¹.

La exigencia de que los intervinientes se encuentren en el mismo estado para que opere la excepción también se encuentra en otros ordenamientos⁴² y también existen limitaciones vinculadas a la naturaleza del negocio. Por ejemplo, en Lituania se excluye el derecho de familia, sucesiones y derechos reales (en general)⁴³. En Rumanía operan las mismas excepciones⁴⁴. En Suiza se excluyen de la doctrina del interés nacional las cuestiones de familia, sucesiones, y derechos reales sobre bienes inmuebles⁴⁵. En Portugal también se excluyen las cuestiones de derecho de familia y sucesiones. En lo que se refiere a los derechos reales, tan solo quedan fuera de la excepción los contratos sobre derechos reales en relación con inmuebles situados fuera de Portugal⁴⁶. La regulación en Turquía es la misma: exclusión de derecho de familia, sucesiones y derechos reales sobre inmuebles situados en el extranjero⁴⁷. En Eslovenia, la excepción no cubre cuestiones de derecho de familia y de sucesiones⁴⁸. En definitiva, encontramos que hay ciertas materias (familia y sucesiones) en las que algunos derechos excluyen la posibilidad de que opere la excepción del interés nacional y en lo que se refiere a contratos sobre derechos reales pueden aparecer limitaciones, bien con carácter general, bien en relación solamente a los bienes inmuebles o, incluso, tan solo respecto a inmuebles situados en un país diferente del foro.

13. Finalmente, hemos de considerar la que es, quizás, la condición más significativa: aquella según la cual la excepción tan solo opera cuando el cocontratante del inicialmente incapaz desconocía y no le era exigible conocer la incapacidad derivada de la ley que, con carácter general, rige la capacidad. El requisito de la buena fe; esto es, la exigencia (o no) de buena fe en la otra persona interviniente en el acto o negocio divide a los diferentes ordenamientos en dos modelos. Aquellos que exigen esta buena fe se consideran de modelo francés; mientras que los que no requieren esta buena fe para que opere la doctrina del interés nacional se incluirían en el modelo denominado alemán⁴⁹. La inclusión (o no) de la buena fe como requisito para que opere la excepción tiene consecuencias relevantes no solamente en su aplicación, sino también en la identificación de su naturaleza jurídica⁵⁰; ya que en el caso de que no se exija el requisito de la buena fe, la figura se aproxima a una norma de conflicto materialmente

405, donde defiende extender la excepción a las personas jurídicas por *analogia iuris*, aunque no queda claro si la extensión ha de predicarse del art. 13 del Reglamento Roma I o del art. 10.8 del CC.

⁴⁰ Art. 1262.2 del CC.

⁴¹ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 106-119; con un detallado análisis de la redacción del art. 1262 del CC anterior al año 2002 que sigue pudiendo proyectarse sobre la versión actual.

⁴² Así, en el derecho italiano, vid. E.A. FREDERICKS, *op. cit.*, p. 129 o el búlgaro (*ibid.* p. 113).

⁴³ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁵ *Ibid.* p. 139.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 144.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 137.

⁴⁹ Vid. sobre la distinción A.-L CALVO CARAVACA, “La técnica normativa...”, *loc. cit.*, pp. 124-125, con cita de I. GARCÍA VELASCO, *Concepción del Derecho internacional privado en el nuevo Código civil portugués*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971.

⁵⁰ Vid. sobre esto I. GARCÍA VELASCO, *op. cit.*, pp. 27-31 y los matices al mismo en A.-L CALVO CARAVACA, “La técnica normativa...”, *loc. cit.*, pp. 125-126.

orientada; mientras que si dicha buena fe se exige podríamos encontrarnos con una norma que operaría directamente sobre las consecuencias jurídicas de la incapacidad; pero sin alterar el derecho rector de la capacidad⁵¹, tal y como desarrollaremos mínimamente a continuación.

En el caso de los sistemas en los que la buena fe no se exige para que opere la excepción, tras la aplicación del derecho designado por la norma de conflicto genérica en materia de capacidad, habrá de determinarse si tal aplicación conduce a considerar al contratante como capaz o como incapaz. Si ocurre lo primero no habrá lugar ya a aplicar ninguna otra ley; si, por el contrario, resulta incapaz de acuerdo con dicho derecho, deberá examinarse si es capaz a partir de lo que establezca el derecho llamado por la excepción (el del lugar de celebración del contrato, en la mayoría de los supuestos). De acuerdo con esto, el funcionamiento de la excepción se acerca (si no se confunde) con el de una norma de conflicto materialmente orientada; tal y como se ha adelantado. Sin embargo, en los supuestos en los que la excepción no opera cuando quien interviene en la operación (habitualmente, el cocontratante) conoce o debería conocer la incapacidad resultante de la ley que rige con carácter general la capacidad; nos alejamos de una norma de conflicto materialmente orientada y, en realidad, también de la consideración de que sea el derecho del lugar de contratación (u otro que desempeñe una función equivalente) el que rige la capacidad. Más bien nos encontraríamos ante una situación en la que sigue siendo la ley que, con carácter general, se aplica a la capacidad (con frecuencia, la ley nacional) la que continúa rigiendo ésta; pero añadiéndose que la incapacidad que de ella pudiera derivarse no conducirá a la ineficacia del acto o negocio si se dan dos circunstancias cumulativas: por una parte, que tal incapacidad no exista desde la perspectiva del derecho llamado a corregir la regla general de capacidad y, por otra parte, que quienes intervienen en la operación no fueran concedores de dicha incapacidad o no estuvieran obligados a conocerla. De esta forma, la excepción no supondría ningún cambio en la ley rectora de la capacidad, sino una matización a las consecuencias de ésta en la que la ley que se considera para la protección del tráfico (la del lugar de contratación en muchos casos; pero también, como hemos visto, en algunas circunstancias, la ley rectora del contrato o la ley del lugar en el que se realiza cierta acción como la firma en una letra de cambio o un cheque) opera como mera condición, sin que llegue realmente a convertirse en ley rectora de la capacidad⁵².

III. Regulación de la excepción

1. Reglamento Roma I

14. Tal y como se ha ido adelantando, la regulación actual de la excepción del interés nacional en Europa se encuentra profundamente condicionada por el Reglamento Roma I, que, como es sabido, la incluye en su art. 13, previéndose que en el caso de contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas capaces según la ley de ese país solamente podrán alegar una incapacidad resultante de otra ley si la otra parte conocía o debía conocer tal incapacidad. Como puede apreciarse, responde a lo que hemos denominado modelo francés de la excepción; pero antes de entrar en el detalle de la regulación es preciso considerar el contexto de la misma para entender no solamente el tenor del precepto, sino también la forma en que se articula con el DIPr de origen interno de los estados miembros de la UE.

El elemento clave de este contexto es la exclusión de las cuestiones de capacidad del ámbito de aplicación material del Reglamento⁵³. De esta forma, será el DIPr de origen interno del juez que esté co-

⁵¹ Vid. R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, p. 280.

⁵² Si fuera ley rectora de la capacidad no se entendería el requisito de la buena fe; pues se estaría exigiendo que el cocontratante tuviera en cuenta un derecho que, en realidad, no es el aplicable para la regulación de la capacidad. Vid. R. ARENAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 281, n. núm. 750. I. GARCÍA VELASCO (*op. cit.*, p. 28) apunta correctamente -a mi juicio- hacia la consideración de que los sistemas que exigen buena fe para que opere la excepción optan por un acercamiento material; aunque también señala que eso implica un desplazamiento de la ley nacional por la ley del lugar de contratación como rectora de la capacidad (*ibid.*, pp. 27-28). Entiendo, sin embargo, que no se produce realmente un cambio en la ley rectora de la capacidad, sino una modificación de las consecuencias de su proyección sobre la validez del negocio.

⁵³ Art. 1.2 del Reglamento.

nociendo el que determine qué ley ha de regir la capacidad de los contratantes. El art. 13 del Reglamento solamente entrará una vez que haya quedado determinada la capacidad del contratante y únicamente para el supuesto de que de dicha determinación resulte la incapacidad del mismo, con los efectos que esta incapacidad tenga sobre la eficacia del contrato. Es por esto que en el art. 13 no se precisa cuál es la ley afectada por la excepción, pues dicha ley no está fijada por el Reglamento, sino que resultará de la aplicación del DIPr de origen interno del juez que esté conociendo.

15. De lo anterior resulta que, antes de entrar en lo que se deriva del art. 13 del Reglamento Roma I, será necesario aplicar el sistema de DIPr de origen interno del juez que esté conociendo, incluyendo lo relativo a los problemas de aplicación de la norma de conflicto (reenvío, por ejemplo) y, a mi juicio, también lo relativo a la excepción del interés nacional. Si, tras la aplicación del sistema de DIPr de origen interno, el resultado es algún tipo de ineficacia del acto o negocio jurídico como consecuencia de la incapacidad del interviniente; deberemos examinar lo que se deriva del art. 13 del Reglamento Roma I.

No ha sido esta la interpretación que se ha seguido siempre en relación a la articulación del art. 13 con el sistema de DIPr autónomo de los estados; sino que se ha defendido que, en relación a las personas físicas, la regulación de la excepción de interés nacional del Reglamento Roma I desplaza a la de origen interno⁵⁴; pudiendo ésta operar tan solo en los casos no cubiertos por el art. 13 del Reglamento; esto es, la falta de capacidad de las personas jurídicas; pues, como hemos visto, la excepción en el Reglamento no alcanza a éstas. La consecuencia es que; pese a que, según la versión del art. 10.8 del CC anterior a la reforma de 2021, no era exigible la buena fe para que operara la excepción respecto a las personas naturales, en caso de faltar esta buena fe en el cocontratante se seguía considerando la incapacidad. Como digo, creo que esta interpretación no era la más correcta; pero, en cualquier caso, ahora, como veremos, ya no tiene relevancia, puesto que, en la actualidad, el tenor del art. 10.8 del CC sigue el del art. 13 del Reglamento Roma I.

16. Las condiciones para que opere la doctrina del interés nacional según este precepto son que el contratante beneficiado por la excepción sea una persona física, que el contrato se celebre entre personas situadas en el mismo país y que exista buena fe en el cocontratante. En lo que se refiere a la situación de los contratantes, hay que subrayar que el art. 13 no exige que el contrato sea entre presentes; sino que basta con que ambos contratantes se encuentren en el mismo país; lo que nos obliga a examinar cómo operará la excepción en supuestos de contratación entre ausentes. Dado que en este caso existen distintos momentos determinantes para la conclusión del contrato⁵⁵, debería exigirse, para que opere la excepción, que en todos ellos los contratantes se hallen en el mismo país; pues de otra forma surgiría la duda sobre el lugar de celebración del contrato que, seguramente, es lo que pretende evitar el art. 13 del Reglamento mediante la exigencia de que los contratantes se encuentren en el mismo país. Si uno de ellos es una persona jurídica, la exigencia de presencia en el país debería proyectarse sobre el representante de la persona jurídica, planteándose la duda de qué sucedería en los casos en los que la persona física actúa también a través de un representante. Del tenor de la norma, parece resultar que lo que deberá tenerse en cuenta es la capacidad del contratante, no de su representante.

En lo que se refiere a la buena fe en el otro contratante, es importante fijar el momento en el que debe darse el conocimiento de la incapacidad o la exigencia de dicho conocimiento. El art. 13 del Reglamento Roma I fija como tal momento el de la celebración del contrato. Cuando el intercambio de consentimientos no sea simultáneo, deberá ser el derecho que rija el fondo del contrato el que determine cuál es el momento en el que éste se ha concluido.

⁵⁴ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 12ª ed. 2022, p. 699.

⁵⁵ Emisión de la oferta, recepción de la oferta, emisión de la aceptación, recepción de la aceptación. Vid. A. LARA AGUADO, “La oferta y la aceptación contractuales”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2009, pp. 23-92.

2. DIPr español de origen interno

17. Con anterioridad a la reforma de 2021, tal y como se ha avanzado, el art. 10.8 del CC se apartaba significativamente del art. 13 del Reglamento Roma I: no se limitaba a la incapacidad de personas físicas, no exigía que el contrato fuese entre presentes (bastaba que se hubiera celebrado en España), operaba incluso aunque no hubiera buena fe en el otro contratante y no incluía los supuestos de contratos relativos a inmuebles situados fuera de España. Como puede apreciarse, el ámbito de la excepción prevista en el DIPr de origen interno español era significativamente mayor que lo recogido en el art. 13 del Reglamento Roma; al menos si admitíamos la bilateralización del art. 10.8 del CC. A partir de esta bilateralización, tan solo en los casos en los que nos encontráramos con un contrato relativo a un inmueble situado fuera del estado donde se hubiera celebrado el contrato sería posible que el art. 13 del Reglamento Roma I ampliase la capacidad que se derivaría del art. 10.8 del CC.

Tal y como veremos inmediatamente, la reforma de 2021 alteró significativamente la situación, pues al copiar la regulación del Reglamento Roma I convirtió en residual la virtualidad de la norma del DIPr autónomo español.

18. El actual art. 10.8 del CC sigue la dicción del art. 13 del Reglamento europeo y así se refiere a la discapacidad (que no incapacidad, como veremos enseguida) que resulte de “otra” ley que no sea la española. La referencia a otra ley sigue, seguramente, lo previsto en el art. 13 del Reglamento Roma I, donde, como veíamos, la indeterminación en el derecho afectado por la excepción de interés nacional era obligada por no regular ese extremo el Reglamento europeo más allá de la propia excepción de interés nacional. En el caso del DIPr de origen interno, sí que existe una regulación de la capacidad; pero en la actualidad esa regulación es doble en el caso del DIPr español, ya que, por un lado, el art. 9.1 del CC remite a la ley nacional la regulación de la capacidad y, por otro lado, el art. 9.6 del CC establece que será la ley de la residencia habitual de la persona la aplicable a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Dado que el art. 10.8 se refiere a la discapacidad debemos determinar si la ley a la que se refiere es a la nacional (*ex art. 9.1 del CC*) o a la ley de la residencia habitual (a partir de lo establecido en el art. 9.6 del CC). Así pues, aunque quizás no haya sido intencionado, sí que puede tener cierto sentido la indeterminación en la ley rectora de la capacidad que se encuentra en el art. 10.8 del CC.

El que el precepto se refiera a “discapacidad” y no a “incapacidad” podría plantear algún problema. Así, la menor edad no parece que pueda ser reconducida a un problema de discapacidad; por lo que cabría dudar de si el supuesto original y típico de utilización de la excepción de interés nacional está cubierto o excluido del art. 10.8 del CC. Entendemos que lo más adecuado es interpretar que con la referencia a “discapacidad”, el legislador pretendía cubrir también los supuestos de incapacidad, por lo que podría seguir aplicándose en relación a personas que son menores de edad según su ley nacional, pero mayores de acuerdo con la ley española.

Aparte de lo anterior, ha de destacarse también que con la redacción actual ya no es posible utilizar la excepción del interés nacional respecto a personas jurídicas. La exclusión de éstas no ha sido justificada, sin que sea posible hacerlo sobre la base del art. 13 del Reglamento Roma I porque, como hemos visto, en éste puede explicarse sobre la base de que el ámbito de aplicación material del Reglamento no alcanza a las cuestiones de derecho de sociedades.

19. Tal y como se ha adelantado, la utilización, en el art. 10.8 del CC, del término “discapacidad” en vez de “incapacidad” plantea también alguna dificultad. La discapacidad es una situación de hecho, por lo que no puede determinarse a la luz de ninguna ley; lo que puede hacer la ley es prever que una persona que padece algún tipo de discapacidad vea limitada de alguna forma su capacidad de actuar, exigiéndose, para que los actos que realice sean plenamente eficaces, lo que el derecho español denomina “medida de apoyo”⁵⁶. Dado que estas medidas de apoyo, según el art. 9.6 del CC, se rigen por la ley de la residencia habitual de la persona, sería preciso consultar ésta para determinar si existen estas limitaciones, de existir, podrían ser alegadas en caso de que el cocontratante las conociese. En caso de

⁵⁶ *Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, loc. cit.*, pp. 523-524.

que no fuera así, esto es, que el cocontratante ignorase que se han dictado medidas de apoyo de la capacidad del cocontratante; la eficacia del contrato no se vería afectada por la no atención a las mismas; a salvo de que también estuviesen previstas en el derecho español.

Dada la configuración actual de la discapacidad en nuestro derecho, en el que se parte de que los supuestos de discapacidad no implican más que la utilización de medidas de apoyo para la misma cuando sea preciso⁵⁷; en la ausencia de una decisión sobre tales medidas deberá presumirse la capacidad; sin que pueda desplegar efectos ninguna limitación prevista en un derecho extranjero que no pase por la adopción de alguna medida de protección (apoyo) por parte de una autoridad competente. Ahora bien, existiendo esta medida se puede plantear la duda de si tal medida no debería ser eficaz en España al margen de las previsiones del art. 10.8 del CC; en tanto se trate de una decisión judicial contenciosa o de jurisdicción voluntaria o una medida administrativa, notarial o de otro tipo que pueda desplegar efectos en nuestro país de acuerdo con el régimen que le sea aplicable. De ser así, incluso existiendo buena fe por parte del cocontratante podría cuestionarse la eficacia del contrato, a salvo de que entendiéramos que el art. 10.8 del CC, en su redacción actual, es también una norma relativa a la eficacia en España de las medidas de protección adoptadas en el extranjero respecto a personas que contratan en España.

IV. Conclusión

20. La excepción del interés nacional sigue siendo una figura recogida en la normativa de DIPr, tanto de origen interno como internacional. La reciente reforma del art. 10.8 del CC, pese a que alinea el DIPr español de origen interno con el Reglamento Roma I plantea problemas de interpretación debido, fundamentalmente, al cambio del tradicional binomio capacidad/incapacidad por la referencia a la discapacidad. Además de esto, plantea dudas la limitación de la figura a las personas físicas. Finalmente, sería necesario considerar el problema al que se refiere la doctrina del interés nacional no solamente desde la perspectiva del derecho aplicable, sino también de la eficacia extraterritorial de decisiones.

⁵⁷ Vid. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, “Artículo 549”, en *id.* (dir.), *op. cit.*, pp. 511-527, pp. 513-517.

Il problema dei c.d. apolidi *de facto* e della loro tutela

The question of the so-called *de-facto* stateless persons and their protection

MARCO BALBONI*

*Full Professor of International law
University of Bologna*

BARBARA KORCARI*

*PhD Student in European law
University of Bologna*

Recibido: 28.07.2024 / Aceptado: 10.10.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8904

Resumen: L'articolo si sofferma sulla nozione internazionale di apolidia, ancora non interamente condivisa. Mentre infatti non vi è dubbio che ricomprenda la c.d. apolidia *de jure*, si discute se la nozione internazionale di apolidia possa ricomprendere anche la c.d. apolidia *de facto*, ovvero la condizione di persone che, per varie ragioni o motivi, pur possedendo formalmente una nazionalità o avendo una fondata aspettativa di possederla, si trovano di fatto in una condizione del tutto simile a quella in cui si trovano le persone c.d. apolidi *de jure*.

Dopo aver ricostruito brevemente la codificazione in ambito internazionale in materia di apolidia, l'articolo ricostruisce il dibattito che si è avuto in sede internazionale sulla questione in esame, prima in relazione alla codificazione delle due convenzioni specifiche adottate in materia di apolidia e, quindi, nel dibattito successivo, per poi tentare qualche conclusione. E' opinione degli autori che la nozione di apolidia *de facto* meriti di essere mantenuta al fine di disegnare una categoria di persone che, in ragione della loro specifica condizione, possano avere diritto a beneficiare sia del regime di protezione previsto per gli apolidi *de jure*, sia dei diritti associati alla cittadinanza, alla luce in particolare delle garanzie fornite dal diritto internazionale dei diritti umani, e ciò, probabilmente, in base a una scelta individuale dipendente da un apprezzamento personale della propria situazione, in considerazione delle circostanze di ciascun caso concreto. Il problema semmai è quello di rafforzare gli strumenti internazionali di tutela a disposizione, particolarmente deboli in materia di apolidia.

Palabras clave: Apolidia, Apolidia *de jure*, Apolidia *de facto*, Diritto internazionale dei diritti umani, cittadinanza non effettiva.

Abstract: The article focuses on the international concept of statelessness, which is still not universally shared. While there is no doubt that it includes the so-called *de jure* statelessness, a debate is still ongoing as to whether the international concept of statelessness can also include the so-called *de facto* statelessness. This notion refers to the condition of who, despite formally possessing a nationality or having a well-founded expectation of possessing it, is in fact - for different reasons - in a condition similar to that of the so-called *de jure* stateless.

After briefly reconstructing the international codification on statelessness, the article explores the debate that has taken place at international level on the issue. First, it discusses the codification of the two

*I par. 1 e 5 sono stati scritti congiuntamente, mentre i par. 3 e 4 sono stati scritti da M. BALBONI e il par. 2 da B. KORCARI.

specific conventions adopted on statelessness. Second, it analyses the subsequent debate, with the aim of reaching some conclusions. The authors argue that the notion of *de facto* statelessness deserves to be maintained in order to design a category of people who, due to their specific condition, may be entitled to benefit from both the protection regime provided for *de jure* stateless persons and the rights associated with nationality, in particular in light of the guarantees provided by international human rights law. The resulting protection will, probably, be based on an individual choice dependent on a personal assessment of one's own situation, taking into account the circumstances of the specific case. The problem, if anything, is to strengthen the international mechanisms of protection, particularly weak in matter of statelessness.

Keywords: Statelessness, *de jure* Statelessness, *de facto* Statelessness, Human Rights Law, ineffective citizenship.

Sumario: I. Premessa. II. Lo sviluppo della codificazione in materia di apolidia. 1. Gli sviluppi iniziali. 2. La Convenzione sullo status e le garanzie previste per l'apolide. 3. La Convenzione sulla riduzione dell'apolidia e il diritto alla nazionalità. III. La nozione di apolidia *de facto* nelle convenzioni sull'apolidia. IV. La nozione di apolidia *de facto* nel dibattito e nella prassi successiva. V. Gli apolidi *de facto* e il problema della tutela.

I. Premessa

1. Per diverse ragioni, è difficile stabilire con esattezza il numero di persone che ad oggi sono toccate dal fenomeno dell'apolidia. Si stima che il fenomeno tocchi almeno dieci milioni di persone in tutto il mondo, ma i dati sono tutt'altro che certi. Si tratta di fenomeno in crescita in tutto il mondo a seguito dei movimenti di popolazione che, a vario titolo, caratterizzano l'epoca attuale¹.

In generale, la condizione di apolidia è avvertita come indesiderabile sia per gli effetti che può produrre sulle persone interessate, sia per le conseguenze che può comportare per la sicurezza internazionale. Sotto il primo profilo, il possesso della cittadinanza può essere fondamentale per la creazione di un'identità sul piano psicologico², mentre sul piano giuridico la sua mancanza dà luogo spesso a una riduzione dei diritti garantiti, compresi quelli fondamentali, quando non è foriera di condizioni di precarietà ancora più gravi, associate a fenomeni come la tratta, lo sfruttamento, la detenzione indeterminata, l'invisibilità nella sfera civile, la cui condizione rischia di trasmettersi facilmente alle generazioni successive³. Sotto il secondo profilo, è spesso messo in luce il potenziale collegamento tra apolidia e rischio di conflitti o instabilità in ambito internazionale⁴.

2. Per tutte queste ragioni, in particolare a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale, la Comunità internazionale si è adoperata sia per ridurre il fenomeno dell'apolidia, sia per creare un sistema di protezione delle persone apolidi. Questi sforzi, tuttavia, si sono rivelati nel loro complesso insufficienti a raggiungere gli obiettivi desiderati.

¹ Institute on Statelessness and Inclusion, *The World's Stateless, Deprivation of Nationality*, 2020, p. 14.

² Cfr. S. REDDY, A. RAMAPRASAD, *Reframing the Problem of Statelessness: Quest for a Supra-Legal Perspective*, in *Oregon Review of International Law*, 2019, p. 387 ss.; A. RILEY ET AL., *Daily Stressors, Trauma Exposure, and Mental Health Among Stateless Rohingya Refugees in Bangladesh*, in *Transcultural psychiatry*, 2017, p. 304 ss.; S. KOSINSKI, *State of uncertainty, Statelessness and discrimination in the Dominican Republic*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 2009, p. 379; C. SOKOLOFF, R. LEWIS, *Denial of Citizenship: A Challenge to Human Security*, *European Policy Center*, 2005.

³ L'invisibilità spesso deriva dalla mancata registrazione di nascite, matrimoni o decessi.

⁴ Secondo C. BACHELOR, *Transforming International Legal Principles into National Law: the Right to a Nationality and the Avoidance of Statelessness*, in *Refugee Survey Quarterly*, p. 11 ss., "if one state fails to grant nationality to a person or group, this becomes a potential problem for all states. (...) this group will likely either seek full national legal identity elsewhere (...). The instability created for them can easily be translated to the international level and can become a root cause of displacement or of conflict, particularly where no redress is possible». Per l'UNHCR, *What Would Life Be Like if You Had No Nationality*, 1999, p. 11, occorre favorire la cooperazione internazionale per la riduzione dell'apolidia in modo tale da "improve international relations and stability by resolving disputes related to nationality; (...) develop international law and promote cooperation between States in matters pertaining to nationality in order to avoid future conflicts; (...) prevent displacement and refugee flows which may result from statelessness and which may threaten international peace and security».

Le cause di queste difficoltà risiedono in una complessità di fattori, spesso dibattuti in dottrina, di varia natura ⁵. Permane, tuttavia, un problema, di carattere prettamente giuridico, che riguarda l'ambiguità stessa della nozione di apolidia, non ancora universalmente condivisa. Ci si chiede, infatti, se tale nozione riguardi la sola apolidia c.d. *de jure* o anche l'apolidia c.d. *de facto*. Si tratta di questione risalente ai primi tentativi di codificazione della materia, ancora prima della Seconda guerra mondiale, e che, appunto, non appare ancora risolta. La questione in esame incide peraltro su vari aspetti, tra cui in particolare le possibilità di tutela.

Dopo aver ricostruito brevemente la codificazione in ambito internazionale in materia di apolidia (par. 2), ci si soffermerà sul problema in esame, dapprima in relazione all'elaborazione delle due convenzioni specifiche in materia di apolidia (par.3), quindi, nel dibattito successivo (par. 4), per poi tentare infine qualche conclusione (par. 5).

II. Lo sviluppo della codificazione in materia di apolidia

1. Gli sviluppi iniziali

3. La prima convenzione adottata in materia di apolidia risale al 1930. Si tratta della Convenzione relativa a *Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws*, il cui scopo era garantire a ciascuno il possesso di almeno una, e di una soltanto, cittadinanza attraverso disposizioni relative alla sua acquisizione e perdita, in modo da evitare sia casi di apolidia sia casi di cittadinanza multipla ⁶. Il primo articolo della Convenzione lasciava a ciascuno Stato stabilire i criteri per il riconoscimento della cittadinanza, sottolineando l'obbligo degli Stati terzi di riconoscere tale cittadinanza se e qualora attribuita nel rispetto del diritto internazionale, implicitamente ammettendo in tal modo l'esistenza di limiti al potere dello Stato.

Gli eventi precedenti e immediatamente successivi alla Seconda guerra mondiale portarono a ravvisare una stretta connessione tra il fenomeno dei rifugiati e degli apolidi, essendo i primi privi, di nome o di fatto, di una delle caratteristiche principali collegate alla cittadinanza, ovvero della protezione internazionale del Paese di origine.

Verso la fine degli anni '30 del secolo scorso, oltre ad alcuni organismi incaricati della protezione di categorie specifiche di rifugiati, venne istituito l'*Intergovernmental Committee on Refugees*, operativo dal 1938 al luglio 1947, il cui compito, prima limitato a assicurare protezione ai rifugiati tedeschi, fu successivamente esteso nel 1943 a "all persons whoever they may be, who, as a result of events in Europe, have had to leave, or may have to leave, their countries of residence because of the danger to their lives or liberties on account of their race, religion or political beliefs".

4. Dopo la Seconda guerra mondiale, su impulso della Commissione dei diritti umani, il Comitato economico e sociale delle Nazioni Unite (Ecosoc) chiese al Segretario generale di intraprendere uno studio sulle persone apolidi ⁷. L'Ecosoc diede quindi mandato al Comitato ad hoc su *Statelessness and Related Problems* di valutare l'elaborazione di una convenzione sullo status dei rifugiati e delle persone

⁵ Tra gli altri, C. BATCHELOR, *Stateless Persons: Some Gaps in International Protection*, in *International Journal of Refugee Law*, 1995, pp. 233 ss.; ID., *Statelessness and the Problem of Resolving Nationality Status*, in *International Journal of Refugee Law*, 1998, pp. 156 ss.; K. BIANCHINI, *Protecting Stateless Persons: the Implementation of the Convention Relating to the Status of Stateless Persons across EU States*, in *International refugees law series*, Leiden, Boston, 2018; L.-N. KINGSTON, *Statelessness as a Lack of Functioning Citizenship*, in *Tilburg Law Review*, 2014, pp. 127 ss.; M. LYNCH, *Lives on hold: The human cost of statelessness*, Washington, 2005; J. TUCKER, *Questioning de facto Statelessness: By Looking at de facto Citizenship*, in *Tilburg Law Review*, 2014, pp. 276 ss.; D. WEISSBRODT, C. COLLINS, *The Human Rights of Stateless Persons*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, pp. 245 ss.; P. WEIS, *The United Nations Convention on the Reduction of Statelessness*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, pp. 1073 ss.; UNHCR and Inter-Parliamentary Union (IPU), *Nationality and Statelessness. A handbook for Parliamentarians*, Luxembourg, 2005.

⁶ League of Nations Treaty Series, vol. 179/4137, pp. 1937 s.

⁷ United Nations, *A Study Of Statelessness*, August 1949, Salt Lake City, New York, in <https://www.refworld.org/legal/leghist/ahcrsp/1949/en/40644>.

apolidi. Il Comitato si discostò parzialmente dal mandato attribuito, raccomandando, da una parte, una proposta di convenzione sui rifugiati con allegato un progetto separato di protocollo sugli apolidi e, dall'altra, una convenzione sull'eliminazione dell'apolidia, con la richiesta alla Commissione di diritto internazionale di elaborare un progetto in materia ⁸.

Su questa base, l'Assemblea generale delle Nazioni unite (UNGA) convocò una Conferenza con il compito di adottare una Convenzione sui rifugiati con allegato protocollo sugli apolidi. Per diverse ragioni, la Conferenza si limitò ad adottare la Convenzione sui rifugiati. Considerando tuttavia che, se tutti i rifugiati possono essere apolidi (*de jure* o *de facto*), non tutti gli apolidi sono necessariamente rifugiati, l'Ecosoc convocò una seconda Conferenza con il compito di rivedere il protocollo sugli apolidi. Ritenendo che avrebbero potuto aderire al protocollo Stati non parti alla Convenzione sui rifugiati ⁹, la Conferenza preferì l'adozione di uno strumento separato e indipendente, l'attuale Convenzione relativa allo status degli apolidi, oggi ratificata da un numero importante, ancorché limitato, di Stati ¹⁰.

Contestualmente alla convocazione della Conferenza incaricata dei lavori di cui sopra, l'Ecosoc chiese alla Commissione di diritto internazionale l'elaborazione di una convenzione sull'eliminazione dell'apolidia. Il relatore speciale R. Córdova preparò varie proposte sull'eliminazione e riduzione dell'apolidia presente e futura, prefigurando due possibili linee di azione, una più radicale, finalizzata all'eliminazione, l'altra più lieve, finalizzata alla riduzione del fenomeno ¹¹. Le proposte più radicali furono considerate di difficile realizzazione sicché la Conferenza degli Stati parte si limitò ad adottare la Convenzione sulla riduzione dell'apolidia ¹².

Ancorché con un numero di ratifiche non particolarmente esteso e, per certi versi superate da sviluppi successivi, segnatamente grazie allo sviluppo del diritto internazionale dei diritti umani, le due Convenzioni mantengono a tutt'oggi un certo interesse.

2. La Convenzione sullo status e le garanzie previste per l'apolide

5. Pur avendo diverse lacune, la Convenzione sullo status delle persone apolidi prevede una serie di diritti a carattere sia generale che specifico. I primi rientrano nella classica categoria dei diritti civili, economici, sociali e culturali ¹³ e, quindi, sono largamente superati dal diritto internazionale dei diritti umani, ancorché sotto certi aspetti mantengano ancora un certo interesse, in particolare per quanto riguarda i diritti relativi alla sfera economia ¹⁴. I secondi sono diritti garantiti agli apolidi in ragione della loro particolare vulnerabilità. Sotto questo profilo, assumono rilievo una serie di misure previste dal Cap. V della Convenzione, intitolato *Administrative Measures*, tra cui in particolare le disposizioni in materia di naturalizzazione e di documenti di identificazione e viaggio. L'art. 27 della Convenzione prevede che “*the Contracting States shall issue identity papers to any stateless person in their territory who does not possess a valid travel document*”, mentre l'art. 28 stabilisce che “*the Contracting States shall issue to stateless persons lawfully staying in their territory travel documents for the purpose of*

⁸ H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness, Legal and Protection Policy Research Series*, 2010, p. 9; N. Robinson, *Convention Relating To The Status Of Stateless Persons, Division of International Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees*, World Jewish Congress, New York, 1955, riprodotto dall'UNHCR, Ginevra, 1997, in <https://www.refworld.org/reference/research/unhcr/1997/en/52815>.

⁹ I quali quindi sarebbero stati gravati, indirettamente, degli obblighi previsti dalla Convenzione sui rifugiati richiamati dal protocollo.

¹⁰ La Convenzione è stata adottata il 28 settembre 1954. A oggi, la Convenzione è ratificata da 96 e firmata da 23 Stati.

¹¹ R. CORDOVA, *Nationality, Including Statelessness. Third Report on the Elimination or Reduction of Statelessness*, A/CN.4/81, New York, 11 March 1954.

¹² Convenzione di New York de 30 agosto 1961 sulla riduzione dell'apolidia, entrata in vigore nel 1975, cui aderiscono 75 parti contraenti, *Final Act Resolution*, 989 U.N.T.S.

¹³ Trattandosi di apolidi, ovviamente, non compaiono diritti politici in senso stretto.

¹⁴ L'applicabilità del diritto internazionale dei diritti umani agli apolidi è fuori dubbio dato che si tratta di diritti per definizione ad applicazione generale senza distinzione, salvo eccezioni espressamente previste. Ciò è stato confermato dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite che ha avuto modo di precisare che i diritti enumerati dal Patto sui diritti civili e politici si applicano indistintamente, a prescindere da nazionalità o eventuale condizione di apolidia: Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant*, 1986, par. 1.

travel outside their territory, unless compelling reasons of national security or public order otherwise require"¹⁵. L'art. 32, dal canto suo, afferma che "*the Contracting States shall as far as possible facilitate the assimilation and naturalization of stateless persons. They shall in particular make every effort to expedite naturalization proceedings and to reduce as far as possible the charges and costs of such proceedings*", limitandosi così a obbligare gli Stati a prevedere misure nel settore¹⁶.

La Convenzione invece non prevede nulla in materia di procedure o mezzi di prova per la determinazione dello status, lacuna avvertita generalmente come particolarmente rilevante¹⁷.

3. La Convenzione sulla riduzione dell'apolidia e il diritto alla nazionalità

6. Come è noto, tradizionalmente, il diritto internazionale lascia discrezionalità allo Stato in materia di conferimento di nazionalità, limitandosi a circoscrivere tale discrezionalità qualora ci sia da parte dello Stato un eccesso nell'attribuzione della nazionalità, conferita anche in assenza del c.d. legame genuino con la persona interessata, in particolare in relazione a forme di tutela che il diritto internazionale ricollega alla nazionalità, quali, in particolare, il diritto alla protezione diplomatica¹⁸.

Il legame genuino può essere dato da vari fattori quali la nascita, la parentela, la residenza o l'etnia¹⁹. Gli Stati solitamente ricorrono a uno o una combinazione di tali fattori, tra i quali, più frequentemente, lo *ius soli* o lo *ius sanguinis*. Il ricorso ad una combinazione può rendere virtualmente inesistenti i casi di apolidia, mentre, al contrario, un ricorso non bilanciato può favorire i fenomeni di apolidia. Diversamente dai criteri di *ius soli* e *ius sanguinis*, che solitamente comportano l'acquisizione della cittadinanza in via automatica alla nascita, la naturalizzazione basata sullo *ius domicili* richiede un procedimento volto a verificare la sussistenza del legame genuino che può essere costituito dal tempo trascorso o da altri elementi quali il matrimonio o l'adozione.

La Convenzione sulla riduzione dell'apolidia ha lo scopo, in particolare, di ovviare alle contraddizioni determinate dal ricorso da parte degli Stati, in via esclusiva, a criteri diversi.

7. L'art. 1 della Convenzione dispone che "*a Contracting State shall grant its nationality to a person born in its territory who would otherwise be stateless*"²⁰. Le disposizioni immediatamente successive mirano a proteggere dall'apolidia insorta dalla mancata acquisizione della cittadinanza alla nascita, in particolare in seguito a conflitti amministrativi. L'art. 2 prevede che "*a foundling found in the territory of a Contracting State shall, in the absence of proof to the contrary, be considered to have*

¹⁵ Sull'importanza di tali disposizioni, cfr., UNHCR, *Identity Documents for Refugees*, 20 luglio 1984, in UN Doc. EC/SCP/33, par. 1. Il documento di viaggio rappresenta un elemento di singolare importanza perché costituisce anche riscontro dello status di apolidia come ricordato dall'allegato alla Convenzione al par. 1: "*the travel document referred to in article 28 of this Convention shall indicate that the holder is a stateless person under the terms of the Convention of 28 September 1954*".

¹⁶ L'art. 31 si occupa dell'espulsione, limitandosi tuttavia a condizionare l'allontanamento dell'apolide residente regolarmente alla presenza di motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale e a prevedere alcune garanzie procedurali, senza proibire tuttavia la criminalizzazione dell'ingresso sul territorio, né il divieto di *refoulement*, come invece assicurato dalla Convenzione sui rifugiati all'art. 31.

¹⁷ Altresì, la Convenzione non detta disposizioni in materia di protezione diplomatica, la quale, essendo basata sulla cittadinanza, è per definizione inaccessibile alle persone apolidi. A questo proposito, la Commissione di diritto internazionale ha individuato nella residenza abituale e regolare la condizione sufficiente per accordare tale protezione: International Law Commission (ILC), art. 8 del *Draft Articles on Diplomatic Protection*, 2006.

¹⁸ Questo il senso, in particolare della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia nella materia. Cfr., CIG, 18 novembre 1955, *Liechtenstein v. Guatemala, caso Nottebohm*, 1955.

¹⁹ Come si ricorderà, nel caso *Nottebohm*, cit., p. 23, la Corte ha precisato che "*the habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, attachment shown by him for a given country and inculcated in his children, etc*".

²⁰ Caso di scuola è la persona che nasce nel territorio di uno Stato che adotta il criterio dello *ius sanguinis* da genitori cittadini di uno Stato che garantisce la cittadinanza in base al criterio dello *ius soli*. Il par. 2 della medesima disposizione prevede che la cittadinanza può essere riconosciuta alla nascita, per legge, o su domanda, secondo le procedure, l'età e le condizioni previste dalla legge, il che lascia evidentemente discrezionalità agli Stati, confermando così che scopo della Convenzione è la riduzione e non l'eliminazione dell'apolidia.

been born within that territory of parents possessing the nationality of that State"²¹. L'art. 4, a sua volta, precisa che *"a Contracting State shall grant its nationality to a person, not born in the territory of a Contracting State, who would otherwise be stateless, if the nationality of one of his parents at the time of the person's birth was that of that State"*. La Convenzione non obbliga tuttavia alla registrazione alla nascita, il che può vanificare di molto l'effettività di tali disposizioni²².

Gli artt. 5, 6 e 7 si occupano della perdita della cittadinanza, subordinando tale perdita all'acquisizione di altra cittadinanza. L'art. 5 prevede che *"if the law of a Contracting State entails loss of nationality as a consequence of any change in the personal status of a person such as marriage, termination of marriage, legitimation, recognition or adoption, such loss shall be conditional upon possession or acquisition of another nationality"*, mentre l'art. 6 dispone che *"if the law of a Contracting State provides for loss of its nationality by a person's spouse or children as a consequence of that person losing or being deprived of that nationality, such loss shall be conditional upon their possession or acquisition of another nationality"*. L'art. 7 par. 4, dal canto suo, precisa che *"a naturalized person may lose his nationality on account of residence abroad for a period, not less than seven consecutive years, specified by the law of the Contracting State concerned if he fails to declare to the appropriate authority his intention to retain his nationality"*.

Allo stesso principio si ispirano gli articoli seguenti in materia di privazione della nazionalità²³. L'art. 8 prevede che *"a Contracting State shall not deprive a person of its nationality if such deprivation would render him stateless"*, mentre l'art. 9 stabilisce che *"a Contracting State may not deprive any person or group of persons of their nationality on racial, ethnic, religious or political grounds"*, stabilendo tuttavia una lista di fattori piuttosto limitata se si considerano gli sviluppi che il principio di non discriminazione ha avuto nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani.

8. In materia, sono stati adottati anche strumenti successivi, di carattere sia generale che regionale.

Recentemente, la Commissione di diritto internazionale ha adottato un progetto di articoli che riconosce alle persone presenti sul territorio il diritto ad acquisire la nazionalità dello Stato successore²⁴. Raccogliendo l'invito dell'UNGA²⁵, il Consiglio d'Europa ha adottato una Convenzione sulla prevenzione della condizione di apolide in relazione alla successione di Stati che riprende diversi principi affermati dal progetto, attribuendo importanza alla residenza e al ruolo della volontà del singolo²⁶.

In ambito europeo, è stata adottata, sempre dal Consiglio d'Europa, la Convenzione europea sulla nazionalità. La Convenzione specifica i casi nei quali la perdita della cittadinanza è ammessa, proibendola tassativamente nel caso in cui esiti in apolidia²⁷.

²¹ La disposizione, tuttavia, non precisa cosa succeda nel caso di scoperta successiva di un genitore. La Croazia, ad esempio, si limita a prevedere la perdita di cittadinanza del bambino senza garanzie aggiuntive. Secondo l'UNHCR, in casi come questo, occorrerebbe prevedere misure che subordinino alla perdita della precedente cittadinanza l'acquisizione di una nuova: UNHCR, *Guidelines on Statelessness No. 4: Ensuring Every Child's Right to Acquire a Nationality through Articles 1-4 of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, HCR/GS/12/04, 2012, p. 12. In questo senso, cfr., altresì infra, quanto disposto dalla Convenzione europea sulla nazionalità.

²² La mancanza di registrazione alla nascita è una delle cause di apolidia più significative. L'aspetto in esame può tuttavia essere compensato dal diritto internazionale dei diritti umani: cfr., infra.

²³ La privazione della cittadinanza può essere l'esito di azioni punitive o ritorsioni per supposte mancanze al vincolo di fedeltà oppure strumento di politiche discriminatorie o persecutorie, come, ad esempio, le disposizioni adottate in Myanmar, che privano della cittadinanza la popolazione Rohingya, o le disposizioni adottate in Syria, che revocano la cittadinanza alla popolazione curda.

²⁴ ILC, *Draft Articles on Nationality of Natural Persons in relation to the Succession of States with commentaries*, 1999, Fifty-first session, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1999, vol. II, Part Two. Su questo punto, l'art. 10 della Convenzione sulla riduzione si limita a incoraggiare l'adozione di accordi tra gli Stati, specificando in particolare che *"in the absence of such provisions a Contracting State to which territory is transferred or which otherwise acquires territory shall confer its nationality on such persons as would otherwise become stateless as a result of the transfer or acquisition"*.

²⁵ UNGA, Ris. 55/153 del 2001, con cui l'Assemblea generale ha preso nota del progetto della Commissione di diritto internazionale, invitando gli Stati a prendere le adeguate misure al riguardo e raccomandandone la diffusione.

²⁶ *Convention on the Avoidance of Statelessness in relation to State Succession*, adottata il 19 maggio 2006, entrata in vigore l'1 maggio 2009, in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=200>.

²⁷ *European Convention on Nationality*, adottata il 6 novembre 1997, entrata in vigore il 1 marzo 2000, in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=166>. La Convenzione prevede, ad esempio, che la perdita

9. Come è noto, anche il diritto internazionale dei diritti umani è intervenuto nella materia, configurando il diritto alla nazionalità come diritto umano²⁸.

Già l'art. 15 della Dichiarazione universale sui diritti umani afferma che ognuno ha diritto a una nazionalità e che nessuno può essere arbitrariamente privato della stessa, né del diritto di cambiarla. Richiamandosi a tale disposizione, l'art. 24 del Patto sui diritti civili e politici, rispettivamente al par. 2 e 3, specifica che *“every child shall be registered immediately after birth and shall have a name”* e che *“every child has the right to acquire a nationality”*. Quest'ultima disposizione è ripresa all'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia ai sensi del quale ogni bambino è registrato immediatamente al momento della nascita e, da allora ha diritto, tra l'altro, ad acquisire una cittadinanza, mentre l'art. 8 della medesima Convenzione prevede che *“State Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference”*.

Altre convenzioni affermano che il diritto alla nazionalità va riconosciuto senza discriminazione sulla base di fattori particolari. L'art. 9 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna precisa, ad esempio, che *“States Parties shall grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure in particular that neither marriage to an alien nor change of nationality by the husband during marriage shall automatically change the nationality of the wife, render her stateless or force upon her the nationality of the husband”*, mentre l'art. 5 lett. d) della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale precisa la stessa cosa con riferimento a fattori quali la razza, il colore, l'origine nazionale o etnica. L'art. 18 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità vieta la discriminazione in merito a diversi aspetti del diritto alla nazionalità in base al fattore in esame.

Nello stesso senso sono Convenzioni regionali. Ad esempio, l'art. 20 della Convenzione interamericana dei diritti umani prevede che *“every person has the right to a nationality. Every person has the right to the nationality of the state in whose territory he was born if he does not have the right to any other nationality. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality or of the right to change it”*. La Convenzione europea dei diritti umani non prevede un tale diritto, ma la Corte Edu l'ha considerato parte del diritto all'identità, di cui all'art. 8 della Convenzione²⁹.

10. Come è stato notato, tuttavia, questa congerie di disposizioni riescono soltanto parzialmente a limitare la discrezionalità dello Stato nella materia³⁰. Il diritto internazionale dei diritti umani non insiste su aspetti diversi, nella sostanza, da quelli su cui insiste la Convenzione sulla riduzione. Se si può dire, in una certa misura, che esiste un diritto ad acquisire una nazionalità alla nascita, sorretto da disposizioni sui diritti umani in materia di diritto alla registrazione, un divieto di discriminazione piuttosto generalizzato, un diritto di mantenere la propria nazionalità (divieto di privazione della nazionalità), in particolare se non collegato all'acquisto di altra nazionalità, il diritto di cambiare nazionalità, almeno entro certi limiti, è difficile configurare l'esistenza di un diritto all'acquisizione di una nazionalità, specie

della nazionalità non è possibile anche nel caso in cui durante la minore età vengano meno le condizioni previste dal diritto interno per l'acquisizione della nazionalità, se ciò dovesse esitare in apolidia.

²⁸ Benché i diritti umani siano pensati per garantire un minimo standard di trattamento a tutte le persone, la cittadinanza rimane un fattore rilevante, dato il rilievo che continua a giocare la sovranità statale. Secondo Y. ZILBERSCHATS, *Citizenship and International Law*, in *The Human Right to Citizenship*, New York, 2002, p. 34, gli strumenti di protezione dei diritti umani sono riusciti solo a ridurre i diritti riservati esclusivamente ai cittadini, ma non ad eliminare le divergenze di applicabilità tra cittadini e stranieri. Il vincolo che vede le persone apolidi costrette a derivare i propri diritti da un sistema dedicato precisamente alla loro condizione è una diretta conseguenza della concessione di determinati privilegi alle persone in possesso di una cittadinanza. Il senso di configurare un diritto umano alla nazionalità, quando i diritti umani sono riconosciuti a tutti, deriva anche da considerazioni di questo tipo.

²⁹ Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, 11 ottobre 2011, caso *Genovese c. Malta*. Il nesso tra diritto all'identità e diritto alla nazionalità è sempre più sottolineato dalla dottrina e riconosciuto dalla giurisprudenza. Cfr., ad esempio, M. HARBITZ, B. BOEKLE-GIUFRIDA, *Democratic Governance, Citizenship, and Legal Identity Linking Theoretical Discussion and Operational Reality*, in *Interamerican Development Bank*, 2009, in <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Democratic-Governance-Citizenship-and-Legal-Identity-Linking-Theoretical-Discussion-and-Operational-Reality.pdf>.

³⁰ S. FORLATI, *Nationality as a human right*, in *The Changing Role of Nationality in International Law*, A. Annoni, S. Forlati (ed.), London, 2013, p. 18 ss., anche con spunti relativi al diritto consuetudinario.

successivamente alla nascita. Nondimeno, si tratta certo di un'importante evoluzione dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia relativa al caso *Nottebohm*.

III. La nozione di apolidia *de facto* nelle convenzioni sull'apolidia

11. Come si è anticipato, il problema della definizione della nozione di apolidia si è posto già prima della Seconda guerra mondiale in quanto tra le persone rifugiate al di fuori del proprio paese di nazionalità vi erano sia persone private formalmente della nazionalità (c.d. apolidi *de jure*), sia persone che, pur non essendo private formalmente della nazionalità, si vedevano rifiutata la protezione del Paese di origine (c.d. apolidi *de facto*) e, quindi, sostanzialmente collocati in una situazione del tutto analoga ai primi³¹.

Così, ad esempio, già secondo l'*Intergovernmental Committee on Refugees*, occorre tenere conto che, “*besides de jure stateless persons there are also at present an increasing number of de facto stateless persons. These, too, are “unprotected persons”, as they do not enjoy in fact the ‘protection’ of any Government, although they have not been formally denationalised by the State of their nationality*”. Questa definizione venne ripresa e poi ampliata da uno studio del Segretario generale delle Nazioni unite secondo il quale, oltre a coloro la cui protezione è rifiutata, sono da considerarsi come apolidi *de facto* anche coloro che non intendono avvalersi della protezione del Paese di origine³².

12. I lavori preliminari alla Convenzione sullo status non si soffermarono sul problema, che tuttavia si ripresentò durante i lavori della Conferenza, divenendo uno degli oggetti principali di discussione. Secondo una parte dei Paesi partecipanti, occorre partire dal presupposto che la Convenzione sui rifugiati aveva inteso definire il punto massimo di estensione in presenza del quale gli Stati contraenti erano disposti a accordare protezione alle persone che rifiutavano di avvalersi della protezione del Paese di nazionalità, ravvisandolo nel fondato timore di persecuzione. L'inclusione delle persone di fatto apolidi nella Convenzione sullo status avrebbe quindi rischiato di accordare a certe persone (in pratica persone che rifiutavano la protezione dello Stato di origine pur non essendo oggetto di persecuzione ai sensi della Convenzione sui rifugiati) una protezione che la stessa Convenzione sui rifugiati non aveva inteso conferire loro³³. Secondo altri, invece, occorre partire dal presupposto che ci potevano essere Stati parti alla Convenzione sull'apolidia non vincolati alla Convenzione sui rifugiati, con la conseguenza di un gap di protezione nei confronti dei rifugiati oggetto di persecuzione apolidi *de facto*. Al fine pertanto di evitare tale trattamento difforme, era opportuno estendere la protezione anche a questi ultimi ovvero, nella formulazione proposta, a coloro che invocano ragioni ritenute valide dallo Stato di residenza per rinunciare alla protezione del Paese di origine o, *tout-court*, alla propria nazionalità³⁴.

La Conferenza adottò una soluzione di compromesso. L'art. 1 par. 1 della Convenzione si limita a stabilire infatti che “the term stateless person means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law”, accogliendo quindi una definizione di apolidia limitata all'apolidia *de jure*. Il richiamo all'apolidia *de facto* fu invece inserito come semplice raccomandazione nell'Atto Finale alla Convenzione ai sensi del quale, appunto, la Conferenza raccomanda che “each Contracting State, when it recognizes as valid the reasons for which a person has renounced the protection of the State of which he is a national, consider sympathetically the possibility of according to that person the treatment which the Convention accords to stateless persons”, adottando così chiaramente, quasi alla lettera, la proposta di compromesso di cui sopra.

³¹ L'esempio più evidente era dato dagli ebrei di origine tedesca rifugiati all'estero prima della privazione formale della nazionalità da parte del regime nazista.

³² United Nations, *A Study Of Statelessness*, cit., p. 9.

³³ N. ROBINSON, *Convention Relating To The Status*, cit., par. 3.

³⁴ Si tratta in particolare della posizione del Belgio e della Germania, in *UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Stateless Persons: Summary Record of the fourth Meeting*, 1954, E/CONF.17/SR.4, p. 2. Cfr., H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 19. La proposta si riferiva così solo a coloro che non intendono avvalersi della protezione del Paese di origine, non a coloro ai quali sia rifiutata o che siano altrimenti privati della protezione internazionale.

Mentre la nozione di apolide *de jure* è chiara³⁵, più ambigua, nonostante la sua genesi, è la raccomandazione sugli apolidi *de facto*. Considerato che le preoccupazioni che hanno portato al suo inserimento si sono rivelate largamente infondate³⁶, rimane da vedere se esistono altre persone che possano avere ragioni valide oltre la persecuzione per rinunciare alla protezione del proprio Paese³⁷.

13. Ugualmente, le opinioni si divisero nel quadro dei lavori della Commissione di diritto internazionale per l'elaborazione della Convenzione sulla riduzione. Secondo il relatore speciale M.O. HUDSON, la distinzione tra apolidi *de jure* e apolidi *de facto* non aveva molto senso in quanto i c.d. apolidi *de facto* sono nazionali di un Paese che vivono al di fuori del suo territorio e privati della sua protezione, per cui, in realtà, sarebbe meglio parlare di “*de facto* unprotected persons”, anche se ovviamente ci si deve porre il problema di garantire loro una tutela effettiva dei diritti collegati alla nazionalità³⁸. Al contrario, secondo il relatore speciale R. CORDOVA, la nozione di apolidia deve inglobare anche i c.d. apolidi *de facto* in modo da estendere “to *de facto* stateless persons the juridical remedies which have been proposed for *de jure* stateless persons”³⁹.

Anche durante i lavori della Conferenza, gli Stati partecipanti si espressero in modo diverso. Secondo alcuni, dal momento che la Convenzione sui rifugiati non distingue tra apolidi *de jure* e apolidi *de facto*, al fine di assicurare a tutti, in particolare ai figli dei rifugiati, il conseguimento di una nazionalità effettiva, era necessario che la Convenzione assimilasse gli apolidi *de facto* agli apolidi *de jure*. Secondo altri, invece, una tale previsione non avrebbe aggiunto nulla a quanto già disposto dall'art. 34 della Convenzione sui rifugiati, ai sensi del quale gli Stati contraenti hanno l'obbligo di facilitare, quanto più possibile, l'assimilazione e la naturalizzazione dei rifugiati⁴⁰. Come già avvenuto con la Convenzione sullo status, tuttavia, si optò alla fine per una soluzione di compromesso sulla base del fatto che non tutti gli Stati partecipanti alla Conferenza erano altresì parti della Convenzione sui rifugiati. La Conferenza decise perciò di adottare la Risoluzione n. 1 dell'Atto Finale ai sensi del quale “that persons who are stateless *de facto* should as far as possible be treated as stateless *de jure* to enable them to acquire an effective nationality”.

Nel loro insieme, quindi, le due convenzioni depongono per un'accezione ristretta di apolidia *de facto*, riferibile solo a chi, trovandosi al di fuori del Paese di nazionalità, rinunci ad avvalersi della protezione del Paese di origine per ragioni ritenute valide.

³⁵ Come appare evidente, ai termini della Convenzione, l'apolidia *de jure* non sussiste quando si sia in assoluto privi di una cittadinanza, ma soltanto quando non si possieda la nazionalità del Paese con cui si presenta un legame genuino, determinato da uno dei criteri ricordati sopra. In tal modo, la definizione mira ad alleggerire l'onere probatorio necessario per dimostrare la condizione di apolidia *de jure* in quanto, appunto, non occorre dimostrare di non possedere la nazionalità di qualsiasi Paese, ma solo di quelli con cui si presenta un legame genuino.

³⁶ In effetti, il riferimento agli apolidi *de facto* come rifugiati di Paesi non parti alla Convenzione sui rifugiati risulta di poca utilità oggi, considerato che quasi tutti gli Stati hanno ratificato quest'ultima Convenzione, in numero sicuramente superiore a quelli che hanno ratificato la Convenzione sullo status.

³⁷ Come è stato notato, “certainly, individuals who are not refugees may have many different reasons for renouncing protection: for example, some may wish to avoid military or civil service, others may repudiate the country of their nationality owing to a profound disagreement with the political *status quo* in that country without a concomitant risk of persecution, still others may be trying to avoid criminal prosecution, and yet others may wish to sever relations with the country of their nationality in order to try to establish a new life under more favourable conditions in another country. However, assuming that the persons concerned genuinely do not have a well-founded fear of persecution, these are hardly the sorts of reasons that States in today's world would be likely to regard as valid for purposes of implementing the recommendation in the Final Act”: H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 22.

³⁸ M.-O. HUDSON, *Report on Nationality, Including Statelessness*, A/CN.4/50, 1952, p. 17. Cfr., anche P. WEIS, *Nationality And Statelessness In International Law*, London, 1979, p. 164, secondo cui l'uso dell'espressione apolidi *de facto* nel senso indicato sarebbe in realtà un “misnomer” in quanto, tecnicamente, sarebbe meglio parlare di “*de facto* unprotected persons”, i.e., refugees, as distinct from “*de jure* unprotected persons”, i.e., stateless persons”.

³⁹ R. CORDOVA, *Nationality, Including Statelessness – Third Report on the Elimination or Reduction of Stateless*, A/CN.4/81, 1954, p. 30.

⁴⁰ Per un'esposizione dettagliata delle diverse opinioni espresse durante la Conferenza, cfr., H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 22 ss.

IV. La nozione di apolidia *de facto* nel dibattito e nella prassi successiva

14. Nel dibattito e nella prassi successiva, vi è stata una certa tendenza a estendere la nozione di apolidia *de facto* ad altre categorie di persone.

Così, ad esempio, si è detto che “those who cannot establish their nationality and those without an effective nationality, referred to as *de facto* stateless persons, are not included in the definition of a *de jure* stateless person”. “Given the developments in practice relating to asylum seekers over the years, and the number of persons who do not receive citizenship in their country of habitual residence but continue to live there, it has become clear that not all *de facto* stateless persons are refugees. This is complicated by the various positions adopted by States on nationality status (...). The ‘grey zone’ of *de facto* statelessness has grown substantially, and today may include, persons who are confirmed *de jure* stateless in their country of long-term habitual residence but treated as if they held another State’s nationality, for example, because they might have the technical possibility of applying for naturalization, notwithstanding the absence of any effective link or ancestral connection; persons who have the nationality of a country but who are not allowed to enter or reside in that country; persons who following a succession of States or transfer of territory, do not receive nationality in the State where they were born, where they reside, work, own property and have all their links but, rather, receive nationality in the successor State with which they have no genuine or effective connection (...); persons who have the theoretical right to the nationality of a State but who are unable to receive it owing to administrative and procedural hurdles, excessive registration or naturalization fees, or other criteria which block access to the nationality. (...). Nonetheless, if stateless persons are really to benefit from the provisions of international or regional instruments developed to resolve cases of statelessness, they must be able to show *de jure* statelessness”⁴¹.

15. Allo stesso modo, spesso l’UNHCR ha qualificato come apolidi *de facto* persone che non si vedevano attribuita la cittadinanza dello Stato successore di residenza, senza peraltro poter esercitare opzioni a questo proposito, nel contesto di fenomeni di dissoluzione di Stati che hanno caratterizzato l’Europa dell’Est negli anni ’90⁴².

Spesso, a supporto dell’estensione della nozione, si adducono gli Atti Finali a entrambe le convenzioni sull’apolidia, ancorché, come si è visto, tale nozione vi sia stata prevista con un contenuto più limitato⁴³, mentre l’espressione apolidi *de facto* è entrata nel linguaggio corrente proprio con questa ampia accezione⁴⁴.

Riferimenti analoghi si trovano anche nella prassi. La Corte Interamericana dei diritti umani, ad esempio, ha avuto modo di affermare che “States have the obligation not to adopt practices or laws concerning the granting of nationality, the application of which fosters an increase in the number of stateless persons. This condition arises from the lack of a nationality, when an individual does not qualify to receive this under the State’s laws, owing to arbitrary deprivation or the granting of a nationality that, in actual fact, is not effective”⁴⁵. Richiami di analogo tenore si registrano nella prassi del Consiglio d’Europa e di altri organismi⁴⁶.

Pur con variazioni nelle posizioni espresse, l’estensione della nozione di apolidia *de facto* sembra volta a ricomprendere essenzialmente tre categorie di persone: coloro che, pur godendo formalmente di una cittadinanza, sono privati del godimento dei diritti normalmente connessi alla cittadinanza e, quindi, godono di una cittadinanza non effettiva; coloro che non riescono a stabilire (o a provare) la loro

⁴¹ C. BATCHELOR, *Statelessness and The Problem*, cit., p. 173. Cfr., altresì, C. BATCHELOR, *Stateless Persons*, cit., p. 247 ss.; P. WEIS, *The United Nations Convention*, cit., pp. 1073 ss.; D. Weissbrodt e C. Collins, *The Human Rights of Stateless Persons*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, p. 251 ss.

⁴² Cfr., ad esempio, UNHCR, *Citizenship in the Context of the Dissolution of Czechoslovakia*, European Series, Vol. 2, No. 4, September 1996; Id., *Citizenship and Prevention of Statelessness Linked to the Disintegration of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, Regional Bureau for Europe, European Series, Volume 3, No. 1, pp. 2-5.

⁴³ UNHCR, *Handbook on Protection*, cit., p 5; UNHCR, *Nationality and Stateless*, cit., 2005, p 12.

⁴⁴ Cfr., ad esempio, dichiarazione di P. WEIS alla conferenza delle Nazioni Unite sull’eliminazione o riduzione dell’Apolidia futura, 25 agosto 1961, riportato da C. BATCHELOR, *Stateless Persons: Some Gaps*, cit., p. 252.

⁴⁵ Corte interamericana dei diritti umani, 8 settembre 2005, *The Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic*, par. 14.

⁴⁶ Per riferimenti, cfr., H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 29 ss.

cittadinanza o la cui cittadinanza è oggetto di contestazione da o tra più Stati con la conseguenza che la loro nazionalità rimane indeterminata; coloro i quali, nel contesto di un processo di successione tra Stati, si ritrovano a risiedere in uno Stato di cui non hanno la nazionalità, in particolare se in contrasto con la loro volontà, e, forse, più in generale, tutti coloro che hanno la generalità dei loro legami con lo Stato di residenza, pur avendo la nazionalità di un altro Paese.

In tutti questi casi, si tratta di persone che, pur beneficiando di una cittadinanza o avendo un'aspettativa fondata di averla, si trovano nella sostanza in una condizione analoga a quella delle persone formalmente apolidi. La nozione di apolidia *de facto*, quindi, mira a dare rilievo giuridico alla qualità del legame di cittadinanza, diversamente dalla nozione di apolidia *de jure*, che si limita a dare rilievo all'elemento formale della sua mancanza. Lo scopo dell'estensione in esame sembra quello di garantire alle categorie di persone interessate lo stesso regime previsto per le persone apolidi *de jure*, sia per quanto riguarda l'esercizio dei diritti collegati a tale condizione, sia per quanto riguarda, forse a maggior ragione, l'esercizio del diritto alla nazionalità.

16. L'estensione in esame, tuttavia, è stata oggetto di critica, anche se con risultati diversi a seconda della categoria di persone considerate.

Con riferimento ai casi di nazionalità non effettiva, si è notato sia che non è facile stabilire quali e quanti diritti devono esattamente essere negati per potersi parlare di apolidia *de facto*, sia che le persone rientranti in tale categoria sono in realtà dei cittadini i cui diritti sono, in tutto o in parte negati. Per essi, quindi, piuttosto che una sorta di degradazione alla condizione di apolidi *de facto*, è preferibile parlare di cittadini, ancorché nominali, il cui problema è quello di ottenere una tutela effettiva dei diritti legati alla cittadinanza, senz'altro oggi più agevole anche grazie all'emersione del diritto internazionale dei diritti umani, alla luce in particolare del principio di non discriminazione da esso codificato⁴⁷.

Per quanto riguarda invece le persone la cui nazionalità è di difficile prova o contestata e, per questo, indeterminata, si è osservato sia che il problema in realtà è quello di prevedere in ambito internazionale strumenti di prova efficaci e condivisi, sia che è preferibile parlare in questi casi di apolidia *de jure tout-court* in quanto si tratta, in ogni caso, di persone la cui cittadinanza non si riesce a determinare⁴⁸.

Infine, per quanto riguarda le persone cui, nel contesto di un fenomeno di successione tra Stati, è stata attribuita una nazionalità diversa da quella del Paese di residenza, segnatamente contro la loro volontà, occorrerebbe considerare che vi sono molti casi in cui una persona può trovarsi in una situazione di questo tipo, senza che per questo si parli di apolidia *de facto*⁴⁹, e che il diritto internazionale vigente non consente di contestare una nazionalità per il semplice fatto che vi sia un legame più genuino con altri Paesi⁵⁰, con la conseguenza che, in questo caso, come nel primo, non è corretto parlare di apolidi *de facto*, quanto piuttosto di cittadini *tout-court*.

Ciò troverebbe conferma anche nella diversità delle situazioni sopra indicate, segnatamente sotto il profilo tecnico. Occorre infatti tenere conto che diritto alla nazionalità e esercizio effettivo dei diritti ricollegati alla nazionalità sono distinti, con la conseguenza che può benissimo accadere che i se-

⁴⁷ H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 39, secondo cui "to argue that persons who are deprived of the enjoyment of such rights are *de facto* stateless, and that all *de facto* stateless persons should be treated as *de jure* stateless, would be doing a grave disservice to persons who should be treated as the nationals that they are, rather than as stateless persons".

⁴⁸ L. VAN WAAS, *Nationality Matters*, cit., p. 25 ss. Così, ad esempio, in caso di contestazione tra più Stati, può darsi che la persona abbia effettivamente la cittadinanza di un altro Stato. Se quest'ultimo, tuttavia, pur essendo sollecitato, non risponde, si può ritenere di essere di fronte ad una ipotesi di nazionalità indeterminata e, quindi, di nuovo, di fronte a un caso di apolidia *de jure*: H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit. p. 47.

⁴⁹ Come per esempio può essere il caso dei migranti di seconda generazione che conservano la nazionalità dello Stato di origine.

⁵⁰ Secondo H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 59 ss., alla luce del diritto internazionale vigente, una tale contestazione non sarebbe possibile anche nel caso in cui lo Stato di nazionalità non dovesse avere il diritto in ambito internazionale di estendere la propria protezione diplomatica alla persona in questione in ragione della tenuità del legame, la giurisprudenza *Nottebohm* avendo a che fare con l'ammissibilità di una richiesta di agire in protezione diplomatica, ma non con il diritto di trattare una persona come apolide. Va tuttavia osservato che contestare la nazionalità attribuita per far emergere una situazione di apolidia *de facto* non ha necessariamente lo scopo di trattare una persona come apolide (*de jure*), quanto piuttosto, appunto, lo scopo di far emergere la situazione di apolidia *de facto* a fini di tutela, senza necessariamente mettere in discussione la nazionalità nominale eventualmente posseduta: cfr., infra.

condi siano violati, pur essendo assicurato il primo e viceversa⁵¹. Ne deriva che, nel primo caso, si pone in realtà un problema di esercizio effettivo dei diritti collegati alla nazionalità, il diritto alla nazionalità in quanto tale non essendo disconosciuto, mentre, nel secondo, è lo stesso diritto alla nazionalità a venire in discussione, potendo non esserci alcuna privazione di altri diritti, segnatamente di quelli collegati alla nazionalità. Quanto al terzo caso, è di nuovo il diritto alla nazionalità a venire in discussione, in un contesto però in cui esiste una nazionalità formale.

17. L'unica ipotesi in cui potrebbe essere utile il ricorso alla categoria degli apolidi *de facto* sarebbe rappresentata da una situazione non molto dissimile a quella tradizionale, ovvero dal caso di chi, trovandosi al di fuori del Paese di nazionalità, sia privato della protezione internazionale o consolare o anche del diritto di ritorno e soggiorno nel Paese di nazionalità⁵². Pur essendo formalmente cittadini, infatti, le persone private di tali diritti o protezioni, intimamente legati al contenuto stesso della nazionalità, non si trovano nella sostanza in una posizione diversa dagli apolidi *de jure*, come, del resto, riconosciuto dalla giurisprudenza⁵³.

Per il resto, in tutte le altre ipotesi considerate, la categoria di apolidia *de facto* non avrebbe alcuna utilità, essendo le relative situazioni, in buona sostanza, meglio riconducibili a assetti normativi diversi quali quello del diritto internazionale dei diritti umani o del diritto applicabile agli apolidi *de jure*.

V. Gli apolidi *de facto* e il problema della tutela

18. La critica di cui sopra non convince interamente.

Coloro che non godono di una cittadinanza effettiva o godono di una cittadinanza nominale possono trovarsi, nella sostanza, in una posizione non molto diversa da coloro la cui cittadinanza è impossibile da determinare. Certamente, il concetto di cittadinanza nominale non è di agevole definizione. Tuttavia, il problema della soglia a partire dalla quale si può parlare di cittadinanza nominale non va confuso con il problema di identificare la corretta qualificazione delle persone interessate a fini di tutela. In materia, la privazione sistematica dei diritti riconducibili alla nazionalità, ovvero la discriminazione sistematica, può essere una di queste ipotesi⁵⁴.

Al tempo stesso, le persone a cittadinanza indeterminata possono trovarsi in una posizione non molto diversa da quella in cui si trovano i cittadini privati di una cittadinanza effettiva. Se è vero che, in generale, alla base dell'indeterminatezza, vi può essere un problema determinato dall'assenza di una disciplina internazionale in materia di prova, quando si va a esaminare la tipologia di situazioni ascritte alla categoria in esame, ci si rende conto che, in realtà, non si fa riferimento a un problema di questo tipo, quanto piuttosto a situazioni in cui la mancanza o l'impossibilità di prova deriva da violazioni di diritti fondamentali, segnatamente da parte dello Stato di supposta nazionalità. Così, ad esempio, rientrano nell'ipotesi in esame persone che non sono state registrate nel sistema di stato civile o persone la cui registrazione è andata distrutta o persa⁵⁵ o, ancora, persone che hanno difficoltà a provare la

⁵¹ H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 38.

⁵² L. VAN WAAS, *Nationality Matters*, cit., p. 25 ss. Peraltro, la definizione tradizionale è accolta in numerosi documenti, segnatamente dell'UNHCR. Cfr., ad esempio, UNHCR, *Handbook On Protection*, cit., p. 5, secondo cui “*de facto* stateless persons are persons outside the country of their nationality who are unable or, for valid reasons, are unwilling to avail themselves of the protection of that country. Protection in this sense refers to the right of diplomatic protection exercised by a State of nationality in order to remedy an internationally wrongful act against one of its nationals, as well as diplomatic and consular protection and assistance generally, including in relation to return to the State of nationality”.

⁵³ Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione italiana, 28 giugno 2007, n. 14918, secondo cui “la prova della perdita della cittadinanza ben poteva limitarsi alla prova della perdita di quella dello Stato di originaria appartenenza dell'interessato e ben poteva desumersi, anche se non da atti formali, da atti incompatibili con la permanenza di alcuna “protezione” del cittadino”.

⁵⁴ Una tale persona, di fatto, può non essere in condizione di far valere il rispetto dei suoi diritti nei confronti dello Stato che la discrimina sistematicamente.

⁵⁵ Come, ad esempio, accade nel caso in cui la nascita non sia stata registrata o, per i Paesi che si ispirano al criterio dello jus sanguinis, non sia più possibile ricorrere al test del DNA perché i genitori sono deceduti o situazioni simili o, nel caso di dissoluzione di Stati, non sia più possibile determinare la componente dello Stato predecessore con cui esisteva il legame genitivo: H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit. p. 41 s.

propria identità in quanto vittime di traffico o *smuggling* o i cui documenti sono andati distrutti o sono inaccessibili ⁵⁶. Altresì, vi rientrano casi in cui lo Stato interessato non vuole o non è in grado di cooperare all'identificazione dei propri cittadini, non rispondendo alle richieste di altri Stati o alle richieste di assistenza consolare o casi in cui la legislazione nazionale è ambigua o non correttamente applicata, come può accadere nei confronti di particolari minoranze ⁵⁷. In tutti questi casi, appare improprio far ricadere gli effetti delle situazioni indicate unicamente sulla persona interessata, sussistendo in realtà un problema derivante dal mancato godimento di diritti fondamentali.

19. Quanto alla terza ipotesi, non sembra in realtà che il problema sia legato alla contestazione della cittadinanza posseduta di per sé, quanto piuttosto al trattamento subito in conseguenza dell'attribuzione di una nazionalità sulla base di un legame non effettivo.

In definitiva, mentre nel primo caso vi possono essere situazioni che si prestano a essere considerate come equivalenti, nella sostanza, a apolidia *de jure*, nel secondo caso vi possono essere situazioni che si prestano a essere considerate come equivalenti, nella sostanza, a forme di nazionalità non effettiva, mentre nel terzo, di nuovo, vi possono essere situazioni che si prestano a essere considerate come equivalenti a apolidia *de jure*.

Stando così le cose, il problema non sembra tanto quello di incapsulare le persone in esame in una categoria determinata, quanto piuttosto quello di riconoscere che vi sono persone che, pur godendo di una nazionalità o avendo un'aspettativa fondata di averla, sono in una posizione equivalente agli apolidi *de jure* e, quindi, per questa ragione, hanno titolo a godere di entrambi i regimi di tutela, ovvero sia del regime relativo alla tutela effettiva dei diritti collegati alla nazionalità, segnatamente alla luce del principio di non discriminazione previsto dal diritto internazionale dei diritti umani, sia la tutela prevista dal diritto internazionale per gli apolidi e ciò, probabilmente, in base a una scelta individuale dipendente da un apprezzamento personale della propria situazione, alla luce delle circostanze di ciascun caso concreto ⁵⁸. In altre parole, se può avere senso dal punto di vista giuridico porsi il problema del riconoscimento della categoria dei c.d. apolidi *de facto*, è di ammettere che vi possono essere persone che, per le condizioni in cui si trovano, possono beneficiare di un doppio regime di tutela, derivante sia dal fatto di possedere una nazionalità nominale, sia dal fatto di trovarsi in una condizione sostanzialmente equivalente a quella dell'apolidia *de jure* ⁵⁹.

20. La ricostruzione in esame mira a rafforzare la tutela dinanzi alle istanze competenti, segnatamente internazionali. Sotto questo profilo, tuttavia, gli strumenti di tutela appaiono largamente inadeguati. Se è possibile invocare il rispetto dei diritti collegati alla nazionalità e lo stesso diritto alla nazionalità, nei limiti visti, dinanzi alle istanze in materia di tutela dei diritti umani, non è possibile invocare dinanzi a queste ultime le disposizioni poste a tutela dello status di apolide, così come richiedere l'accertamento di tale status, ivi compreso quello di apolide *de facto*, nel senso sopra precisato.

Come è noto, l'art. 11 della Convenzione sulla riduzione prevede che “*the Contracting States shall promote the establishment within the framework of the United Nations, as soon as may be after*

⁵⁶ Situazione che colpisce spesso i minori non accompagnati, in particolare se molto piccoli, non in grado di dare informazioni utili.

⁵⁷ Spesso in nome di una politica deliberatamente discriminatoria. Anche nei casi in cui il rifiuto sia determinato da errore, appare tuttavia improprio fare ricadere ciò unicamente sulla persona interessata, come, ad esempio, nel caso in cui uno Stato non riconosca la propria cittadinanza ritenendo erroneamente che la persona ne abbia acquisito un'altra.

⁵⁸ Così, ad esempio, la vittima di *smuggling* può avere interesse a invocare o un diritto alla nazionalità nei confronti dello Stato ospite, se possibile, o la violazione dei diritti collegati alla nazionalità nei confronti dello Stato di nazionalità nominale. Allo stesso modo, la vittima di violazioni sistematiche dei diritti umani può avere interesse a invocare o il rispetto di tali diritti nei confronti dello Stato di nazionalità nominale, se possibile, o la protezione dovuta agli apolidi *de jure* e/o il diritto alla nazionalità di altro Stato, se possibile. Molto spesso l'una o l'altra opzione dipenderà dal luogo in cui la persona si trova, a seconda cioè che si trovi sul territorio dello Stato di nazionalità nominale o di uno Stato in cui sia riparata. Non pare tuttavia possibile stabilire una correlazione univoca tra le due situazioni e il tipo di pretesa invocabile.

⁵⁹ Non sembra che vi siano motivi per escludere una tale possibilità anche a favore delle persone che rientrano nella categoria tradizionale degli apolidi *de facto* ovvero delle persone che, trovandosi al di fuori dello Stato di nazionalità, mancano della protezione di quest'ultimo Paese, sia perché hanno ragioni valide per rinunciarvi sia perché sono private di tale protezione.

the deposit of the sixth instrument of ratification or accession of a body to which a person claiming the benefit of this Convention may apply for the examination of his claim and for assistance in presenting it to the appropriate authority". Tale organismo tuttavia non è mai stato istituito. L'UNGA si è limitata a attribuire un mandato all'UNHCR che, pur essendosi arricchito nel tempo, è rimasto tuttavia parziale⁶⁰. Pur prevedendo una serie di competenze⁶¹, infatti, tale mandato non prevede meccanismi di monitoraggio sulla corretta attuazione e applicazione della normativa rilevante, né tantomeno la possibilità di ricevere istanze individuali.

Si è osservato che non sarebbe possibile far rientrare nel mandato dell'UNHCR gli apolidi *de facto* che vivono nel paese di nazionalità in quanto "the scope of such a mandate would go beyond the Office's permitted engagement with internally displaced persons (IDPs) – which must be at the request of the Secretary-General or the competent principal organs of the United Nations, with the consent of the State concerned, and must not undermine the institution of asylum – to persons more generally, whether displaced or not"⁶². Si tratta di un'obiezione che non appare convincente nella misura in cui il mandato attribuito all'UNHCR si estende agli apolidi senza ulteriori specificazioni⁶³. Il problema semmai è accordarsi su chi rientra in tale nozione e dare vita a un'istanza internazionale che possa, sulla base di criteri condivisi, sia accertare il possesso di tale qualità, sia prendere in considerazione i bisogni specifici di tale categoria di persone, destinata probabilmente a aumentare ancora nei tempi correnti.

⁶⁰ Già nel 1950, l'UNGA ha incaricato l'UNHCR di occuparsi delle persone apolidi, a condizione tuttavia che fossero anche rifugiate: UNGA, res. 428 (V), *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*, dicembre 1950. Successivamente, ha designato l'UNHCR come organismo di riferimento ai sensi dell'art. 11 sopracitato, prima in via temporanea, poi in via definitiva a partire dal 1976: UNGA res. 3274 (XXIX), A/9631, 10 dicembre 1974, p. 92 s. In seguito alla dissoluzione di diversi Stati nell'Europa dell'Est, l'UNGA ha esteso la protezione anche alle persone apolidi non rifugiate: UNGA, *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: Resolution Adopted by the General Assembly*, A/RES/50/152, 1996.

⁶¹ Quali la registrazione, la determinazione dello status, attività umanitarie, sostegno a iniziative, coordinamento di sforzi, pubblicazione di manuali ad uso degli Stati, organizzazione di campagne mondiali, sostegno alle attività di censimento nazionale e alle procedure di acquisizione della cittadinanza, promozione dell'adesione alle Convenzioni internazionali rilevanti nella materia, sostegno a interventi normativi finalizzati all'eliminazione dell'apolidia.

⁶² H. MASSEY, *UNHCR and De Facto Statelessness*, cit., p. 39.

⁶³ Lo stesso, per la verità, si deve dire delle raccomandazioni allegiate alle due convenzioni sull'apolidia che, almeno nel testo, definiscono la nozione di apolidia *de facto* senza riferimenti al luogo di stabilimento delle persone.

La professio iuris sucesoria cuestionada

Professio iuris in question

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla

Recibido: 12.05.2024 / Aceptado: 27.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8905

Resumen: Las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho convencional pre-existente (art. 351 TFUE y art. 75 RSE) exigen elevarse hasta los principios y fundamentos de las normas pues, en definitiva, las de Derecho internacional privado, y en particular las normas de conflicto, de la UE, instituidas en el art. 81 TFUE, deben cumplir los objetivos y políticas de la Unión enunciadas en el art. 3 TUE, que fundamentan la delegación de competencias -limitada- de los Estados miembros. Para servir de garantía a esas políticas, las soluciones han de responder a unos principios comunes y coordinados. Afirmar que la facultad de designar la ley de la nacionalidad para regir la propia sucesión no es un principio informador del Reglamento Sucesorio Europeo supone desconocer la función que cumple el principio de la autonomía de la voluntad como principio estructural del Derecho internacional privado europeo. Un principio vertebrador de los diferentes instrumentos que articulan la cooperación judicial civil, si bien con unas condiciones y límites que pueden diferir, pero el principio es el mismo.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad, autonomía conflictual, *professio iuris*, Principios de Derecho internacional privado europeo, relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho convencional.

Abstract: The relationships between European Union Law and pre-existing conventional law (art. 351 TFEU and art. 75 Regulation 650/2012) require going up to the principles and foundations of the rules since, in short, those of Private international law, and in particular the conflict rules, of the EU, established in art. 81 TFEU, must comply with the objectives and policies of the Union set out in art. 3 TEU, which support the delegation of -limited- powers from the Member States to the EU. To serve as a guarantee for these policies, the solutions must respond to common and coordinated principles. To affirm that the power to designate the law of nationality to govern one's own succession is not a principle informing the Regulation is to ignore the function played by the principle of autonomy of will as a structural principle of European private international law. A guiding principle of the different instruments that articulate civil judicial cooperation, although with conditions and limits that may differ, but the principle is the same.

Keywords: Private autonomy, choice of Law, *Professio iuris*, Principles of European private international law, relationships between European Union Law and conventional law.

Sumario: I. Introducción. II. La autonomía conflictual como principio. 1. La elección de la ley aplicable principio del Derecho internacional privado europeo. 2. La *professio iuris* sucesoria en el Reglamentos Sucesorio Europeo y los principios del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. III. El asunto C-21/22, OP. 1. Antecedentes de hecho del litigio principal y cuestiones requeridas de interpretación. 2. Las Conclusiones del Abogado General. 3. La Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, en el asunto C-21/22, OP. Conclusiones.

I. Introducción

1. Seleccionar un tema de análisis para rendir tributo al Pfr. CALVO CARAVACA en su septuagésimo aniversario que sea expresivo de las características de su obra es una ardua tarea. Sus trabajos abarcan todas y cada una de las instituciones del Derecho internacional privado, con una contribución tan amplia como profunda. Extensión y profundidad que plasman aportaciones conformadoras de nuestra disciplina a lo largo de sus fecundos años de magisterio. Un magisterio del que he podido disfrutar tanto en mi carrera académica, como en el ejercicio de las responsabilidades públicas que en estos años he desempeñado. En todos esos ámbitos, he encontrado en su ejemplo de honestidad científica un modelo, un impulso y una guía segura.

2. El compromiso de encontrar un tema cuyo análisis sirviera como exponente de su fértil dedicación, me ha llevado a elaborar estas líneas a propósito de una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo desafortunado fallo y errado razonamiento, permiten valorar y reivindicar la aportación de Alfonso CALVO a la ciencia del Derecho. Como analizaremos, se trataba de un asunto que planteaba la duda sobre la compatibilidad del el Reglamento 650/2012 (Reglamento Sucesorio Europeo, RSE, en lo sucesivo) y un Convenio bilateral existente entre Polonia y Ucrania¹. Un conflicto entre la norma convencional y el Reglamento que, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, exigía ponderar el respeto de los compromisos internacionales contraídos por un Estado miembro antes de adoptarse la norma europea y los principios esenciales a ésta. En el caso litigioso el eventual conflicto surgía en concreto sobre el alcance de la *professio iuris*, en cuanto a la delimitación de su ámbito subjetivo: ¿Quiénes son los potenciales titulares de esa prerrogativa? ¿Depende de la cualidad de ciudadano de la UE en tanto que nacional de un Estado miembro? Una respuesta que se subordina a la caracterización -o no- de la *professio iuris* como principio estructural del Reglamento.

3. La Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, según el texto rectificado mediante auto de 9 de enero de 2024, en el asunto C-21/22, *OP*, declara sin ambages ni más precisión, que *no cabe entender que la posibilidad de designar el Derecho aplicable a la propia sucesión sea un principio subyacente al Reglamento n° 650/2012 y, por tanto, a la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión de la que este Reglamento es instrumento*². Afirmación que causa extrañeza, pues es sabido que prácticamente todos los instrumentos en este ámbito de la cooperación judicial civil, pieza esencia del Espacio Judicial europeo, destinan un número importante de disposiciones a regular tanto la elección de la ley aplicable como la elección de la jurisdicción competente.

4. De un plumazo, con escaso fundamento y un razonamiento carente de finura y sin atisbo de sutileza, la naturaleza objetiva de la residencia habitual y de la nacionalidad como puntos de conexión, sirven al TJUE para establecer que la posibilidad de que el causante designe la ley del Estado cuya nacionalidad posea, prevista en el artículo 22 RSE, constituye una excepción a la regla general establecida en su artículo 21³. Esta interpretación altera, de entrada, el juego normal de las conexiones, con manifiesta incongruencia. La *professio iuris* en el Reglamento Sucesorio Europeo es una facultad del testador o disponente que, lejos de ser una extravagancia, goza de preferencia y, en consecuencia, hace subsidiaria a la conexión residencia habitual, que juega como punto de conexión por defecto, según la expresión del propio Tribunal.

5. Nos encontramos ante una situación en la que las cuestiones suscitadas por las complejas

² <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=278536&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1856167>. Vid. Apartado 33.

³ *Ibidem*, Apartados 31 y 32.

relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho convencional preexistente⁴, exigen elevarse hasta los principios y fundamentos de las normas. En particular, las del Derecho internacional privado de la UE instituidas sobre la base del art. 81 TFUE, y en concreto las normas de conflicto, deben cumplir los objetivos y políticas de la Unión enunciadas en el art. 3 TUE. Al fin y al cabo, en el cumplimiento de estos fines y políticas reside el fundamento de la delegación de competencias - limitada- de los Estados miembros a la UE. Para servir de garantía a esas políticas, las soluciones han de responder a unos principios comunes y coordinados⁵. En esta constelación de principios diversos, que requieren una conjugar armónica, se sitúa la clave de la Sentencia que tomamos como punto de partida para nuestra reflexión. Suscita perplejidad la carga paradójica de determinados artificios conceptuales del razonamiento del TJUE en la sentencia referida: unos principios son más principios que otros, los principios si se limitan no son principios y los principios son principios si literalmente funden en el objeto de una norma.

6. Sin poder profundizar aquí en el valor de los principios, recordemos su doble dimensión: ontológica y axiológica; en cuanto manifestaciones del ser del Derecho, integrantes por tanto del sistema de fuentes normativas y como postulados ético-valorativos que inspiran el orden jurídico. La pluralidad significativa que asumen los principios consiente su cualidad intrasistemática e integrativa, informando los motivos para decidir en un determinado sentido. Sucede así con los principios del Derecho internacional privado que, por servir a la realización del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia en tanto que principios incardinados con los que lo sustentan, son también axiomas del Derecho Europeo⁶. El TJUE desconsidera su valor en la Sentencia que nos sirve de motivo para una reflexión guiada por un modo de descubrir y realizar el Derecho que obedece a una concepción *principialista* como la que Alfonso CALVO imprime a su obra y con ello a la doctrina del Derecho internacional privado. Una metodología que busca descubrir los principios en las normas y en las instituciones, no se limita a la mera lógica deductiva, pues huye del ensimismamiento, concilia la abstracción con los requerimientos del caso concreto y estos con los del contexto social, enlazando con precisión el conocimiento del Derecho internacional privado, del Derecho material y del Derecho comparado. Ese exigente ejercicio combinatorio de técnicas y saberes impregna la obra de Alfonso L. CALVO CARAVACA y, gracias a ella, construye una metodología propagada en la doctrina.

II. La autonomía conflictual como principio

1. La elección de la ley aplicable principio del Derecho internacional privado europeo

7. Junto a la pluralidad de fuentes y de instancias de resolución y prevención de litigios, la consagración de la autonomía conflictual es uno de los elementos más característicos del Derecho internacional privado actual⁷. Igualmente, las soluciones del Derecho internacional privado como instrumento del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia se vertebran sobre la autonomía de la voluntad (de los cónyuges, del testador, de las partes, de los litigantes...) para determinar el Derecho aplicable o para decidir si acudirá a una u otra jurisdicción, recurrirá al arbitraje o buscará medios alternativos para

⁴ Sobre la base de lo dispuesto en los arts. 351 TFUE y art. 75 RSE, en nuestro caso.

⁵ Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “El Derecho internacional privado de la Unión Europea y el Derecho internacional privado español. Fuentes y sistema normativo”, en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanc, 2ª edic., 2022, pp. 204 y ss.; WELLER M.-P.: “Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht -eine neue „kopernikanische Wende?“ en STEFAN A.: *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 133-162.

⁶ SCHWEMMER, A. S.: *Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2017, pp. 30 y ss.

⁷ En este sentido, Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “El Derecho Internacional Privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, *op. ult. cit.*, pp. 83 y ss. Cuestionando su validez como principio general, vid. BASEDOW, J.: “Theory of Choice of Law [Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts]”, *RabelsZ*, 2011-1, págs. 32-59, con amplias referencias de Derecho comparado, marcando aquellos sistemas que prohíben la elección de la Ley aplicable.

resolver la controversia⁸.

8. Este principio de regulación, acogido en las normas europeas destinadas a construir el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, consiente a la autonomía privada un potencial regulador, que no se debiera banalizar, cuyos fundamentos racionales se levantan sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10,1 CE)⁹. Idea que con acierto resume CALVO CARAVACA: ... *en materia de Derecho internacional privado lo que priman son los intereses privados y nadie como los particulares está en mejores condiciones para saber qué legislación les interesa y qué intereses quieren tutelar ... la autonomía de la voluntad es, una vez que a través de los Derechos Humanos y de la excepción reducida del orden público se ha defendido lo más importante, el criterio que hoy nos permite hacer trajes a la medida para supuestos a la medida*¹⁰. Para CALVO, la autonomía de la voluntad como conexión general es un elemento definitorio del Derecho internacional privado actual que fomenta la tolerancia y propicia la mejor comunicación entre valores y modelos de organización social¹¹.

9. La noción de autonomía plantea importantes cuestiones epistemológicas que manan de su cualidad política. Para HABERMAS, los sujetos son autónomos en la medida en que puedan entenderse a la vez como autores del Derecho y como destinatarios de éste. En la autonomía se inscribe un principio cardinal que define el tipo de sujeto actuante y se constituye en elemento primordial de la legitimidad del Derecho¹².

10. El problema del reconocimiento a la autonomía privada de un poder creación normativa privada plantea una *contradictio in adjecto*. En su propia formulación, se parte de un reconocimiento, que de inmediato hace surgir la pregunta sobre el sujeto y el objeto este reconocimiento: ¿Qué se reconoce? ¿Quién lo reconoce? ¿A quién se reconoce? Para salir de esa aparente contradicción cabe apelar a la

⁸ Cfr. SCHMITZ, L.J.: *Die Wirksamkeit von Rechtswahlen und Gerichtsstandsvereinbarungen - Kohärenz und Systembildung im Geflecht des Kollisions- und Verfahrensrechts der Europäischen Union*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2023, pp. 10 y ss. Cfr. también, MANSEL, H.P.: „Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts“, en LEIBL, S./ UNBERATH, H.: *Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung?*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013, pp. 241-292.; MAULTZSCH, F.: „Parteiautonomie im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht“ en HEIN, J. VON/ ÜHL, G.: *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 153 y ss. LEIBL, S.: „Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union „Parteiautonomie im IPR, Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?“ en *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, Tubinga, Sellier, 2004, pp. 485-503. Centrados en el Derecho sucesorio y en el Derecho de familia, vid., entre otros, F. STURM, „Parteiautonomie als bestimmender Faktor in internationalen Familien und Erbrecht“, *Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlín, 1985, pp. 637-658.

⁹ Así, Díez Picazo, L.: *En la concepción tradicional, el poder de autonomía privada es una creación de la Ley. Precisamente de ello deriva el poder de la Ley para restringirla o en ocasiones para anularla. ¿Hay hoy en día un fundamento supralegal, o constitucional, de la libertad contractual y de la autonomía privada? En la Constitución española no es fácil dar respuesta a este interrogante, pues ninguno de los preceptos constitucionales parece referirse a esta cuestión. Los elementos procedentes de una concepción liberal, en nuestra Constitución, quedan muy modulados por los emanados de una concepción social o de la regla de un Estado del bienestar. Aunque la pregunta queda abierta, creo que el reconocimiento de un poder de autonomía privada o de creación normativa privada está anclado en la Constitución en el art. 10 y en el reconocimiento de la dignidad de la persona, porque solo se reconoce la dignidad de la persona si se le permite autorregular sus marcos de intereses*, Díez Picazo, L.: “La Ley y la potestad normativa privada”, López Pina, A. *Democracia representativa y parlamentarismo*, Madrid, Publicaciones del Senado, 1994, p. 83.

¹⁰ CALVO CARAVACA, A. L.: “El Derecho internacional privado multicultural y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, n.º 7847, Sección Tribuna, 27 Abr. 2012, núm. 20 y ss.

¹¹ CALVO CARAVACA, A.L.: “La autonomía de la voluntad como principio informador del Derecho internacional privado en la sociedad global”, en CGN, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios conmemorativos del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Madrid, 2012, Tomo V, pp. 167-294, pp. 182 y ss. Cfr. también Basedow, J.: “The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws”, *R. des C.* 360, 2013, n.ºs. 183 y ss., en traducción española de Puig Stoltenberg, T.: *El Derecho en las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Legis, 2017, pp. 11, 108 y ss.; para las sucesiones, pp. 247 y ss.

¹² HABERMAS, J.: “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, en HABERMAS, J./RAWLS, J.: *Debate sobre el Liberalismo Político*, Barcelona, Paidós, 1998, pág. 69 y pág. 95. *In extenso*, cfr. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta. 6.ª edic, 1998.

frontera entre la dimensión individual y la dimensión normativa de la autonomía privada¹³. Sobre esta diferenciación se puede excusar la cuestión de la autonomía de la voluntad como fuente del Derecho y de su posición jerárquica entre las mismas, para centrarnos en la autonomía privada como poder de regulación cuyos efectos aprehenden no sólo al disponente o a las partes, sino también a terceros. El respeto al individuo se traduce en el respeto a su autonomía reglamentaria¹⁴.

11. La autonomía conflictual es la facultad jurídica atribuida al disponente o a las partes, resultante de una declaración de voluntad, de un acuerdo o de una conducta concluyente, para determinar qué Ordenamiento jurídico será aplicable al acto o negocio jurídico de que se trate. Una facultad que precede y difiere de la autonomía privada en tanto que autorregulación de intereses¹⁵. Así conceptualizada, la autonomía conflictual comprende todos aquellos supuestos en que se reconoce esta facultad de elegir la Ley aplicable. Al tiempo que permite diferenciarla de la denominada autonomía material o facultad autocompositiva, ejercida ahora en el marco del Ordenamiento aplicable, incluso mediante remisión o incorporación de normas pertenecientes a otro Ordenamiento diferente, siempre en los límites del *ius cogens* del Derecho elegido.

12. Al margen de su origen histórico¹⁶, cabe preguntarse cuáles son las razones que en la actualidad justifican dicha solución, cuál debe ser su ámbito, sus fundamentos y a qué intereses responde. En esta perspectiva se podrá comprender el fundamento y función de la autonomía privada para regular las relaciones conectadas con más de un ordenamiento jurídico. Una comprensión que, a su vez, vendrá condicionada por la previa respuesta a la pregunta acerca de la función que corresponde cumplir a la propia norma que reconoce la facultad autorreguladora. Permitir elegir una de entre las varias posibles leyes para regular (localizar) una determinada relación privada internacional supone mucho más que la solución a un dilema¹⁷.

13. La doctrina más autorizada conceptúa el Derecho internacional privado como el sector del Ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales, recurriendo para ello a diferentes métodos¹⁸. Frente a esta concepción contemporánea se han defendido otras que laten en las diferentes posiciones acerca de la autonomía conflictual. Así, en el pa-

¹³ Vid. SALVADOR CODERCH, P./AZAGRA, A./FERNÁNDEZ, A.: “Autonomía priva, fraude de Ley e interpretación de los negocios jurídicos”, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/229_es.pdf

¹⁴ Vid. WELLER, M.-P.: “La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, consideration”, *R des C* (427), 2022, pp. 171 y ss.

¹⁵ Cfr. KELLER, M.: “Verhältnis zwischen materiellen Privatrecht und Internationalen Privatrecht“, *SJZ*, 68, 1972, págs. 65-74, especialmente p. 66.

¹⁶ Nacida en el ámbito de los contratos, por todos, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional” en CGN, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios conmemorativos del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Madrid, 2012, Tomo V, pp. 603-767, pp. 605 y ss., su aceptación es prácticamente universal, cfr. O LANDO, “Contracts,” en *International Encyclopedia of Comparative Law III: Private International Law* (1976), Capítulo 24, pp. 14-32; y hoy se entiende como postulado, vid. MANSEL, H.P.: „Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts“, loc. cit. pp. 137, 161 y 174 y ss.; cuya virtualidad se extiende paulatinamente a otros ámbitos. Por lo que respecta al Derecho de sucesiones, vid. en la doctrina alemana, DOLLE, H.: “Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht“, *RabelsZ*, 30 (1966), pp. 218 y ss.; HOTZ, K.P.: *Die Rechtswahl im Erbrecht im interkantonalen und internationalen Verhältnis*, Zurich, Schulthess, 1969, p. 107; BEITZKE, G.: *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1981, p. 67. En contra, KÜHNE, G.: *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Giesecking, Bielefeld, 1973, pp. 56 y ss.

¹⁷ Así, por todo, CALVO CARAVACA, op. ult. cit. pp. 300 y s.

¹⁸ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “El Derecho Internacional Privado: Concepto, caracteres, objeto y contenido”, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado de Derecho internacional privado*, cit., vol. 1, pp. 145 y ss. Cfr. También, entre otros, GAUDEMET-TALLON, H., «Le pluralisme en Droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)», *R des C*, 312 (2005), págs. 9-488; JACQUET, M., «La fonction supranationale de la règle de conflit de lois», *R des C*, 292 (2001), págs. 147-248; JAYME, E., «Private International Law at the Turn of the Century», *R des C*, 282 (2000), págs. 9-40; PAMBOUKIS, CH. P., «Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé», *R des C*, 330 (2007), págs. 9-47; WELLER, M.-P.: “La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, consideration”, *R des C* (427), 2022, pp. 122 y ss.

sado se consideró que el Derecho internacional privado resolvía un problema entre Estados al delimitar el ámbito de aplicación espacial de las leyes de los distintos países, con lo que la justificación de la facultad concedida a los particulares para resolver esa cuestión de competencia entre leyes se argumentaba como solución posible sólo y en la medida en que el legislador estatal fuera incapaz de ofrecer una respuesta más idónea. Igualmente, pretérita es la concepción normativista del Derecho internacional privado, concebido como *ius supra iure* cuya virtualidad reside en determinar la norma, nacional o extranjera, aplicable a una situación jurídica dada, incluso cuando la misma no presenta vinculación con más de un Estado.

14. La autonomía conflictual es considerada por un sector doctrinal como un criterio para resolver los conflictos de leyes en el espacio¹⁹. Esta consideración es tributaria de una visión *ius* publicista de la función que cumplen las normas de conflicto. Si éstas funcionan como normas sobre normas que delimitan el ámbito de aplicación de éstas, difícilmente podría anclarse la facultad de determinar el Derecho aplicable en el reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Y, en consecuencia, el ejercicio de la autonomía conflictual sólo cumpliría la función de localizar el acto o negocio de que se trate en el Ordenamiento competente, lo que presupone que la ley del foro delega en ellas esa función, claudicando ante la falta de una solución mejor: el soberano cede su prerrogativa²⁰.

15. Frente a este planteamiento, una concepción reguladora del Derecho internacional privado encauza a la autonomía conflictual en la misma senda que la autonomía material, que parte de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No estaremos ya ante una solución a la que el legislador se rinde, sino ante la garantía de un valor digno de protección. La autonomía privada, entraña del Derecho que regula las conductas de los particulares, extiende su ministerio para desplegar su función en aquellas relaciones jurídicas que no se desenvuelven en los límites de un único Ordenamiento jurídico. Y serán reguladas por aquel Derecho que la voluntad del disponente o de las partes determine. La autonomía de la voluntad procura un despegue *regulador* sobre cuyos fundamentos racionales *se edifican opciones de vida y cultura, se construye una mejor comunicación entre los valores, las culturas y los modelos de organización social*²¹. También se maximizan los efectos positivos del mercado global²² que, tras la crisis financiera de 2008 y la pandemia de la COVID-19, superpone los intereses públicos al individualismo. Superposición que sin renunciar a las ventajas de su eficiencia como conexión, se sujeta a límites para corregir los fallos del mercado y se ordena para servir a las políticas sociales, mediante un compromiso político que responda a los desequilibrios no sólo mediante *leyes de policía* y normas de conflicto unilaterales²³, si no también mediante una mejor regulación sustantiva de los requisitos para la elección de la ley aplicable que aseguren el consentimiento informado y el equilibrio de la capacidad negociadora.

2. La *professio iuris* sucesoria en el Reglamento Sucesorio Europeo y los principios del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

16. Según algunos cálculos, cada año se sustancian en la UE más de medio millón de herencias transnacionales. Y creciendo, por el aumento movilidad de las personas, el incremento de las familias internacionales y transnacionales y la frecuencia con que el patrimonio personal se localiza en diferentes Estados. En esta situación, el Reglamento Sucesorio Europeo ofrece soluciones plausibles para los problemas que surgen en las sucesiones internacionales, con respuestas a las cuestiones relativas a la com-

¹⁹ Vid. KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*. 3.ª edic., 1971, pág. 255.

²⁰ BEALE, J.: "What Law Governs the Validity of Contracts? (parte 3ª)", *Harvard-L.Rev.*, 23 (1910), pp. 260-272.

²¹ BIAGIONI, G.: "Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel Diritto dell'Unione Europea", *CDT*, 2010-2, pp. 16-32.

²² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional», *Diario La Ley*, n.º 7847, *Sección Tribuna*, 27 Abr. 2012, n.º 13. Con mayor profundidad, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La autonomía de la voluntad en la contratación internacional» en CGN, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios conmemorativos del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Madrid, 2012, Tomo V, pp. 603-767, pp. 753 y ss.

²³ WELLER, R *des C*, 2022, cit., pp. 113 y ss. y pp. 161 y ss.

potencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de resoluciones en el ámbito de la sucesión *mortis causa* orientadas a los principios de seguridad jurídica, previsibilidad y estabilidad, especialmente en aquellos supuestos en que una persona planifica su sucesión. Principios tan íntimamente relacionados con los principios de libertad de circulación, unidad de mercado y reconocimiento mutuo que instauran las bases de la cooperación judicial civil en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

17. El Reglamento Sucesorio Europeo requirió un largo y complejo proceso de elaboración²⁴. Hubo que transitar un largo y sinuoso recorrido hasta alcanzar las soluciones que recoge, basadas muchas veces en un compromiso de equilibrio entre modelos contrapuestos o divergentes²⁵. La elaboración del Reglamento estuvo presidida por un amplio debate y precedida de una profunda discusión doctrinal²⁶. Al fin y al cabo, las sucesiones han sido y continúan siendo el *sandbox* por excelencia de las soluciones del Derecho internacional privado. Tan es así que probablemente sea el instrumento europeo en el ámbito de la cooperación judicial civil que más atención merece por parte de la doctrina y la jurisprudencia²⁷. Sus resultados no pueden considerarse plenamente satisfactorios, entre otras razones, porque no acaban de solventar adecuadamente las respuestas a las necesidades de las personas que aspiran a planificar su sucesión en un contexto marcado por la libre circulación y la unidad de mercado.

18. El compromiso, en sede de determinación de la ley aplicable, se vertebra sobre cuatro principios: primero, la unidad de la sucesión; segundo, la admisión de la posibilidad de elegir como aplicable a la sucesión la ley nacional del testador o disponente (*professio iuris*)²⁸; tercero, a falta de elección, la conexión objetiva a la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento; y cuarto, la previsión de la aplicación del principio de mayor proximidad, arbitrado como cláusula de escape para que en determinados supuestos la ley de la residencia habitual del causante ceda frente a la ley que presente vínculos significativamente más estrechos con la sucesión²⁹. Estos cuatro principios no se conciben de manera absoluta ni funcionan *more geométrico*. La unidad de la sucesión admite excepciones. La autonomía de la voluntad del causante se restringe a la ley nacional al tiempo de la elección o al tiempo del fallecimiento; la residencia habitual se circunscribe a la del momento del fallecimiento y se perimetra con la cláusula de escape (vínculos más estrechos).

19. En el Reglamento Sucesorio Europeo el punto de conexión primero y prevalente para designar la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* es la elección por el causante de la ley de su nacionalidad: *cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento* (art. 22.1). Discrepo de quienes afirman que

²⁴ Para los antecedentes inmediatos del Reglamento, vid. DEUTSCHES NOTARINSTITUT: *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation*, Würzburg, 2004.

²⁵ Sobre los diferentes modelos vigentes en los Estados miembros, entre los que debía optar el Reglamento, por todos, vid. LAGARDE, P.: "Présentation de la proposition de règlement sur les successions", en KHAIRALLAH, G./REVILLARD, M. (dir.): *Perspectives du droit des successions européennes et internationales. Étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Paris, Defrénois, 2010, pp. 10-14, y "Présentation du règlement sur les successions" en KHAIRALLAH/REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, pp. 9-14.

²⁶ En particular, respecto del debate doctrinal sobre la *professio iuris*, vid. FONTANELLAS MORELL, J.M.: *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 115 y ss., con amplias referencias bibliográficas.

²⁷ Vid., por todos, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014; FONTANELLAS MORELL, J.M.: *La professio iuris sucesoria*, op. cit., especialmente pp. 101 y ss.; "El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones. Aspectos de Derecho internacional privado", *REDI*, 2013, vol. 65, pp. 284-290; "Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión", *CDT* 2010, vol. 10, nº 2, pp. 376-408.

²⁸ Vid. El análisis crítico sobre la regulación de la *professio iuris* en el informe del MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW: "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession" *RebelsZ* 74 (2010), pp. 522-720, especialmente, pp. 606-613; aunque algunos autores quizá de manera algo confiada la consideran *profundamente liberal*, así, por todos, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio Europeo ... op. ult. cit.*, p. 121.

²⁹ Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El Reglamento Sucesorio Europeo*, op. cit., pp. 113 y ss. Otra perspectiva, focalizada en los intereses en juego es la adoptada por FONTANELLAS, *La professio iuris*, op. cit., pp. 247 y ss.

la primera conexión del RSE no es, en realidad, la autonomía de la voluntad sino la nacionalidad del causante³⁰. Ciertamente que la elección se condiciona y se limita en los términos del art. 22 RSE, pero la nacionalidad sólo rige como conexión si es elegida por el testador o disponente. La elección de la ley aplicable es -con todas sus limitaciones- la conexión primordial³¹, a través de la cual el causante procede a su ubicación en un concreto ordenamiento jurídico³².

20. Acertadamente ha señalado CARRASCOSA GONZÁLEZ que con esta opción el legislador europeo materializa, *prima facie*, principios claves del Derecho conflictual³³. Así, en primer lugar, el principio de proximidad enfocado al causante y a la minoración de costes, especialmente los de información y los asociados a la litigiosidad, pues los eventuales conflictos que pudieran surgir versarán sobre el fondo, no sobre el Derecho aplicable³⁴. De este modo se auspicia la previsibilidad y la estabilidad legal de la sucesión *mortis causa*, en definitiva, la seguridad jurídica³⁵. Siendo la seguridad jurídica un principio esencial para garantizar la libre circulación de personas, consolidar el mercado único y construir el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia³⁶. De manera que los principios del Derecho internacional privado se enlazan con los que vertebran, articulan y construyen el Espacio Judicial Europeo. Unos y otros se conjugan y ordenan para lograr un objetivo conciliado.

21. Nótese que, en la arquitectura del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, permitir al ciudadano decidir mediante su elección la Ley aplicable para regir los complejos problemas jurídicos de su vida personal, familiar y profesional es el punto de conexión principal retenido por la práctica totalidad de los Reglamentos europeos³⁷. Así, el art. 22.1 del RES acoge a la autonomía de la voluntad del testador o disponente en la égida de la solución primordial de otros Reglamentos, como el Reglamento Roma I -obligaciones contractuales- (art. 3 y Considerando 11), el Reglamento Roma II -obligaciones extracontractuales (art. 14 I); el Reglamento Roma III -divorcio y separación judicial- (arts. 5 a 7), el Reglamento 4/2019 cuyo art. 15 incorpora el Protocolo de La Haya sobre alimentos de 23 noviembre 2007 (art. 8), el Reglamento sobre regímenes matrimoniales (art. 22) o el Reglamento sobre efectos patrimoniales de parejas registradas (art. 22). Es decir, con la excepción del Reglamento de insolvencia, prácticamente todos los Reglamentos, sea en materia patrimonial o no patrimonial, acogen la elección la ley como conexión principal para determinar el Derecho aplicable. Por lo que puede calificarse de principio estructural³⁸. Con un espectro más o menos amplio, la autonomía de la voluntad cumple una función que, en lo esencial, sirve a la seguridad jurídica, a la previsibilidad y a la continuidad de las relaciones que, a su vez, coadyuvan al principio de libre circulación de personas, auxilian a la eficiencia del mercado interior y sustentan al principio de reconocimiento mutuo.

22. Con la libertad de elegir la ley aplicable, exponente de la autonomía privada, se da respuesta a las exigencias del derecho de libre circulación, expresión del principio a la libre determinación inherente a la ciudadanía de la Unión, con una solución flexible y suficientemente adecuada al respeto de la pluralidad de intereses de los ciudadanos que circulan libremente en un marco de seguridad jurídica que

³⁰ En este sentido, vid. DAVI, A.: “L’autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d’une future réglementation européenne”, *RDIPP*, 2004, pp. 473-498.

³¹ JAYME, E.: “Party Autonomy in International Family and Succession Law”, *YPIL*, 2009, pp. 1-21; PFEIFFER, M.: “Legal certainty and predictability in international succession law”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 566-586.

³² Vid. Considerando 23 del RSE: cf. SCHWEMMER, op. cit. pp. 76 y ss.

³³ Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo* op. cit., pp. 126 y ss.

³⁴ SCHWEMMER, op. cit. pp. 64 y ss.

³⁵ Vid. A. BONOMI, *Article 22*, en A. Bonomi/P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruselas, Bruylant, 2016, p. 326.

³⁶ A. DAVI / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *CDT*, vol. 5-II, 2013 (www.uc3m.es/cdt).

³⁷ Propugnando una concepción unitaria, vid. KROLL-LUDWIG, K.: *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Tubina, Mohr Siebeck, 2013. Vid. BIAGIONI, G.: “Tecniche internazionali privatistiche fondate sulla volontà delle parti nel Diritto dell’Unione Europea”, *CDT*, 2010-2, págs. 16-32.

³⁸ Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, op. cit., pp. 12 y s

encuentran una solución eficiente que bajo condiciones y con los límites que establecen los Reglamentos supera las deficiencias del mercado, en especial, con previsiones para garantizar la posición de los más débiles. Entre ellas se encuentra la limitación de las leyes elegibles, llevada al máximo para regular las sucesiones al limitarla a la ley de la nacionalidad³⁹.

23. El causante, sólo y exclusivamente el causante puede decidir si a su sucesión *mortis causa* se aplicará la Ley de su nacionalidad o la Ley de su residencia habitual⁴⁰. Conexión esta última no exenta de dificultades en algunas circunstancias y en la que se puede reconocer una sensibilidad respecto de la autonomía personal⁴¹. Por cierto, eligiendo la residencia habitual, el causante también estará determinando la ley aplicable, una derivada en la que no podemos entrar aquí, aunque apuntemos que bajo esa elección indirecta se ha de verificar si es o no fraudulenta⁴².

24. La elección de la ley aplicable a la sucesión en los términos del art. 22 RES, confundida con la *professio iuris*, responde también a *policies* coincidentes con las del Derecho material⁴³. En particular el carácter predominantemente patrimonial de la sucesión⁴⁴ y la libertad testamentaria⁴⁵. Entre la *professio iuris* y la libertad de testar existe una afinidad⁴⁶, muchas veces ensombrecida por el debate acerca del gran tótem de la regulación de las sucesiones: las legítimas, reservas hereditarias y demás restricciones a la plena libertad dispositiva del testador, especialmente a favor de los hijos⁴⁷. De modo que se podría establecer una correspondencia entre la elección de la ley nacional y un régimen de disposición más amplio, no constreñido por las legítimas. Al margen de tales consideraciones, la correlación de fundamento no es óbice a que la designación de la ley aplicable preceda a la delimitación de la libertad de testar, por lo que los límites a los que aquella se somete suponen una solución de equilibrio.

25. Para la *professio iuris* el margen de elección tan limitado implica una rigidez no siempre adecuada a las necesidades de las personas que circulan libremente en la Unión, erigen en ella su patrimonio y desean planificar su sucesión. Esta limitación, quizá excesiva, de las leyes elegible expresa un principio de mínimo contacto y previene la protección de las expectativas de los legitimarios y demás herederos forzosos. Debiendo subrayarse que éstos no tienen un derecho hasta que no se produce el fallecimiento del causante. Las legítimas y las reservas hereditarias son derechos de origen legal a favor de unas personas determinadas por la ley con independencia de la existencia o no de un testamento, y que cuando hay testamento el contenido de su derecho variará en función de la voluntad del testador y de los legitimarios que concurran en los términos fijados por la ley que resultase aplicable. Solo podemos dejar apuntadas aquí las grandes diferencias existentes entre los diferentes Ordenamientos respecto de las limitaciones de la libertad de testar y la configuración de las legítimas, de las que son paradigmáticas las vigentes en los Derechos civiles de nuestro país, así como el debate social acerca de su configura-

³⁹ SCHWEMMER, op. cit., pp. 67 y ss.

⁴⁰ En los límites de este análisis esta referencia comprende también a los testamentos mancomunados, pactos sucesorios y cualquier otra disposición *mortis causa*. Lo relevante, lo único relevante, es la voluntad del causante. Vid. FONTANELLES, *La professio iuris*, op. cit., pp. 208 y ss.

⁴¹ Cfr. WELLER, M.-P.: “Der ‘gewöhnliche Aufenthalt’ – Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff”, en LEIBLE, S./ UNBERATH, H.: *Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung*, op. cit., pp.293-324.

⁴² Vid. NORTH, P.: “CHOICE IN CHOICE OF LAW”, *Essays in Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 172 y ss.; SCHWEMMER, op. cit., pp. 76 y ss.

⁴³ FONTANELLES, op. cit., pp.194 y ss.

⁴⁴ Vid. GUZMÁN ZAPATER, M.: “Sobre el futuro de las sucesiones internacionales en la Unión Europea”, *El Notario del siglo XXI*, nº 31, mayo-junio 2010, en <http://www.elnotario.com/>.

⁴⁵ Vid., en el plano sustantivo DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Autonomía privada y Derecho de sucesiones”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, op. cit., T. I, pp 513-542.

⁴⁶ Vid. FONTANELLES, loc. cit., pp. 392 y ss.

⁴⁷ Recordar que serán o no constitucionales, así para el Derecho alemán vid. la sentencia del *BVerfG* de 19 de abril de 2005, pero no son de orden público. Así, considerando 54 del RES, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos”; *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, pp. 143-202. Sobre el debate en España, vid. VERDERA SERVER, R.: *Contra las legítimas*, Madrid, FN, 2022, pp. 69 y ss.

ción, límites y beneficiarios⁴⁸. No obstante, los potenciales legitimarios o beneficiarios de las reservas no tienen un derecho general e incondicionado a la herencia de una parte de los bienes⁴⁹. Podrán tener una expectativa digna de protección. En particular, la limitación de la posibilidad de elegir la ley aplicable a las sucesiones cumple este designio⁵⁰.

24. La coherencia de los fundamentos entre la libertad (aunque sea limitada) de elegir la ley aplicable a la sucesión y la libertad de testar (más o menos limitada por la ley aplicable a la sucesión)⁵¹, no fue tenida en cuenta, ni siquiera remotamente, por el TJUE en la sentencia que luego analizaremos. Ciertamente que el litigio origen de la Sentencia no planteaba ningún conflicto en ese orden. Pero no es menos cierto que la negativa del TJUE a considerar la *professio iuris* un principio esencial del Reglamento Sucesorio Europeo, hubiese requerido un análisis más cuidadoso. El TJUE, con el debido respeto, pasa superficialmente sobre la cuestión. Las inanes razones que sustentan su pronunciamiento prescinden de las reglas, tópicos, *policies* y principios del Derecho internacional privado europeo, que tanto sirven a la construcción europea. Resulta por ello de interés analizar con detalle la Sentencia.

III. El asunto c-2i/22, op.

25. Si observamos el supuesto que dio origen al planteamiento del recurso prejudicial resulta llamativa la ligereza con la que el Tribunal posterga la acrisolada doctrina sobre la *professio iuris* sucesoria⁵², prescinde cualquier consideración acerca de la elección tácita (art. 22)⁵³, y desdeña las razones para la aplicación anticipada de las disposiciones del Reglamento *ex art.* 83, que se resumen en la preservación de la voluntad del testador⁵⁴. Resulta especialmente llamativo que en esta decisión el TJUE descarta sus propias líneas argumentales sobre la función que cumple el principio de la autonomía de la voluntad en el contexto de la cooperación judicial civil. Una depurada jurisprudencia con una argumentación elaborada y reafirmada, entre otras, en una resolución del mismo Tribunal coetánea de la que analizamos. Nos referimos a la sentencia de 8 de febrero de 2024, en el asunto C-566/22, *Inkreal*⁵⁵. En esta Sentencia, aunque en sede de competencia judicial, el TJUE inscribe el respeto a la autonomía de la

⁴⁸ Vid. Orden de 4 de febrero de 2019 del Ministerio de Justicia por la que se encomienda a la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación el estudio del régimen sucesorio de las legítimas y de la libertad de testar, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803576-Orden_de_4_de_febrero_de_2019_por_la_que_se_encomienda_a_la_seccion_de_derecho_civil_de_la_comisio.PDF; Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *Tendencias reformistas en el Derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de legítimas*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020

⁴⁹ Así lo ha establecido reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica*, apartados 52 y 53; vid. también SS.TEDH de 13 de enero de 2004, *Haas c. Países Bajos*, apartado 43, de 22 de diciembre de 2004, *Merger et Cross c. Francia*, apartado 47, de 15 de diciembre de 2004, *Pla et Puncernau c. Andorra* apartado 26.

⁵⁰ SCHWEMMER, op. cit., p. 151.

⁵¹ Correlación que no identidad, por todos, vid. KELLER, M.: „Verhältnis zwischen materiellen Privatrecht und Internationalen Privatrecht“, *SJZ*, 68, 1972, pp. 65-74.) y FONTANELLAS, *La professio iuris*, op. cit., pp. 194 y ss., con abundante bibliografía.

⁵² Un completo catálogo, en FONTANELLAS, *CDT*, cit. pp. 381 y ss., con citas.

⁵³ Vid. FONTANELLAS MORELL, J.M. “La Forma de la designación de ley en la propuesta de Reglamento Europeo en materia de sucesiones. Revista Española de Derecho Internacional [2011, LXIII(2), pp.127–136, <http://www.revista-redi.es/es/articulos/la-forma-de-la-designacion-de-ley-en-la-propuestade-reglamento-europeo-en-materia-de-sucesiones/>; CASTELLANOS RUÍZ, E.: “La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones. *Revista de Derecho Patrimonial* 2019, (50); YBARRA BORES, A.: “La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012”, *CDT* 2018, 10(1), 466-488. Para la errática praxis de la DGSJyFP (DGRN en su denominación legal). vid. Resolución de 28 de agosto de 2020, con cita de las resoluciones anteriores, BOE N° 257 de 28 de septiembre de 2020, pp. 81687-818698.

⁵⁴ Vid. Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2021, C- 277/20, *UM*, Apartados 38 y 39; y de 16 de julio de 2020, C-80/19, Apartados 88 y 92.

⁵⁵ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=282586&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=198694>. El TJUE concede a la autonomía de la voluntad plasmada en un acuerdo atributivo de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidas las partes contratantes valor suficiente para internacionalizar el litigio. A juicio del Tribunal la existencia tal acuerdo demuestra, por sí misma, la incidencia transfronteriza del litigio principal, una interpretación que se funda en el respeto de la autonomía de las partes y de refuerzo de la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro. Vid. Apartados 25 y ss.

voluntad en los objetivos de seguridad jurídica y previsibilidad inherentes a la cooperación judicial internacional en materia civil, reconociendo a la autonomía de las partes el ámbito más amplio concebible, en atención a su contribución a la previsibilidad y, por ende, de seguridad jurídica⁵⁶.

1. Antecedentes de hecho del litigio principal y cuestiones requeridas de interpretación

26. En la situación que da origen al recurso prejudicial concurren el Reglamento Sucesorio Europeo y un Convenio bilateral entre Polonia y Ucrania sobre asistencia y relaciones judiciales en materia civil y penal, de 24 de mayo de 1993, por lo que debe decidirse cuál de ellos prevalece. Si prevalece el RES, en su testamento la testadora podría optar por la ley de su nacionalidad (ucraniana), como rectora de su sucesión en su conjunto. Si prevalece el Convenio bilateral, la testadora carecería de esta opción, pues el Convenio guarda silencio acerca de la elección de la ley aplicable.

27. Las cuestiones prejudiciales sometidas al TJUE se suscitan ante la negativa de una notaria polaca a autorizar el testamento de una ciudadana (*OP*) de nacionalidad ucraniana residente en Polonia, donde es copropietaria de un inmueble, con una cláusula que designa el Derecho ucraniano como Derecho aplicable a su sucesión. La negativa de la notaria se basaba en que únicamente los nacionales de los Estados miembros de la Unión tienen la facultad de designar su ley nacional como rectora de la sucesión. Además, entendió que en virtud de la reserva del artículo 75.1 del RES⁵⁷, prevalece en todo caso el Convenio entre Polonia y Ucrania. El artículo 37 de este Convenio dispone que el Derecho aplicable en materia de sucesiones para los bienes muebles es el Derecho del Estado de la nacionalidad del causante y para los bienes inmuebles, el Derecho del Estado en el que estén situados. En consecuencia, la notaria consideró que, en lo referente a los bienes inmuebles situados en Polonia de propiedad de la testadora, el Derecho polaco sería aplicable a su sucesión. Al margen de otras consideraciones, es obvio que la interpretación de la notaria daría lugar a una fragmentación del régimen jurídico aplicable a la herencia de la Sra. *OP*, incompatible con el principio de unidad de la sucesión⁵⁸.

28. La testadora, la Sra. *OP*, interpuso recurso ante el *Sąd Okręgowy w Opolu* (Tribunal Regional de Opole, Polonia), contra la decisión denegatoria de la notaria por considerar que se sustentaba en una lectura errónea del RSE, pues su artículo 22 permite a *una persona* designar como ley aplicable a su sucesión la ley de su país. Adujo asimismo que como el Convenio bilateral no regula la elección de la ley aplicable a la sucesión, no sería incompatible con dicho Convenio aplicar el artículo 22 del RES.

29. El Tribunal Regional de Opole suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) *¿Debe interpretarse el artículo 22 del Reglamento no 650/2012 en el sentido de que una persona que no sea ciudadana de la Unión Europea está autorizada a elegir su ley nacional como ley que regirá la totalidad de la sucesión?*

⁵⁶ *Ibidem*, Apartado 29: *En efecto, por un lado, en la medida en que las partes de un contrato establecidas en el mismo Estado miembro pueden acordar válidamente la competencia de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro para conocer de los litigios surgidos de ese contrato, sin que sea necesario que dicho contrato presente vínculos adicionales con ese otro Estado miembro, tal posibilidad contribuye a garantizar que el demandante conozca el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, que el demandado prevea ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado y que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la demanda esté en condiciones de pronunciarse fácilmente sobre su propia competencia.*

⁵⁷ Cuyo fin es preservar su compatibilidad las obligaciones que se deriven de los acuerdos celebrados por los Estados miembros con terceros Estados

⁵⁸ Auténtico e in cuestionado principio inspirador del RES. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ op. cit. pp. 12 y ss.; LAGARDE, P.: “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 2012, pp. 691 a 732; VON OVERBECK, A.E., : “La *Professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gante, 1965, pp. 1085-1112. Sorprende la ligereza con la que el AG desdeña este depurado método, poniendo en duda su valor.

2) *¿Debe interpretarse el artículo 75 del Reglamento [n° 650/2012] en relación con el artículo 22 del citado Reglamento en el sentido de que cuando un tratado bilateral que vincula a un Estado miembro con un tercer Estado no regule la elección de la ley para una sucesión, pero sí designe la ley aplicable a una sucesión, podrá un ciudadano de dicho tercer Estado que resida en un Estado miembro que se encuentre vinculado por el citado tratado bilateral elegir la ley aplicable?*

En el procedimiento presentaron observaciones además de la notaria, la Comisión Europea y los gobiernos de Polonia, España y Hungría⁵⁹.

30. En puridad, la primera cuestión carece del más mínimo sentido. El principio *in claris non fit interpretatio* llevó al TJUE a pedir al Abogado General que limitase sus conclusiones a la segunda de las cuestiones. Ésta no es más que un problema de prevalencia de normas: el Reglamento Sucesorio Europeo que especialmente contempla la ley aplicable a las sucesiones permitiendo al testador elegir su ley nacional o un Convenio bilateral que establece un régimen fragmentado para la ley aplicable a la sucesión y guarda silencio sobre la elección de la ley aplicable a las sucesiones. El Gobierno polaco, en los apartados 27 a 30 de sus observaciones, sostiene que aquel Convenio se limita a reproducir el *statu quo* en materia de ley aplicable a la sucesión en la época de su celebración; la ausencia de cualquier referencia a la elección de ley indicaría, simplemente, que no regula esta cuestión. Estas observaciones tienen especial valor, pues la defensa de la *professio iuris* sucesoria en el caso conllevaría la no aplicación del Derecho polaco como ley de la situación del inmueble, auténtico tabú de los sistemas sucesionistas como clara expresión del principio de soberanía⁶⁰, en pro de la aplicación del Derecho ucraniano, con la consiguiente ruptura de la unidad *fórum-ius*, que el RSE propicia, aunque no de manera absoluta. El órgano judicial de reenvío no se pronunció claramente a este respecto. La notaria, la Comisión y el gobierno húngaro, en sus observaciones coincidieron en opinar que el silencio del Convenio implicaría una proscripción de la *professio iuris* sucesoria. El Abogado General se alineó determinadamente con esta tesis, sin más justificación. Como así lo reconoce el mismo AG en sus observaciones, este pronunciamiento debiera ser considerado improcedente, pues esa decisión hubiese correspondido al órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial⁶¹.

2. Las Conclusiones del Abogado General

31. El artículo 75 del reglamento Sucesorio Europeo regula sus relaciones con los convenios internacionales vigentes que versen sobre las materias que en él se regulan. Se trata de una disposición habitual en los instrumentos europeos sobre la cooperación judicial en materia civil y mercantil, que se enmarca en la cuestión más general de la interacción del Derecho de la UE y el Derecho convencional preexistente en los Estados miembros. Una cuestión objeto de regulación en diferentes instrumentos que ya había merecido algunos pronunciamientos del TJUE. El AG entiende que carece de relevancia la supresión en el artículo 75 del RSE del inciso *sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en virtud del artículo [307] 351 del TFUE*, que consta expresamente en otros Reglamentos y que aparecía en el artículo 45 de la propuesta de la Comisión, *COM (2009) 154 final*, pero fue eliminado a su paso por el Parlamento. Claramente esta omisión no libera a los Estados miembros de las obligaciones previstas en el TFUE en el ámbito de las sucesiones *mortis causa* cubiertas por el Reglamento.

32. El artículo 75 RSE preserva el respeto de las obligaciones de Derecho internacional contraídas por los Estados miembros antes de la adopción del Reglamento en sus relaciones con terceros

⁵⁹ Cfr. Apartados 5 a 15 STJUE C- 21/22, *OP*.

⁶⁰ Vid. SYMEONIDES, S.: "Private International Codification in a Mixed Jurisdiction" *RabelsZ* 57, 1993, pp. 460-507, p. 491.

⁶¹ Vid. Punto 54 de las Conclusiones M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, presentadas el 23 de marzo de 2023, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=271769&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1862068#Footref1>

Estados (apartado 1). Al tiempo que garantiza los objetivos del Reglamento, por lo que prevalece sobre los Convenios de los que únicamente sean parte dos o más Estados miembros (apartado 2).

33. Afirmar la prevalencia automática sobre el Reglamento Sucesorio Europeo de un Convenio entre un Estado miembro y un tercer Estado, tesis defendida por el Gobierno español en sus observaciones, podría, no obstante, calificarse de interpretación precipitada. La jurisprudencia del TJUE recaída a propósito de los artículos 57 del Convenio de Bruselas y 71 del Reglamento n.º 44/2001 establece unas directrices moduladoras de esa prevalencia automática que bien podrían haber sido aplicadas al caso. Al estudiar esta jurisprudencia el Abogado General, con ánimo de descartar su aplicación, discierne su alcance en función del elemento espacial en juego, según se trate de un Convenio que vincule sólo a uno o varios Estados miembros, o de un Convenio que vincule a un Estado miembro con terceros Estados⁶².

34. La jurisprudencia anterior concluye que la aplicación por los Estados miembros, en las materias reguladas por Convenios internacionales, no puede menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea y que la cláusula de coordinación *no puede tener un alcance que pugne con los principios que inspiran la normativa de la que forma parte*. Así, en la STJUE de 4 de mayo de 2010, se afirma que el Convenio *solo puede aplicarse en el seno de la Unión si permite alcanzar los objetivos de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, así como el de la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión en condiciones al menos tan favorables como las resultantes de la aplicación del Reglamento n.º 44/2001*⁶³. Y se reitera esta interpretación en la STJUE de 19 de diciembre de 2013, en la que se afirma que el artículo 71 del Reglamento n.º 44/2001 *debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Convenio internacional sea interpretado de forma que no quede garantizado, en condiciones al menos tan favorables como las establecidas en dicho Reglamento, el respeto de los objetivos y principios que inspiran este Reglamento*⁶⁴.

35. La jurisprudencia del TJUE permite concluir que la aplicación por los Estados miembros de las normas previstas en los Convenios internacionales no puede quebrantar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea y que la cláusula de prevalencia del Convenio no es automática ni se aplica ciegamente, pues no puede tener un alcance que pugne con los principios que inspiran la normativa de la que forma parte. A la luz de esta jurisprudencia, lo que está en causa es discernir cuáles son esos principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión Europea, en nuestro caso en el ámbito de las sucesiones internacionales, principios que los Estados miembros deben respetar en todo caso.

36. Cómo aplicar esta doctrina del Tribunal de Justicia plantea dudas al AG debido, en su opinión, a su falta de claridad. Entiende que el elemento espacial no ha quedado suficientemente perfilado y que el RSE no prevé *inflexión alguna para el supuesto de que el Estado miembro signatario de un acuerdo internacional debiera ignorar compromisos, derivados de este último, a fin de no menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión Europea*⁶⁵.

37. Respecto de la prevalencia del Derecho de la UE para garantizar los principios vertebradores del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, considera el AG que en la jurisprudencia hasta ahora recaída el Tribunal de Justicia *no ha tenido aún ocasión de pronunciarse a este respecto en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil*⁶⁶. Tal afirmación resulta cuando menos inexacta a la vista de las sentencias a las que más arriba nos hemos referido. Para el Abogado General, antes de privilegiar el cumplimiento de las reglas europeas, habría que determinar si con ello el Estado miembro

⁶² *Ibidem*, puntos 24 a 27, con notas.

⁶³ Vid. STJUE de 4 de mayo de 2010, C 533/08, *TNT Express Nederland*, apartado 51.

⁶⁴ Vid. STJUE de 19 de diciembre de 2013, C-452/12, *Nipponkoa Insurance*, apartado 38.

⁶⁵ Conclusiones del AG, cit., punto 42.

⁶⁶ *Ibidem*, puntos 43 y 44

pone en riesgo el equilibrio de obligaciones y derechos derivados del Convenio para ambas partes. Por lo que procede a examinar si existe o no una contradicción entre los principios y reglas del Reglamento Sucesorio y los del Convenio bilateral entre Polonia y Ucrania. Proceder correcto salvo porque anticipa que, a su juicio, *no existe una real contradicción entre el Reglamento y el Convenio bilateral* ⁶⁷. Bien parece que toda la argumentación subsiguiente del AG está orientada a justificar este prejuicio.

38. Para ese necesario examen de compatibilidad, se requiere decidir si la autonomía de la voluntad y la unidad de la sucesión son principios estructurales del sistema de cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión en el ámbito sucesorio. El AG adelanta también que la respuesta debe ser negativa⁶⁸. Una negativa que despacha con ligereza mediante la devaluación de la hermenéutica basada en los principios, método depurado por la jurisprudencia y la doctrina que desdeña en atención a unos riesgos que ni enumera ni razona.

39. Para el Abogado General la autonomía de la voluntad no es un principio inherente al RSE porque, desempeña *conceptualmente* un papel limitado. No explica qué entiende por *conceptualmente*, pues no expresa si se refiere a la noción o se refiere a sus límites. Parece aludir a estos al señalar que es un instituto limitado por que solo cabe optar por la ley de la nacionalidad del causante y porque la elección, además, se supedita a requisitos formales propios de una disposición *mortis causa*. Concluyendo que no se puede atribuir a la autonomía de la voluntad conflictual el rango de principio informador del RSE⁶⁹. Y la consecuencia de considerar que no es un principio informador del Reglamento es que ya no es necesario indagar sobre la posibilidad de una interpretación del Convenio conciliable con el Reglamento, opción propiciada por la jurisprudencia del TJUE. En opinión del AG, ante el silencio del Convenio entre Polonia y Ucrania sobre la posibilidad de una *professio iuris*: *A fortiori, el Derecho de la Unión no obliga inexorablemente a interpretar ese Convenio bilateral, si guarda silencio sobre la elección de ley, para decidir que, en realidad, la permite*⁷⁰. Posición que por el contrario había defendido el gobierno de Polonia.

40. Mejor suerte en cuanto a su valor y función corre el principio de unidad de la sucesión en las Conclusiones del Abogado General que considera que **sí** es un principio estructural del RSE. Lo es, en su opinión, por ser la solución técnica que mejor encaja con los objetivos de integración de la Unión. Los predicamentos que avalan su criterio resultarían plenamente predicables de la *professio iuris*. Para el AG la unidad de la sucesión debe considerarse un principio en tanto que supone la aplicación de una sola ley para todo el patrimonio que se ha de transmitir, posibilita a los ciudadanos organizar la sucesión, simplifica la gestión de la sucesión con elementos internacionales al consagrar la unidad *fórum-ius*, y facilita, en el seno de la Unión, la libre circulación de decisiones, pues minimiza el riesgo de resoluciones o pronunciamientos incompatibles sobre una misma sucesión⁷¹. Si bien subraya que no es un principio absoluto, por lo que analiza las modulaciones que establece el propio RSE, aunque sólo se ocupa de la que resulta de su art. 12⁷². Desdeñando otras modulaciones igualmente relevantes porque las excepciones al principio de unidad y de universalidad de la sucesión se fundan, también, en principios de Derecho internacional privado.

3. La Sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, en el asunto C-21/22, *op.*

41. A la primera de las cuestiones planteada por el Tribunal Regional de Opole, el TJUE responde, de manera concluyente e inequívoca, que el artículo 22 del RSE debe interpretarse en el sentido de

⁶⁷ *Ibidem*, punto 50.

⁶⁸ *Ibidem*, punto 59.

⁶⁹ *Ibidem*, puntos 61 a 62.

⁷⁰ *Ibidem*, punto 63.

⁷¹ *Ibidem*, puntos 64 y 65, con cita de las sentencias del TJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Kubicka* apartado 43; de 21 de junio de 2018, C-20/17, *Oberle*, apartados 54 a 56; de 7 de abril de 2022, C-645/20, *VA y ZA*, apartado 38; de 9 de septiembre de 2021, C-277/20 *UM*, apartado 33.

⁷² *Ibidem*, puntos 64 a 79.

que un nacional de un tercer Estado que reside en un Estado miembro de la Unión puede designar como ley que habrá de regir su sucesión en su conjunto la ley de ese tercer Estado⁷³. Pocas dudas cabían al respecto, a la luz de la literalidad del artículo 22 y de otras disposiciones, como el artículo 20, que declaran su carácter universal. Las menciones aisladas de algunas versiones en el Preámbulo del Reglamento a los *ciudadanos europeos* no rebajan la impertinencia de la duda planteada. Con carácter general los Reglamentos que articulan la cooperación judicial en materia civil no contienen ninguna delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación en atención a la condición de nacional de un Estado miembro y prevén un ámbito de aplicación universal y eficacia *erga omnes*⁷⁴.

42. A la segunda cuestión planteada responde el TJUE afirmando, sin matices, que el artículo 75.1 RSE establece la primacía del Derecho convencional. Subrayando, además, que: *de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que, cuando el legislador de la Unión dispone que la aplicación de un reglamento «no afectará» a los convenios internacionales existentes, han de aplicarse estos últimos en caso de concurso de normas con tal reglamento*⁷⁵. Principio de primacía del Convenio bilateral con un tercer Estado existente a la entrada del Reglamento Sucesorio Europeo que, sin embargo, debiera ser matizado pues no puede tener un alcance que contravenga los principios subyacentes a la normativa europea de la que forma parte, según la propia doctrina del Tribunal⁷⁶. En definitiva, estamos ante un juego suma cero de principios.

43. En un salto argumental difícil de entender, el TJUE deserta de los principios limitándose a señalar que el objeto del Reglamento no es otro que suprimir los obstáculos a la libre circulación de las personas que puedan encontrar dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, en particular, estableciendo normas relativas a la competencia y a la ley aplicable en la materia, así como al reconocimiento y la ejecución, en un Estado miembro, de las resoluciones y de los actos dictados en otros Estados miembros. Nos parece difícil de justificar la confusión de los principios con la finalidad de la norma y ceñir ésta al objeto del Reglamento. Y se nos hace más difícil cuando este proceder sirve para alterar el normal juego de las conexiones, establecidas en el Reglamento Sucesorio. Alteración inconsecuente que se pone manifiesto cuando la sentencia señala que el artículo 21 del RES consagra la residencia habitual como *punto de conexión por defecto*, en expresión del Tribunal.

44. ¿Por defecto de qué? Obviamente de la elección de la ley nacional como rectora de la sucesión que **no es una excepción a la regla general** del artículo 21 RSE, porque, aunque así se denomine, la residencia habitual sólo entra en juego si no existe una válida *professio iuris*. Cierto que tanto la residencia habitual como la nacionalidad constituyen puntos de conexión objetivos que sirven, entre otros, al objetivo de seguridad jurídica. Pero la ley nacional no se aplica en sí y por sí. Para determinar la ley aplicable a la sucesión, con sus derivadas en el ámbito de la competencia judicial (arts. 6 a 8 RSE), se aplica si y solo si ha sido elegida por el causante con las condiciones que el Reglamento establece en su art. 22.

45. Afirmer -erróneamente- que como es la conexión subsidiaria no cabe entender que la posibilidad de designar el Derecho aplicable a la propia sucesión sea un principio subyacente al Reglamento 650/2012 y, por tanto, a la cooperación judicial en materia civil en la Unión de la que este Reglamento

⁷³ Vid. Fallo y Apartados 16 a 24 de la Sentencia *OP*.

⁷⁴ Cfr., en particular, el Considerando 80 del RSE, que en algunas versiones lingüísticas (española, italiana, alemana, portuguesa, rumana) se refiere a los ciudadanos europeos para enmarcar la planificación sucesoria anticipada en el contexto de la libre circulación. En otras versiones, francés o inglés, no se contiene esa referencia los ciudadanos europeos. En cualquier caso, resulta claro el tenor literal del artículo 22 RSE.

⁷⁵ Vid. Apartado 27 de la sentencia, acogiendo la doctrina sentada en la STJUE, de 4 de mayo de 2010, C-533/08, *TNT Express Nederland*, Apartado 46.

⁷⁶ Vid. SS. TJUE de 19 de diciembre de 2013, C-452/12, *Nipponkoa Insurance*, apartado 38; de 4 de mayo de 2010, C-533/08, *TNT Express Nederland*, Apartado 49. En el mismo sentido, sentencias TJUE de 22 de septiembre de 1988, 286/86, *Deserbais*, apartado 18; de 6 de abril de 1995 C-241/91 P, *RTE y ITP/Comisión*, y C-242/91 apartado 84, y de 22 de octubre de 2009, C-301/08, *Bogiatzi*, apartado 1

es un exponente singularmente cualificado, supone desconocer la función que cumple el principio que la autonomía de la voluntad como principio estructural del Derecho internacional privado europeo, auténtica pieza fundamental que vertebra y sostiene los diferentes instrumentos que articulan la cooperación judicial civil. Aunque con unas condiciones y límites que pueden diferir, el principio es el mismo. Es más, las conexiones para determinar el Derecho aplicable en los distintos Reglamentos son expresión de opciones de política legislativa del legislador europeo que responden a una ponderación de intereses y se plasman en principios.

46. Queremos pensar que el Tribunal quizá intuya la debilidad de su razonamiento, *un principio no es principio si se limita, condiciona o se matiza*, y previene sobre sus consecuencias para la unidad de la sucesión, de la que sí predica su naturaleza de principio estructural del Reglamento. Por ello, se ve obligado a puntualizar que, aunque ya hubiera reconocido que este principio está relacionado con el reconocimiento mutuo, no se trata de un principio absoluto⁷⁷. Y no lo es en la medida en que el propio Reglamento lo exceptúa, puntualiza o delimita.

47. El Reglamento Sucesorio limita el juego del principio de unidad de la sucesión en determinadas situaciones como las contempladas, entre otros, en el art. 12. En opinión del TJUE se trataría de una concesión: *el legislador de la Unión pretendió expresamente respetar, en ciertos casos particulares, el modelo de escisión de la sucesión que puede aplicarse en las relaciones con determinados terceros Estados*⁷⁸. No, no es, en nuestra opinión, una concesión a un principio antagónico y alternativo. Al contrario, es la expresión de la formulación ponderada del principio de la unidad de la sucesión, en una aproximación pragmática tendente a evitar situaciones que, *en ciertos casos*, conlleven el riesgo de que la resolución no se reconozca o no se declare ejecutiva. Aunque para el TJUE pareciera que unos principios son más principios que otros. E ignora y pasa por alto otros principios tan propios y clásicos del Derecho internacional privado porque la Sentencia no hace la más mínima referencia a la regulación del reenvío (art. 34 RES) con base en el principio de la armonía internacional, los ignora; como tampoco parece valorar el principio de la armonía interna, que subyace por ejemplo al art. 30 RES. En los dos ejemplos mencionados, la aplicación de las soluciones previstas conduciría a una fragmentación de la ley aplicable a la sucesión.

48. La cabriola argumental se consume cuando el TJUE vuelve al principio que se consagra en el artículo 351 TFUE, relativo al efecto de los Convenios internacionales celebrados por los Estados miembros antes de su adhesión a la Unión, una norma que, cuando concurren los requisitos para su aplicación, puede permitir excepciones a la aplicación del Derecho de la Unión⁷⁹. Una excepción requerida de interpretación estricta igualmente a la luz de la obligación que incumbe a los Estados miembros, en virtud del artículo 351.2 TFUE, que impone recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades existentes entre un Convenio y el Derecho de la Unión, buscando una interpretación del Convenio, en la medida de lo posible y con observancia del Derecho internacional, que sea conforme con el Derecho de la Unión⁸⁰. Este mandato supone para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros la obligación de comprobar si tal incompatibilidad puede salvarse mediante esa interpretación del Convenio conforme con el Derecho de la UE⁸¹. Como es conocido, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar en el marco de un procedimiento prejudicial acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros y Estados tercero⁸².

⁷⁷ Vid. Apartado 34 de la Sentencia *OP*.

⁷⁸ *Ibidem*, Apartado 35

⁷⁹ Según la jurisprudencia del TJUE, esta disposición tiene por objeto precisar, conforme a los principios del Derecho internacional, que la aplicación de los Tratados no afecta al compromiso del Estado miembro de que se trate de respetar los derechos de los terceros Estados que resultan de un convenio anterior a su adhesión y de cumplir sus obligaciones correspondientes; entre otras, vid. sentencia de 9 de febrero de 2012, C-277/10, *Luksan*, Apartado 61.

⁸⁰ Vid. STJUE, de 28 de octubre de 2022, C-435/22, *PPU*, Apartados 115- 122.

⁸¹ Vid. SSTJUE de 22 de octubre de 2020, C-720/18 y C-721/18, *Ferrari*. Apartado 68; de 18 de noviembre de 2003, C-216/01, *Budějovický Budvar*, Apartado 169.

⁸² Vid. SS. TJUE de de 4 de mayo de 2010, C 533/08, *TNT Express Nederland*, apartado 61 y fallo y de 22 de octubre de 2009, C-301/08, *Bogiatzi*, Apartado 24.

49. Aun sabedor de que las excepciones han de interpretarse de modo estricto para que las normas generales no queden vaciadas de contenido, el TJUE se sustrae a este principio hermenéutico de indiscutida vigencia para realizar justamente lo contrario. En su Sentencia amplía la excepción del art. 75. 1 RES para excluir la posibilidad de elegir la ley nacional como ley sucesoria porque el Convenio bilateral celebrado con un tercer Estado, antes de la adopción del Reglamento, no prevé *expresamente* esa posibilidad.

50. El TJUE podría haberse empeñado más seriamente y a fondo en su análisis, lo que exigiría penetrar en las connotaciones del principio subyacente a la *professio iuris* y al que niega ese valor. En las mismas fechas en que se dicta la sentencia del TJUE que nos sirve de palanca para estas reflexiones, el TEDH pronuncia dos sentencias en las que, aunque en *obiter dicta*, subraya el papel de la *professio iuris* en el Reglamento Sucesorio Europeo⁸³. Los dos casos resueltos por el TEDH presentan grandes semejanzas. Se trata de la sucesión *mortis causa* de dos grandes artistas de nacionalidad francesa (Maurice Jarre y Michel Colombier, respectivamente), con amplias obras y extensos patrimonios con bienes en varios países, que además atesoraban varios matrimonios sucesivos, con hijos nacidos de parejas diferentes. En los dos casos, los artistas franceses y sus esposas se establecieron en California, donde los cónyuges instituyen sendos *trusts* y otorgan testamentos que, en última instancia, suponen la privación a los hijos de cualquier derecho en la herencia de sus respectivos padres y convierten a las viudas en únicas herederas en el momento del fallecimiento de los maridos.

51. Los dos casos dieron lugar a largos y complejos litigios en Francia, bajo un régimen jurídico anterior al Reglamento Sucesorio Europeo que obedecía al modelo escisionista hasta entonces vigente, modulado por la Ley de 14 de julio de 1819 en vigor hasta el 5 de agosto de 2011. La Ley de 14 de julio de 1819 en su artículo 2 reconocía a los nacionales franceses que concurrían con extranjeros a la partición de una herencia una reserva hereditaria sobre los bienes situados en Francia. La derogación en 2011 de esta Ley de 1819, que la *Cour de Cassation* en las sentencias de 27 de septiembre de 2017 consideró constitucional⁸⁴, creó un vacío por la falta de disposiciones transitorias hasta la Ley 2021-2019. Esta Ley once años después resucita la reserva hereditaria, aunque suprime la condición de nacionalidad francesa para este derecho sobre los bienes situados en Francia⁸⁵.

52. Los testadores fallecieron en California en 2004 y en 2009, los litigios entre los hijos y las viudas en el contexto descrito condujeron a los hijos a recurrir, finalmente al TEDH. En sus sentencias, además de reiterar que desde el punto de vista del Convenio de Derecho Humanos no existe de un dere-

⁸³ CEDH 15 de febrero de 2024, *affaires Jarre c. France*, Requête n° 14157/18 <https://hudoc.echr.coe.int/eng/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-230875%22%5D%7D>, apartado 37; y *Colombier c. France*, <https://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-230876%22%5D%7D>, apartado 30

⁸⁴ Vid. *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 27 septembre 2017*, 16-13.15, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035681538/> y *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 27 septembre 2017*, 16-17.198, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035681578/>

⁸⁵ El artículo 24 de la Ley francesa n° 2021-1109, de 24 de agosto de 2021, añade un párrafo 3 al artículo 913 del Code Civil que establece lo siguiente: *Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci*". Esta regulación se aplicará a herencias abiertas a partir del 1 de noviembre de 2021 siempre que el fallecido o uno de los hijos del fallecido en el momento de su muerte tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o su residencia habitual en un Estado miembro y la ley extranjera aplicable a la herencia, según el RSE no contemple análoga legítima o reserva hereditaria reserva para proteger a los hijos. Si se cumplen estas dos condiciones, cada uno de los hijos, o sus herederos o causahabientes, incluso los que no tengan ningún vínculo con la UE, podrán recurrir a los bienes existente situados en Francia para obtener, dentro de los límites de estos bienes, la reserva hereditaria que les concedería el Derecho francés si fuera aplicable. Esta reserva hereditaria sobre los bienes situados en Francia supone la evicción de la ley sucesoria designada por el RSE para aplicar la ley sucesoria francesa, dentro del doble límite del importe de la reserva hereditaria y de los bienes sucesorios situados en territorio francés. Plantea dudas y resulta cuestionable la compatibilidad con el RSE, pues es más que problemáticos que para ello pueda recurrirse a la cláusula de orden público.

cho general e incondicional de los hijos a heredar parte de los bienes de sus padres⁸⁶, el TEDH valora la actuación de los tribunales franceses en función del respeto a la voluntad testamentaria de los causantes y de su planificación sucesoria realizada, manera continua y bien definida, para permitir que los respectivos cónyuges supervivientes se beneficiaran de todos sus bienes. Con el resultado de privar a los hijos de la reserva hereditaria.

Conclusiones

La autonomía de la voluntad como principio estructural del Derecho internacional privado europeo vertebró los diferentes instrumentos que articulan la cooperación judicial civil, aunque con unas condiciones y límites que pueden diferir, pero el principio es el mismo.

Con un espectro más o menos amplio, la autonomía de la voluntad cumple una función que, en lo esencial, sirve a la seguridad jurídica, a la previsibilidad y a la continuidad de las relaciones que, a su vez, sirven al principio de libre circulación de personas y sustentan al principio de reconocimiento mutuo.

En el ámbito de la cooperación judicial en materia civil como pieza esencial del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, prácticamente todos los Reglamentos, sea en materia patrimonial - con la excepción del Reglamento de insolvencia- o no patrimonial, acogen la elección de la ley como conexión principal para determinar el Derecho aplicable. Por lo que puede calificarse de principio estructural.

La elección de la ley aplicable a la sucesión en los términos del art. 22 RSE responde también a *policies* coincidentes con las del Derecho material. Con la *professio iuris* se da respuesta a las exigencias del derecho de libre circulación, expresión del principio de libre determinación inherente a la ciudadanía de la Unión, con una solución flexible adecuada al respeto de la pluralidad de intereses de los ciudadanos que circulan libremente en un marco de seguridad jurídica y que encuentran de este modo una solución eficiente, que bajo condiciones y con los límites que en cada caso establecen los reglamentos supera las deficiencias del mercado, en especial, con previsiones para garantizar la posición de los más débiles.

⁸⁶ Señala el TEDH que esta solución ya estaba implícita en el caso *Marckx v. Bélgica* de 13 de junio de 1979 (Solicitud N° 6833/74) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-62092%22%7D>

Changes of Paradigm in Private International Law of Contracts
–A high-level comparison between 1989 and 2024,
with tribute to the UNIDROIT Principles, the development
of arbitration law and to Simplified Global Contracting–

Paradigmenwechsel im internationalen Schuldvertragsrecht
–Ein Überblick von 1989 bis 2024, mit Blick auf die
UNIDROIT Principles, Entwicklungen im Schiedsrecht
und “Simplified Global Contracting”–

ECKART BRÖDERMANN*

*Honorary Professor
University of Hamburg*

Recibido: 30.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8906

Abstract: The article on German private law of contracts compares the state of private international law in Germany in 1989 with its state today, in 2024. It demonstrates a change of paradigm by looking at six selected parameters of relevance: (i) the respect of constitutional rights and European fundamental freedoms, (ii) the unitarian European character of private international law of contracts, subject to treaties, (iii) the dissemination of the CISG, (iv) the emergence of the the Unidroit Principles as a sound system of general principles and rules of international commercial contracts, (v) the development of international arbitration, and (vi) the emergence of internet and data platform based comparative legal research.

Regarding the traditional private international law of contracts, as applied by European courts (of member states of the European Union), the author observes that more European uniformity has come at the cost of complexity. At the same time, the emergence and dissemination of the Unidroit Principles – described as “the biggest achievement of the international legal society since the year 534” – has enabled Simplified Global Contracting (i.e. the choice of the Unidroit Principles in combination with an arbitration clause) and thereby more freedom on a global level.

Key words: Spanish roots to German private international law – Organisational structure of private international law in Germany – European roots of the Rome Convention – International company law – CISG – Emergence of the Unidroit Principles – Arbitration (development) – Internet – Fundamental Freedoms (EU) – BREXIT – 1955 Hague Convention (Sales) – Rome I Regulation – General principles of law (Unidroit) - African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts - US-Chinese transaction under Unidroit – Global arbitration scene - More Uniformity at the Cost of Complexity – Hierarchy of norms – Simplified Global Contracting.

* Maître en droit (Paris V), LL.M. (Harvard), Prof. Dr. iur. (Hamburg University), FCI Arb. (London); admitted to practice in New York and Hamburg; Certified Specialist in International Business Law (Germany); Managing partner of *Brödermann & Jahn Rechtsanwalts-gesellschaft mbH* in Hamburg (Germany) (<www.german-law.com>); Professor at Hamburg University. Professor Brödermann has been acting as observer to the working sessions preparing the 2010 revision of the UNIDROIT Principles on behalf of the Space Law Committee (formerly: Outer Space Law Committee) of the International Bar Association. For the preparation of the UNIDROIT model clauses, he acted as an observer on behalf of the Chinese European Arbitration Centre in Hamburg (which, since 2023, has been renamed to Asian European Arbitration Centre).

Zusammenfassung: Der Beitrag zum deutschen internationalen Schuldvertragsrecht vergleicht den Stand des internationalen Privatrechts in Deutschland im Jahr 1989 mit dem Stand von heute (2024). Anhand sechs ausgewählter Parameter wird ein Paradigmenwechsel aufgezeigt. Die betrachteten Parameter sind: (i) die Beachtung der Grundrechte und der europäischen Grundfreiheiten, (ii) der einheitliche europäische Charakter des internationalen Schulrechts (vorbehaltlich vorrangigen Völkerrechts), (iii) die Verbreitung des CISG, (iv) die Veröffentlichung, Entwicklung und Verbreitung der UNIDROIT-Principles als solides System allgemeiner Grundsätze und Regeln für internationale Handelsverträge, (v) die Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und (vi) das Aufkommen internet- und datenplattformgestützter rechtsvergleichenden Recherchemöglichkeiten.

Für das traditionelle internationale Schuldvertragsrecht, wie es von europäischen Gerichten in den Mitgliedstaaten der EU angewandt wird, stellt der Autor fest, dass eine größere europäische Einheitlichkeit um den Preis von erhöhter Komplexität erreicht wurde. Gleichzeitig haben die Entstehung, Entwicklung und Verbreitung der UNIDROIT-Principles - die der Autor als „die größte Errungenschaft der internationalen Rechtsgesellschaft seit dem Jahr 534“ beschreibt – Simplified Global Contracting (d. h. die Wahl der UNIDROIT-Grundsätze in Kombination mit einer Schiedsklausel) und damit mehr Freiheit auf globaler Ebene ermöglicht.

Schlüsselwörter: IPR Reform 1986 – Spanischer Einfluss auf deutsches IPR – Struktur des IPR in Deutschland – Europäischer Ursprung des EVÜ – Internationales Gesellschaftsrecht – CISG – Unidroit Principles – Schiedsgerichtsbarkeit (Entwicklung) – Internet – Grundfreiheiten – BREXIT – Haager Kaufrechtsübereinkommen von 1955 – Rom I-Verordnung – allgemeine Rechtsprinzipien (Unidroit) – Afrikanische Prinzipien für internationale Handelsverträge - US-chinesische Transaktion nach Unidroit – Globale „Schiedsrechtsszene“ – Mehr Rechtsvereinheitlichung um den Preis höherer Komplexität – Normenhierarchie - Simplified Global Contracting.

Sumario: I. Introduction. II. A Glance at the Past: 35 Years Ago. 1. In Germany, the love of a Spanish gentleman to a German lady had led to new legislation on private international law. 2. Private international law was based on only two levels of sources of law. 3. European private international law did essentially not exist. 4. Unified substantive law did exist to a limited extent; the CISG was still emerging. 5. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts did not exist. 6. Arbitration was an emerging topic. 7. The internet did not exist as an accessible tool. III. The Presence: Changed parameters for private international law of contracts for courts and for arbitral tribunals. 1. Nowadays, private international law in Europe fully integrates constitutional rights and European freedoms. 2. Subject to treaties, truly European unified private international law has become an important and characteristic element of the private international law of contracts. 3. The CISG is by now in force in close to 100 member states worldwide. 4. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts provide a sound system of general principles and rules of international commercial contracts. 5. Arbitration has become a developed tool with a vivid global scene. 6. The internet and legal data platforms facilitate comparative legal research. IV. Changes of Paradigm. 1. Private international contract law in European courts: More Uniformity at the Cost of Complexity. 2. More freedom on a global level: Simplified Global Contracting. V. Summary Assessment.

I. Introduction

1. The author and the jubilee met first in 1989, 35 years ago, at the Max Planck Institute for comparative and international private law in Hamburg, where Professor Alfonso Luis Calvo Caravaca was doing research. This article in his honour will reflect on the enormous progress which the private international law of contracts has made ever since. A 70th birthday is a good reason to compare the private international law of contracts then, half of the jubilee's life ago, and now. It appears that, as international legal society, we have been slowly but surely progressing towards an enhanced level of freedom during that time span since 1989.

II. A Glance at the Past: 35 Years Ago

2. When we met in 1989, the author was just finishing his work on the 1st edition of his case book for students, co-authored with Joachim Rosengarten, on private international law and international litigation and arbitration.¹ A selection of seven observations summarizes parameters for international contracting at that time:

1. In Germany, the love of a Spanish gentleman to a German lady had led to new legislation on private international law

3. In 1989, we were still fond in Germany that the German legislator had finally revised German private international law in 1986.² With this reform, German private international law gave more importance to constitutional rights. It had taken the German legislator 15 years to implement changes needed in our private international law in reaction to a landmark decision of the German Federal Constitutional Court of 1971 relating to the admission of a Spanish-German marriage.³ A Spanish gentleman had proposed to a German lady. She had been married once before. As her German divorce of 1965 would not be recognized in Spain, the German Registrar (*Standesbeamte*) had refused to proceed with the marriage arguing that, as a result of the non-recognition of the German divorce in Spain, the second marriage of the German lady would result in a forbidden double-marriage. The Appellate Court of Hamm interpreted the German private international law in the then existing old version of article 13 EGBGB, i.e. the introductory law to the German Civil Code which contains German private international law (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, short EGBGB). It held that Spanish law would not recognize the German divorce and that, therefore, a marriage in Germany was not possible under these circumstances.⁴ The Federal Constitutional Court annulled this decision as violating article 6 of the German constitution⁵ which protects marriage and family, and which could be invoked also by the Spanish groom.⁶ As a result, the marriage became possible. This expressed for the first time clearly that private international law, in this case the application of Art. 13 EGBGB, could violate constitutional law which in turn needs to be considered by the courts when applying national rules on private international law.

2. Private international law was based on only two levels of sources of law

4. In continental Europe, we had a *v. Savigny*-based system with essentially two levels of sources of law. Either an applicable treaty or a national law would determine which connecting factor to use to connect a set of facts with the applicable substantive law and thereby determine the ‘choice of law’ for a specific question of law. Private international law in public international (treaty) law would take priority over private international law in the national law, i.e. the EGBGB in Germany. The big structural points of discussion with regard to the application of private international law were the classification (or characterisation) of the legal issues, *renvoi* in case of application of the EGBGB (i.e. the question if the legal order determined by the connecting factor of the EGBGB would accept its choice or choose another legal order), *ordre public* and – rarely – adaptation of the result on a private international law or a substantive law level.⁷ In addition to the *lex contractus*, mandatory law might apply as recognised

¹ E. BRÖDERMANN/J. ROSENGARTEN, *IPR/IZVR – Internationales Privat- und Verfahrensrecht* (Private International Law and International Procedural Law)), 1st ed. 1989, in production: 9th ed. 2024.

² Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, Bundesgesetzblatt I 1986 p. 1142.

³ Decision of the German Federal Constitutional Court, 1 BvR 636/68, of 4 May 1971, published in BVerfGE 31, p. 58 *et seq.*

⁴ Appellate Court of Hamm, 15 VA 4/67, of 3 September 1968.

⁵ *Grundgesetz* (literally ‘Basic Law’), initially enacted 75 years ago, on 23 May 1949. At the time, the law was meant to be provisional for the time until a German reunification.

⁶ See note 3 at p. 67.

⁷ Structurally, these issues still exist, see BRÖDERMANN, *supra* note 1, 9th ed. at mn. [to be supplemented in the proofs; currently with the publisher].

already by *v. Savigny*.⁸ We had long discussions if foreign mandatory law could also be recognized by a national judge, and if so how (by a special connection “*Sonderanknüpfung*” or otherwise).⁹ We had the rule of thumb that embargoes issued by the USA would be upheld by a German court.

3. European private international law did essentially not exist

5. Except for rare rules qualifying as private international law, e.g. in the regulation on European Economic Interest Groupings,¹⁰ private international law was not rooted in the legal order of the European Economic Community.¹¹ Yet, from the 1989 perspective, first important steps towards the unification of international contract law had just recently been taken. With the reform of 1986, the German legislator had finally implemented in Germany the 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations¹² which, for the first time, provided for unified rules on private international law of contracts in Europe.¹³ It was combined with a competence of interpretation for the European Court of Justice.¹⁴ Regarding the special topic of *renvoi*, the Rome Convention contained already an explicit exclusion.¹⁵ From a purely technical legal perspective, we were not happy about the technique of the German legislator to integrate the international convention into a national law.¹⁶ Yet, contrary to several South American laws at the time,¹⁷ we had at least the freedom to choose the applicable national law on contracts. The 1980 Rome Convention, albeit an international treaty, was already to a certain extent European because the European Commission had very much pushed its member states into finding an agreement,¹⁸ as a joint private international law on contracts was sensed to be important for the development of the European common market.

6. Regarding international company law (which is relevant for international contracting to determine if the contract partners can engage the companies), the private international law in Europe was

⁸ F.K. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* (System of contemporary Roman law), Vol. VIII, reprint 1961, see in particular §§ 348, p. 23 *et seq.*, 108 and §§ 349, p. 32 *et seq.*

⁹ See E. BRÖDERMANN, *supra* note 1, 1st ed., p. 43, 9th ed. at mn. ____ [to be supplemented in the proofs; currently with the publisher]

¹⁰ Regulation (EEC) No. 2137/85, articles 2 para. 1 and 2, 19 para. 1 subpara. 2, 2^d bullet point, discussed by Brödermann, Teil I, Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht) (European Community Law as a Source and a Limit to Private International Law [Primary Law, Regulations, Jurisprudence]), in: Brödermann/Iversen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht* (European Community Law and Private International Law) (1994), at 167-177 (mn. 308-329).

¹¹ See Treaty establishing the European Economic Union of 25 March 1957, amended and finally replaced by the Maastricht Treaty on the Functioning of the European Union of 12 February 1992, in force since 1 November 1993. Anecdotally, when the author started in 1989 his project for a doctoral thesis on the impact of European law on private international law, a professor of European law (G. NICOLAYSEN) and a professor of private international law (J. KROPHOLLER) joined forces because each of them declared to be able to only judge from their respective perspective.

¹² Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, see Official Journal of the European Union, 1980 L 266 p. 1 *et seq.*

¹³ Articles 1-37 EGBGB which still play occasionally a role for old cases, see E. BRÖDERMANN/G. WEGEN, “IPR-Anhang I”, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Ed.), *BGB Kommentar*, 19th Ed. 2024, Art 27–37 EGBGB Vertragliche Schuldverhältnisse (aufgehoben) mn. 2 and www.pww-oe.de (visited on 28 May 2024).

¹⁴ Art 18 1980 Rome Convention, ex. Art. 36 EGBGB.

¹⁵ Art 15 1980 Rome Convention, ex. Art. 35 EGBGB

¹⁶ The German legislator had explicitly declared in the law implementing the Rome Convention that articles 1-21 of the Rome Convention would not be directly applicable in Germany (Art. 1 para. 2 of the *Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht* of 25 July 1986, Bundesgesetzblatt 1986 II p. 809). This technique was criticized by the European Commission in *Commission Recommendation* of 15 January 1985 (concerning the Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations), Official Journal 1985 No. L 44, p. 42-43; discussed at E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at mn. 31.

¹⁷ See e.g. B. PILTZ, *Münchener Anwaltshandbuch Internationales Wirtschaftsrecht*, § 18 „Gestaltung internationaler Lieferverträge“, p. 1423 mn. 38 (giving Uruguay as an example).

¹⁸ Statement of the Commission of 17 March 1980, Official Journal 1980 No. L 94 p. 39; discussed at E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at mn. 13.

split. Part of Europe determined the applicable company law by connecting questions of company law with the law of incorporation of the company (*Gründungstheorie*),¹⁹ other parts of Europe used the place of the headquarter, where the decisions of the company would be taken, as the connecting factor (*Sitztheorie*).²⁰ The European Economic Community (“EEC”) included then the UK. In an extreme example, a limited liability company incorporated in the UK with its headquarters in Paris could act and rely on its limited liability in Copenhagen, Denmark (where its law of incorporation would apply) but not in Germany or Spain (where its law of incorporation would not apply).²¹ To overcome such divergence in the interest of the development of a European common market it would be helpful – as discussed at that time - to generally connect the company law of any company established within a member state of the EEC to the law of its incorporation as arguably required by article 58 Treaty establishing the European economic community (today: article 65 TFEU).²² With some of the young visitors and researchers at the Max-Planck-Institute we discussed how to achieve this goal and to generally argue for a connection of the company law with the statute of incorporation if, around the globe, we would all publish in that direction. We were young and full of ideas.

4. Unified substantive law did exist to a limited extent; the CISG was still emerging

7. The unified substantial law on international sale of goods in the 1964 Hague Conventions²³ had not had much success. Following the independence and emergence of so many new states in the 1960s, common rules of international contracts of sales were re-negotiated on the level of the U.N. Commission on International Trade Law in the 1970s, preparing for today’s U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).²⁴ The negotiations of the CISG had been finished in April 1980²⁵. It had just come into force on 1 January, 1988, with 10 states compared to its 97 member states today (in 2024). With the CISG, focussing with sales on one of the key kind of contracts (next to service, construction and financing agreements), unified treaty law just entered the attention span of general international contract practitioners, as compared to the specialised law of transportation where unified substantive law has a long tradition.

¹⁹ For Denmark, Ireland, United Kingdom and the Netherlands see E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at mn. 148 note 289 with further references

²⁰ For Belgium, Germany, France, Greece, Italy, Luxemburg, Portugal, Spain see E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at mn. 149 notes 280-283 with further references.

²¹ Both in Germany and in Spain, at the time, the private international law for companies generally would not treat the company established in the UK (then a member of the European Economic Community) under UK law as a duly established company. Rather, both German and Spanish private international law would determine the applicable company law by connecting the entity with its headquarter in Paris, France (see for Germany: jurisprudence since 1904 as referenced in detail at E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at mn. 101 note 145, as well as in a hidden German statute, see *id.* note 156; see for Spanish jurisprudence, statute and literature the detailed references *id.* at p. 92 at mn. 149 note 289 citing *inter alia* CALVO CARAVACA).

French private international law would accept the reference to its company law because French private international law also generally uses the place of the headquarter as the connecting factor (Art. 1837 para. 1 Code civil in the version of 4 January 1978; E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at mn. 134 note 244 with further references. French law would simply not even consider recognizing a company that has its headquarter in Paris as an existing foreign entity, see again E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at mn. 134; whereby the issue of “recognition” of foreign companies as distinguished from the determination of the applicable company law shall not be discussed here; see on that issue *id.* mn. 129-132 citing *inter alia* at note 226 A.L. CALVO CARAVACA, Rev. Gen. Der. (Valencia) 44 (1988) 3679, 3693 who was one of the first scholars to make that distinction).

Absent proper establishment under the law of France, the legal entity established under UK law would not be recognized as a company with limited liability. Post BREXIT the case scenario discussed above has become again a realistic one, see below mn. 15.

²² E. BRÖDERMANN, *supra* note 11, at p. 60-165 (§ 4 „Gemeinschaftliches IPR im EG-Vertrag“).

²³ Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, done at The Hague, 1 July 1964 (ULIS), Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, done at The Hague, 1 July 1964 (ULF).

²⁴ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, which was adopted on April 11, 1980.

²⁵ *Id.*

5. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts did not exist

8. The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) was already working on the compilation of general principles and rules of international commercial contracts, based on a thorough comparative legal analysis, but we did not know. The concept was still emerging.

6. Arbitration was an emerging topic

9. Arbitration has old roots. One of the historic examples is article 210 of the French constitution of 1791 which grants the right to determine the arbitrator to every party.²⁶ It took time, however, for arbitration to be generally used in a large scale. By 1989, we already had the great 1958 New York Convention on recognition and enforcement of arbitral awards (“New York Convention”)²⁷ which generally privileged arbitral awards with regard to their enforceability over national judgements, but arbitration was not yet generally taught at law schools. The arbitration scene was small compared to today. It was only during the 1980s that, with the multiple arbitrations at the Iran Claims Tribunal following the Algiers Accords of January 19, 1981 to settle the Iran hostage crisis, the international arbitration community had started to test the UNCITRAL Arbitration Rules²⁸ in practice. As per 1989, the legislators of only a few states had changed their arbitration law with regard to the 1985 UNCITRAL Model Law on Arbitration,²⁹ compared to 92 States in a total of 125 jurisdictions as per today.³⁰ Thus, the model rule in Art. 28 UNCITRAL Model Law on Arbitration admitting the choice of rules of law was not yet enacted in the laws of many states.

7. The internet did not exist as an accessible tool

10. Unknown to us, the internet had just been invented in 1989 and did not yet exist as a generally accessible tool. Global wisdom was not easy to access. The research of even basic information on any foreign substantive or private international law required substantial language skills and research time in libraries. To access a source of law was sometimes a matter of weeks, and even travel. Sometimes such travel to access a book had to be prepared by letters inquiring the availability of the book in a library. Emails did not exist either, let alone artificial intelligence-based translation tools.

III. The Presence: Changed parameters for private international law of contracts for courts and for arbitral tribunals

11. The jubilee and the author met again, with great pleasure and memories of old days, in 2024 at UNIDROIT in Rome at the occasion of the celebration of 30th anniversary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, where professor Alfonso Luis Calvo Caravaca is serving as the Spanish member of the Governing Council. This time span shall serve as an inspiration to have a look at some of the big trends and developments in private international law with special regard to the parameters of international contracting. Times have changed.

12. All factors discussed at II have developed.

²⁶ Art. 210 of the Constitution of 5 Fructidor Year III (1795): «Il ne peut être porté atteinte au droit de faire prononcer sur les différends par des arbitres au choix des parties.»

²⁷ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention), which entered into force on June 7, 1959.

²⁸ UNCITRAL Arbitration Rules, initially adopted in 1976, and recommended on 15 December 1976 by the General Assembly of the United Nations (see <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>, visited on 23 May 2024).

²⁹ See UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), meanwhile amended in 2006, at https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (visited on 23 May 2024), mentioning for 1989 or earlier only Canada (except for Nunavut and British Columbia), Cyprus and three US states (California, Connecticut, Texas).

³⁰ *Id.*

1. Nowadays, private international law in Europe fully integrates constitutional rights and European freedoms

13. The integration and respect of constitutional rights and European freedoms is self-evident, also for private international law. It is not anymore something special to mention. In addition, with the EU Charter of Fundamental Rights³¹ and the European Convention on Human Rights,³² there are now also far-reaching legislative value decisions at supranational level that must be taken into account in the creation and application of private international law in addition to the “national” constitutional rights.

14. The European Court of Justice has solved long ago that all companies established in any member state of the EU may benefit of the fundamental freedoms, including in particular the freedoms of establishment (Art 49, 54 Treaty on the Functioning of the European Union, “TFEU”³³) and of service (Art 56, 62, 54 TFEU).³⁴ Transposed to private international law, this would require to use the law of incorporation as the connecting factor for all companies established within the EU to determine the applicable company law.³⁵ Only the EU-wide use of the law of incorporation as connecting factor can ensure that any company which is established in any member state of the EU shall be recognised and can contract in all member states. For companies established in states outside the EU, the German Federal Supreme Court has continued to use the place of administration as the connecting factor.³⁶

15. The impact of this difference became evident with the BREXIT, when the protection of EU fundamental freedoms ended for companies incorporated under English law. Several German citizens had set up a Limited Liability Company under English Law in the UK during the membership of the UK in the EU. They did this to benefit from the liberal UK law of incorporation while they administered the companies out of Germany. The office in Germany was thus the headquarter and the place of actual management for these companies. With BREXIT, these UK companies managed out of Germany lost their shield of limited liability and became requalified under German private international law. As of BREXIT, the general German private international company law applies, in the same vein as it is applicable to all companies which are not protected by the EU Treaty or another Treaty requiring to use another connecting factor.³⁷ Distinctly from the private international law which applies to companies incorporated under the law of another EU member state and which are protected by the TFEU, general German private international company law determines the applicable company law by using the effective headquarter of the company as the connecting factor.³⁸ As the seat of business of these UK companies managed out of Germany was located in Germany, German corporate law applied according to general

³¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> (last visited on 30 May 2024).

³² https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG (last visited on 30 May 2024).

³³ Official Journal 2012 C 326, p. 1 *et seq.* (consolidated version of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union).

³⁴ See the chain of jurisprudence in ECJ Judgment of 9 March 1999 – C-212/97 OJ 1999, I-1459 – **Centros** mn. 13; ECJ Judgment of 5 November 2002 C-208/00 OJ 2002, I-9919 – **Überseering** mn. 82; ECJ Judgment of 30 September 2003 – C-167/01 OJ 2003, I-10155 – **Inspire Art** mn. 143; ECJ Judgment of 13 December 2005 – C-411/03 Slg 05, I-10805 – **Sevic**; ECJ Judgment of 16 December 2008 – C-210/06 – **Cartesio** mn. 110; ECJ Judgment of 12 July 2012 – C-378/10 **Vale**.

³⁵ At least from the German perspective, see e.g. German Federal Supreme Court, Judgement of 8 September 2016 – III ZR 7/15, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2016, p. 1187; Judgement of 13 March 2003, published in the official compilation of Supreme Court Decisions “BGHZ” 154, p. 185, 190; Judgement of 14 March 2005, published in *Neue Juristische Wochenzeitschrift “NJW”* 2005, p. 1648, 1649 and Judgement of 12 July 2011, *NJW* 2011, p. 3372, 3373; as well as e.g. E. BRÖDERMANN/G. WEGEN, “IPR-Anhang IV”, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Ed.), *BGB Kommentar*, 19th Ed. 2024, mn. 18.

³⁶ See e.g. German Federal Supreme Court, Judgement of 20 July 2012, published in *Recht der Internationalen Wirtschaft “RIW”* 2012, p. 807, 810 mn. 27; Judgement of 12 July 2011, *NJW* 2011, p. 3372, 3373; Judgement of 21 March 1986, *BGHZ* 97, p. 269, 271; Judgement of 27 October 2008, *IPRax* 09, 259 (»**Trabrennbahn**«); Judgement of 8 October 2009, *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, p. 2385.

³⁷ Example for such kind of treaty based private international company law in Germany: Art XXV para. V of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany (with Protocol and exchange of notes). Signed at Washington, on 29 October 1954, *German Law Gazette “BGBI”* 1956 II p. 487, 500.

³⁸ Trite jurisprudence of the German Federal Supreme Court, see above note 34.

German private international company law.³⁹ As the companies had not fulfilled the requirements of German law to limit their liability, the German legal system would not recognise the pre-BREXIT establishment of a limited liability company in the UK. Rather, German law would accept these companies as a business unit (e.g. as a *offene Handelsgesellschaft* or *Einzelkaufmann*) but it would refuse to accept the limitation of liability of the owners.⁴⁰

2. Subject to treaties, truly European unified private international law has become an important and characteristic element of the private international law of contracts

16. Today (in 2024), except for treaty law such as the Hague 1955 Convention on the law applicable to international sales of goods,⁴¹ the private international law of contracts is mainly contained in the Rome Regulation on the law applicable to contractual obligations of 17 June 2008 (EC) No. 593/2008 (“Rome I Regulation”); whereby the EU has meanwhile issued a series of regulations also on other topics of private international law.⁴² The competence for interpreting the European private international law in the Rome I Regulation lies with the European Court of Justice.⁴³ All language versions have a similar effect.⁴⁴ As a result, private international law in European regulations has become a normal phenomenon. Since 2013, with the entry into force of the Maastricht Treaty on the Functioning of the European Union of 12 February 1992, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market, aimed at ensuring *inter alia* the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction.⁴⁵

17. Article 3 Rome I Regulation permits a high level of choice of law (with a few restrictions not to be discussed here),⁴⁶ restricted however to the choice of “law” in the strict sense of state law.⁴⁷ Distinctly from a choice of law pursuant to article 3 Rome I Regulation, Recital 13 of the Rome I Regulation explicitly permits to incorporate a non-state body of law or an international convention. It has become thus possible to agree on the UNIDROIT Principles (discussed below at C.IV.) even in combination with a choice of court clause.⁴⁸ In that case, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles) will rarely be evicted by mandatory law. As they are based on the underlying principle of good faith and fair dealing, it is hard to imagine any situation in which a rule contained in

³⁹ Appellate Court of Munich as published by the notary chamber of *Baden* at BWNNotZ 2021, p. 397. The Appellate Court held explicitly that the EU-UK Trade and Cooperation Agreement of 14 December 2020 (OJ 2021 L 149, p. 10) would not imply an obligation to determine the applicable company law otherwise (*id.* at mn. 21).

⁴⁰ *Id.* at mn. 20.

⁴¹ Art. 25-26 Rome I Regulation; Convention on the law applicable to international sales of goods, concluded (in French) on 15 June 1955, see (in English) <https://assets.hech.net/docs/44552963-f729-4ed2-b2cd-b286cdd562d7.pdf> (visited on 23 May 2024).

⁴² (i) Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to **non-contractual obligations** (Rome II); (ii) Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to **maintenance obligations**; (iii) Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to **divorce and legal separation**; (iv) Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of **succession** and on the creation of a European Certificate of Succession.

⁴³ Art. 267 TFEU.

⁴⁴ Art. 55 TFEU; Art. 4 EEC Council Regulation No 1 determining the languages to be used by the European Economic Community, OJ 1958 L 17, p. 385.

⁴⁵ Art. 81 para. 2 lit. c TFEU.

⁴⁶ See notably Art. 3 para. 1 sentence 2 and paras. 3-4 Rome I.

⁴⁷ This interpretation follows from Recital 13 and the from the history of Art. 3 Rome I Regulation as discussed below at mn. 18.

⁴⁸ E. BRÖDERMANN, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, An Article-by-Article Commentary (2^d 2023) at 38, Preamble mn. 16, art. 1.4 no. 5 with further references including, in particular, UNIDROIT, Official Comments Art. 1.4 mn. 3, p. 12 and Progressive Codification, Miscellaneous 18 (1992), p. 19 (*Bonell*).

the UNIDROIT Principles would violate national mandatory law, applicable pursuant to article 9 Rome I Regulation and taking priority also under the concept of the UNIDROIT Principles (article 4.1).

18. Nonetheless, it remains a drop of bitterness that, contrary to the initial proposal of the European Commission,⁴⁹ the member states of the European Union – including notably my German colleagues from the German Federal Bar BRAK – have voted for a conservative approach and prevented an explicit permission to choose as the applicable contractual regime, alternatively to a state law regime, “the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the Community.”⁵⁰ On this regard, the private international law of contracts in the European Union, as currently in force, is thus lagging behind the international evolution of this subject of law, achieved a few years after the entry into force of the Rome I Regulation, with article 3 of the 2015 Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts.⁵¹ It states: “The law chosen by the parties may be the rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.”⁵² The first enactments of these model rules have been made in South America.⁵³

3. The CISG is by now in force in close to 100 member states worldwide

19. The treaty law in the CISG often requires attention. It is generally applicable if both parties come from contracting states or if the applicable private international law determines as applicable the law of a member state.⁵⁴ An exception only applies if the parties have derogated its application pursuant to its Art. 6 CISG, in a form which meets the standards of the CISG.⁵⁵

20. As a result of the emergence of the CISG, the international law of sales in Australia, Brazil, China, Egypt, Germany, Japan, Spain, USA is essentially identical, as this is the case with all close to 100 member states to the CISG.⁵⁶ Unfortunately, many practitioners still ignore this advantage. In Germany, we had the first reported malpractice case: An insurance company had to pay because the lawyer systematically struck out the CISG according to its article 6 without advising on the disadvantages and risks which substantiated.⁵⁷

4. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts provide a sound system of general principles and rules of international commercial contracts

21. In 1994, the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), established in 1926 in Rome as an off spin of the League of Nations, has first published its compilation of general

⁴⁹ E. BRÖDERMANN, The Growing Importance of the UNIDROIT Principles in Europe - A Review in Light of Market Needs, the Role of Law and the 2005 Rome I Proposal -, *Uniform Law Review* 2006, 749, 762.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Approved on 19 March 2015, available at: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (visited on 26 May 2024).

⁵² *Id.*

⁵³ The first was Paraguay in 2015, *see Bonell*, The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles, in: *Uniform Law Review* Vol. 23 (2018), 15-41 at p. 27.

⁵⁴ Art. 1 para. 1 CISG.

⁵⁵ For example, if the exclusion is contained in general terms and conditions, they need to have been properly communicated, safest by attachment, *see e.g.* Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court), Judgement of June 29, 2017, case no. 8 Ob 104/16a 29 = CISG-online no. 2845; Bundesgerichtshof (German Supreme Court), Judgement of 26 November 2020, case no. I ZR 245/19 = CISG-online no. 5488.

⁵⁶ *See* <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-table-contracting-states> (with helpful comments on the status of accession and relevant declarations and reservations), visited on 24 May 2024.

⁵⁷ Anecdotal evidence; reported via different sources (one professor even wrote to the insurance company to receive confirmation), *see* E. BRÖDERMANN, *Die Zukunft der internationalen Vertragsgestaltung*, *Zeitschrift für internationales Wirtschaftsrecht* 2018, p. 246, 249 note 34.

principles and rules of international commercial contract law, i.e. the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles). The compilation of initially 120 rules has grown via further editions of 2004 and 2010 to 211 rules in the 2016 edition. That last edition amended only a few rules⁵⁸ and notably comments to enhance the usability of the UNIDROIT Principles for long-term contracts as opposed to spot-contracts with single transactions. The UNIDROIT Principles cover all areas of general contract law like contract formation, validity, performance, non-performance, set-off, assignment, limitation periods, plurality of obligors and obligees.⁵⁹ The UNIDROIT Principles contain, by way of an international compromise, the joint essence of the major contract laws of the world in a way which is compatible with all national legal orders. This is why they have been used in multiple arbitral awards and national court decisions as general principles of contract law⁶⁰ or to interpret national law.⁶¹ Several legislators have used the UNIDROIT Principles when revising their codes on contract of law.⁶² In addition, the UNIDROIT Principles have been used to supplement international instruments like the CISG.⁶³ They have been officially recommended by the U.N. Commission on International Trade Law⁶⁴ and by the *Union Internationale des Avocats*.⁶⁵ The International Chamber of Commerce has integrated the UNIDROIT Principles into several model contracts including the ICC Model Contract Commercial Agency⁶⁶ and the ICC Model Contract Occasional Intermediary (general conditions for non-circumvention & non-disclosure agreements).⁶⁷ There exists thus both an extensive practice under the UNIDROIT Principles and an emerging *opinio iuris*⁶⁸ and recognition by the relevant circles of judges, arbitrators, and academics. By way of example, Klaus-Peter Berger has recently concluded an analysis of two major arbitral awards which have applied the UNIDROIT Principles with an assessment which documents the emerging *opinio iuris*. He concluded:

“ ... thirty years after they were first published by UNIDROIT in 1994, there is a growing acceptance of the UPICC [i.e. the UNIDROIT Principles] as an independent legal system of transnational contract law and not just a restatement-like reservoir of individual principles and rules. [...] At the same time, the UPICC are recognized today, due to their high degree of maturity, persuasive authority, comprehensive scope and acceptance in international arbitration, as binding standards for the resolution of international business disputes by international arbitrators.”⁶⁹

22. Another notable example for the increasing worldwide acceptance of the UNIDROIT Principles are the African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts, published in

⁵⁸ Preamble and Articles 1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8, and 7.3.7, see Introduction to the 2016 Edition at p. vii.

⁵⁹ For an introduction to the UNIDROIT Principles see E. BRÖDERMANN, *supra* note 47, at p. 1-23 (Introduction, mn. 1-26). For court cases and arbitral awards using the UNIDROIT Principles see www.unilex.info (last visited on 28 May 2024).

⁶⁰ See, by way of a recent example, *Ad hoc, Nurhima Kiram Fornan et al. v. Malaysia*, Preliminary Award on Jurisdiction and Applicable Substantive Law of 25 May 2020, at no. 141; accessible via <https://jsumundi.com/en> by searching “*Nurhima Kiram Fornan et al. v. Malaysia*” (visited on May 4, 2024); K.P. BERGER, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a System of Transnational Contract Law: Two Recent Arbitral Awards, *Journal of International Arbitration* 41, no. 3 (2024), at 255, 258-266; E. BRÖDERMANN, *supra* note 47, at 46-51 (Annex to Preamble, mn. 12-17 for arbitral awards) and 59-60 (Annex to Preamble, mn. 30 for court cases).

⁶¹ E. BRÖDERMANN, *supra* note 47, Annex to Preamble at p. 60-65 mn. 32-34 (use by national courts) and at p. 52-55 mn. 20-23 (use by arbitral tribunals).

⁶² *Michaels* in Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2nd Ed. (2015) at p. 100-106 (Preamble I no. 156-167); E. BRÖDERMANN, *supra* note 47, at p. 36-37 (Preamble, mn. 13).

⁶³ E. BRÖDERMANN, *supra* note 47, Annex to Preamble, at p. 60 mn. 31 (on use by national courts) and at 51 -52 mn. 19 on use by arbitral tribunals).

⁶⁴ Last in 2021: Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Fifty-fourth Session (28 June - 16 July 2021), Official Records of the General Assembly, Seventy-sixth Session, Supplement No. 17 at “XIII. Endorsement of texts of other organizations: Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016”, pp. 51-52 at no. 267, 268.

⁶⁵ UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS (UIA), Resolution on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, issued on July 15, 2020, <https://www.unidroit.org/uia-signs-resolution-recommending-consideration-of-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-2016/> (visited on May 25, 2024)

⁶⁶ Art. 24.1 lit. c on choice of law.

⁶⁷ Art. 13.1 on choice of law.

⁶⁸ E. BRÖDERMANN, *supra* note 44, at 65-70 (Annex to Preamble, mn. 35-45) with detailed arguments.

⁶⁹ K.P. BERGER, *supra* note 58, at 255, 269.

2023 by the South African professor *Jan L Neels*. In addition to the choice of a state law, covered in article 3, they propose in article 4 paragraphs 1 to 3, detailed rules on the integration of the UNIDROIT Principles⁷⁰:

“Article 4

Choice of rules of law; incorporation by reference

1. A choice of one or more of the following instruments is recognised on the same level as the choice of the law of a country:
 - a) the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts;
 - b) a treaty, as defined in the United Nations Convention on the Law of Treaties;
 - c) the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits;
 - d) any instrument issued under the auspices of a regional economic integration organisation or an international, supranational or regional intergovernmental organisation, including any instrument issued by the Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires.
2. If the parties choose an instrument in terms of paragraph (1)(b), (c) or (d), the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used in its interpretation and supplementation.
3. If the parties choose the general principles of law, the *lex mercatoria*, international commercial law or the like to govern their contract, the following instruments may be applied, where relevant –
 - a) the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts;
 - b) the United Nations Convention on the International Sale of Goods, as interpreted and supplemented by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts;
 - c) the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits.”

23. The UNIDROIT Principles can be chosen for all kinds of contracts, in all kinds of industries, and for all sizes of contract.⁷¹ A 69 million USD acquisition of software under the UNIDROIT Principles in 2022-2023 in a US-Chinese M&A transaction (with connection to 84 jurisdictions) evidences the usability of the UNIDROIT Principles even for high value contract projects in situations of political tensions and of cultural and legal differences. The transaction between Broadcom (NYSE: AVGO), a public company whose headquarters is in Shenzhen, China, which produces computer chips, and the software company VMware involved an asset deal and a long-term IP license contract, both with a choice-of-the UNIDROIT Principles clause in combination with an arbitration clause.⁷²

5. Arbitration has become a developed tool with a vivid global scene

24. The 1985 UNCITRAL Model Law on Arbitration has been further amended in 2006.⁷³ More importantly, it has widely inspired national legislators.⁷⁴ More generally, the world of arbitration has grown during the past 35 years at an incredible level and speed with over 1,000 arbitral institutions around the globe, and with vivid discussions at arbitration conferences on all continents. In this context, multiple soft laws have been developed by lawyers’ institutions or arbitral institutions on multiple pro-

⁷⁰ J. L. NEELS, African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts (2023) available at: <https://library.oapen.org/viewer/web/viewer.html?file=/bitstream/handle/20.500.12657/85129/9781776447411.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (last visited 28 May 2024).

⁷¹ See, e.g., the examples given in E. BRÖDERMANN, *supra* note 44, at 3, mn. 3 note 13.

⁷² 61 USD in cash and 8 USD in debt, see <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/broadcom-s-61b-vmware-buy-ranks-as-3rd-largest-tech-deal-70506762> (visited on May 5, 2024). The author is grateful to William Turner for the information.

⁷³ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf (visited on 28 May 2024).

⁷⁴ Above mn. 9.

cedural issues (like evidence⁷⁵ or privilege and attorney secrecy⁷⁶) albeit the issue of private international law for contracts, notably the choice of law or rules of law, is contained in the arbitral rules or the national arbitration laws.

25. In particular, Article 28 of the UNCITRAL Model Law on Arbitration explicitly permits the choice of ‘rules of law’.⁷⁷ As noted at mn. 9 above, it has thus been enacted in 125 jurisdictions. For example, in Germany it was introduced in 1997 in § 1051 German Code of Civil Procedure, so that a special regime for the private international law of contracts (*lex specialis*) applies, if the parties combine their choice of law or of rules of law - like the UNIDROIT Principles – with an arbitration clause. Furthermore, multiple arbitration institutions have included a similarly liberal rule permitting the choice of rules of law into their arbitration rules.⁷⁸

6. The internet and legal data platforms facilitate comparative legal research

26. Sources of law which used to be difficult to find are now often only a mouse click away. Instead of hours, days and sometimes weeks of travelling and writing letters to inquire about the whereabouts of a book, many relevant sources of law can be found quasi instantly (although the data available via internet remain dependant on the input and is thereby not allways reliable; further, with the decline of books and paper, substantial information is only available at restricted web spaces). As a result, it has become possible to access relevant legal sources or to conduct an arbitration from quasi anywhere in the world.

IV. Changes of Paradigm

27. Compared to 1989, the private international law in Europe in general and the parameter of international contract drafting have notably changed and improved. These changes and improvements have been brought about through an evolutionary process. In sum though, when comparing 1989 versus 2004, the changes and improvements are so manifest, fundamental and relevant for international contracting that it appears appropriate to described them as a change of paradigm.⁷⁹

⁷⁵ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, adopted by a resolution of the Council of the International Bar Association on 17 December 2020 (<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2a-f7cf7b>), visited on 25 May 2025.

⁷⁶ IPBA Guidelines on Privilege and Attorney Secrecy in International Arbitration, adopted by Council resolution of the Inter-Pacific Bar Association of 13 October 2019 (<https://ipba.org/sites/main/media/fck/files/2020/IPBA%20Guidelines.pdf>), visited on 25 May 2025.

⁷⁷ If the parties have not made a choice of law or rules of law, the default rules vary, leaving though generally some discretion to the arbitral tribunal. This special issue shall not be discussed here. See e.g. on the one hand Art. 28 para. 2 UNCITRAL Model Law of Arbitration referring to the application of choice of law rules to be chosen by the arbitral tribunal, on the other hand Art. 21 para. 1 sentence 2 ICC Arbitration Rules giving full discretion.

⁷⁸ See, by way of example, Art. 21 (1) sentence 1 ICC Arbitration Rules (2021), Art. 29 (1) Arbitration Rules of the *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid* (“CIAM Rules” 2022 in their English version, visited last on 26 May 2024), Art. 35 (1) ASEAC Rules (2023, which explicitly also contains the option to choose the UNIDROIT Principles), Art. 24.1 DIS Rules of the German Arbitration Institute (2018). With effect as of 1 January 2024, the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), the worldwide largest arbitral institution with regard to the number of cases has changed its arbitral rules with effect as of 1 January 2024 with regard to the “Making of the Award”. Art. 52 para. 2 now mentions explicitly principles of law. Properly interpreted, this entails the possibility to choose the UNIDROIT Principles in combination with a CIETAC arbitration clause. See E. BRÖDERMANN/B. ETGEN, CIETAC Arbitration Rules 2024, Article-by-Article Commentary (2024), Art. 52 mn. 5-14.

⁷⁹ For German private international law, the author has noted this once before in German language for the development observed at IV.1 below, at E. BRÖDERMANN, “Paradigmenwechsel im internationalem Privatrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, p. 807-813. In this article, written over a dozen years later, this observation is extended by integrating the arbitration perspective discussed at IV.2.

28. Fundamental changes can be observed, *firstly*, on a *European* level with regard to the private international law of contracts which courts of the member states of the European Union apply (hereinafter **III.1**), and, *secondly*, on a *global* level with regard to the relevant private international law for international commercial contract drafting and with regard to the determination of the contractual regime in arbitration (hereinafter **III.2**).

1. Private international contract law in European courts: More Uniformity at the Cost of Complexity

29. As a result of the emergence of European private international law of contracts, i.e. the Rome I Regulation as discussed at **III.2**. (mn. 16), the private international law applicable in court litigations in the member states of the European Union has generally three levels: (i) private international law in Public international (treaty) law; (ii) private international law in European Union Law; and (iii) private international law in national law, which can be either (III.a) harmonized private international law based on European directives,⁸⁰ or (III.b) truly autonomous national law.⁸¹

30. Depending on the source of law, different rules of interpretation apply (and to some extent other judicial bodies are competent): **(i)** To interpret private international law in Public international (treaty) law, Art. 31 of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties⁸² applies which requires an interpretation according to the principle of good faith. **(ii)** To interpret private international law in European Union Law, especially the Rome I Regulation, the European Court of Justice is ultimately competent pursuant to Art. 267 TFEU. It will apply an *effet-utile* interpretation which strives to give the greatest effect possibly to the European source of law.⁸³ In the case of the Rome I Regulation, this is strengthening the European judicial area.⁸⁴ **(iii)** To interpret national private international law, the applicable rules of interpretation vary depending on whether it is harmonized or truly autonomous national law. In case a national private international rule on contracts originates in a European directive,⁸⁵ the competence for the interpretation of the underlying directive lies with the European Court of Justice. In contrast, the interpretation of purely autonomous private international law lies with the national supreme court.

31. This structure with three levels of sources of private international law (or even four because of the subdivision of the national level into harmonised law implementing an EU directive and autonomous law) constitutes a major paradigm change as compared to the status of the law in 1989 as discussed at **II.2**.⁸⁶

32. For students, the structure is quite complex to understand. To simplify, I give my students the picture of a kite.⁸⁷ I propose to imagine a kite in a different colour for any subject of law, i.e. contracts, company law, torts etc. Any of these laws is structured according to this same general structure of (i) treaty law, (ii) European Union Law and (iii) national law, the latter with the additional distinction between harmonized law based on European directives and truly autonomous national law. Each kite stands for one subject of law (and therefore for the need of qualification of the question of law to resolve).

⁸⁰ Art. 288 para. 3 TFEU requires that European directives need to be transferred to national law to become effective in a member states.

⁸¹ E. Brödermann in E. Brödermann/J. Rosengarten, *supra* note 1 at mn. ____ [to be supplemented in the proofs; currently with the publisher].

⁸² Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980; United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

⁸³ See, for example, the fundamental ruling of the ECJ of 19 June 1990 – C-213/89, OJ 1990, I p. 2433 – Factortame

⁸⁴ Recital 6 Rome I Regulation.

⁸⁵ Example: Art. 46b EGBGB in Germany (in force since 1 January 2022), which is based on Directive (EU) 2019/771.

⁸⁶ See above mn. 9.

⁸⁷ E. BRÖDERMANN in C. Benicke / S. Huber, *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht*, Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag (2020), p. 15-30.

33. These kites are flown by the lawyer in charge to solve the international challenge of drafting a contract, by complex three-chain-ropes in different colours. These ropes stand for the applicable private international law. Symbolized by the three chains of each rope, these ropes reflect the same structure: (i) treaty law; (ii) EU law; and (iii) national law in its two variations, harmonized national private international law and truly autonomous private international law. With the help of characterisation (also referred to as classification)⁸⁸ the lawyer decides which kite to fly for any given project. For complex project of international contracting, many kites (and ropes of private international law) are necessary: one for contract, one to determine the existence of the acting companies, one for representation, one for securities etc.

34. In addition to these general (vertical) distinctions, based on the hierarchy of norms, between public international, European and national law, more caution is required. Finding the right source of law for international contracting requires some more “scouting in the jungle” (of private international law) depending on the circumstances. In many situations, the Rome I Regulation will not apply although, according to the general structure, it might apply at first sight. A few examples:

35. For certain subjects unified substantive treaty law, like the CISG, may take priority because of its own rules contained in the substantive law treaty.⁸⁹ Due to the impressive enlargement of the member states (as observed above at **III.3** mn. 20), the CISG is relevant more frequently than in 1989. It requires careful examination of the facts to determine if its substantive rules on international sales takes priority, directly via article 1 para. 1 lit a) CISG (thereby evicting the need to apply the Rome I Regulation), or pursuant to article 1 para. 1 lit b) CISG as a consequence of the application of the Rome I Regulation. In my commercial practice as a lawyer, I have observed several times even for large scale projects that the parties simply started a project, intending to also agree on a contract with a choice of a national law excluding the CISG. Business took over and the finalisation of the contract lost priority; disputes arose without a written contract. As a result, the CISG applied because the condition under its article 1 para. 1 for its application were met, and the parties had made no valid derogation pursuant to its article 6.

36. Further, the Rome I Regulation does not cover all contractual subjects. For example, according to an exclusion in its article 1 (2) lit. e it does not apply to arbitration agreements.⁹⁰ Here the private international law regime in article V (1) lit. a of the 1958 U.N. New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards steps in.⁹¹

37. The Rome I Regulation does not apply to all European countries. It does not apply to Denmark; pursuant to the Danish reservation,⁹² made at its accession to the EU, that such regulations do not automatically apply in Denmark.⁹³ Distinctly from the process chosen for the Brussels Ia-Regulation, Denmark and the EU have never concluded an agreement to enlarge the field of application of the Rome I Regulation to Denmark.⁹⁴ Further, since BREXIT, i.e. the end of the transition period (31 December 2020),⁹⁵ the Rome I Regulation does not apply any more directly in the UK. It continues however to have an indirect effect in the UK because it has been integrated into a UK national law.⁹⁶

⁸⁸ See e.g. North / Fawcett, *Private International Law*, 13th Ed. (1999) at p. 35, fn. 1.

⁸⁹ See **II.4** at mn. 7.

⁹⁰ Art. 1 para. 2 lit. e) Rome I Regulation.

⁹¹ https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/2/12_english-text-of-the-new-york-convention.pdf

⁹² See Protocol No 22 to the TFEU.

⁹³ E. BRÖDERMANN/G. WEGEN, *supra* note 14, Art. 25 Rome I Regulation, mn. 2.

⁹⁴ See the explicit agreement to extent the field of application of the Brussels Ia-Regulation to Denmark, OJ 2005 L 299, p. 62 and the acceptance letter of Denmark from 12 December 2012 (OJ 2013 L 79, p. 4).

⁹⁵ Art. 126 Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, OJ 2019, C 384 I p. 1.

⁹⁶ E. BRÖDERMANN/G. WEGEN, *supra* note 14, Art. 1 Rome I Regulation, mn. 3.

38. Last, but not least, there are several member states in the EU, where the Rome I Regulation does not apply at all to contracts of sale. At its enactment, the Rome I Regulation had to accept priority of existing treaties.⁹⁷ Thus, the (partly different) private international law rules in the 1955 Hague Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods⁹⁸ apply when courts in Denmark, Finland, France, Italy or Sweden have jurisdiction.⁹⁹ In contrast, the Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods has never come into force.¹⁰⁰

39. Despite these *caveats* to the application of the Rome I Regulation discusses at mn. 33-37 above, the Rome I Regulation has brought about more conformity of the private international law of contracts in Europe, albeit at the cost of more complexity to the system of private international law that students must learn.

2. More freedom on a global level: Simplified Global Contracting

40. Through the development of private international law for contracts in arbitration laws and arbitral regimes of arbitral institutions in the past three decades, it has become widely possible to choose rules of law instead of any domestic law as the legal regime for an international contract. Against this background, the emergence of the UNIDROIT Principles between 1994 and 2016 has an even more fundamental and *global* impact from the perspective of an internationally practicing lawyer, striving to develop the best and most efficient solutions for its clients at the drafting stage of international commercial contracts.

41. The release of the UNIDROIT Principles needs to be thus assessed jointly with (i) the increased options in international arbitration and (ii) the developments of the arbitration law and arbitration rules around the world, as observed *supra* at mn. 24-25 (III.4. and III.5). Using the freedom to choose rules of law under most arbitration rules, it is today possible to agree, in a choice-of-the UNIDROIT Principles clause, on the choice of the UNIDROIT Principles in combination with an arbitration clause. This approach did not exist in 1989. It is simple and efficient. It is therefore called Simplified Global Contracting.¹⁰¹ The contract drafters can thereby rely on all the advantages of a fair and neutral contract regime,¹⁰² subject only to internationally mandatory law (pursuant to article 1.4 UNIDROIT Principles)¹⁰³ and to the agreements reached by the parties on specifics in their contract (which take priority pursuant to article 1.5 UNIDROIT Principles). In that scheme of action, the parties choose the UNIDROIT Principles in combination with an arbitration regime. Thanks to the advantages of the New York Convention that scheme ensures that a dispute, if any, is resolved and an award is enforceable in all approximately 170 contracting states of the New York Convention.¹⁰⁴ Thanks to the internet, and the far reaching accessibility of legal rules, knowledge and wisdom from most places of the world, it is possible to combine the choice of the UNIDROIT Principles with arbitration in many regions of the world.

42. Never before had companies so much alternatives to choose from. In combination with an arbitration clause, the UNIDROIT Principles provide a real game changer to international contracting which reduces risks and costs.

⁹⁷ Art. 25-26 Rome I Regulation.

⁹⁸ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=31> (visited on 25 May 2024).

⁹⁹ See *id.*

¹⁰⁰ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (visited on 25 May 2024).

¹⁰¹ E. BRÖDERMANN, *supra* note 44, at 2 (Introduction mn. 2).

¹⁰² In a discussion of the UNIDROIT Principles on 7 June 2024 at a conference organised by UNIDROIT the occasion of the 30th anniversary of the UNIDROIT Principles, PEDRO GALICI, inhouse counsel of the Italian company ENI, argued that, instead of insisting on one-sided contracts, the choice of the UNIDROIT Principles as contractual regime would contribute to compliance with modern standards of ethical behavior (ESG).

¹⁰³ See, UNIDROIT, Official Comments, Art. 1.4 mn. 4, p. 12; E. BRÖDERMANN, *supra* note 49, Art. 1.4 mn. 3-4.

¹⁰⁴ See <https://www.newyorkconvention.org/contracting-states>, last visited on 26 May 2024.

43. In order to enhance the chances that the UNIDROIT Principles are accepted by the contract partner (who may not know them), it has proven helpful in practice to operate with a more self-explaining choice of the UNIDROIT Principles clause, e.g.:

This contract shall be governed by general principles and rules of international contract law, as compiled and developed by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), initially set up as an auxiliary organ to the League of Nations, i.e. the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>), edited 2016, which shall apply as default rules for those issues which are not specifically regulated otherwise in this contract.¹⁰⁵

V. Summary Assessment

44. In the author's assessment, the UNIDROIT Principles are the biggest achievement of the international legal society since the year 534 when Emperor Iustinian compiled the Roman law.¹⁰⁶ Further, due to their foundation on the overarching principle of good faith and fair dealing (Art. 1.7), on a very high level they can also be described as internationalising the concept of the Uniform Commercial Code which added, in the 1950s and 1970s, a general principle of good faith and fair dealing to common law.¹⁰⁷

45. As a result of this considerable achievement of UNIDROIT to coordinate the compilation and development of the UNIDROIT Principles over so many decades, 'an independent legal system of transnational contract law'¹⁰⁸ is readily available which simply did not exist when the jubilee and the author first met in 1989. Thanks to the development of arbitration law and in particular arbitration rules, as discussed at **III.5** (mn. 25), it is possible to choose the UNIDROIT Principles as 'rules of law'. By way of Simplified Global Contracting, the complex three-level-system of the private international law for contracts can be avoided that is otherwise applicable in disputes before state courts in member states of the European Union. In arbitrations, the conservative limitation of choice of law to state law in article 3 paragraph 1 sentence 1 Rome I Regulation (as discussed at **III.2** mn. 17) will generally not apply.¹⁰⁹

46. Simplified Global Contracting, combining in 2024 a choice-of-the UNIDROIT Principles clause with an arbitration clause represents a level of freedom which excels by far what we could have imagined in 1989. As international legal society, we have thus made progress towards an enhanced level of freedom during that time span since the first meeting between the jubilee and the author in 1989.

¹⁰⁵ Variation of the clauses first developed in E. BRÖDERMANN, "Overcoming Obstacles to the Application of the UNIDROIT Principles: Proposal for a Descriptive Choice of the UNIDROIT Principles Clause", *Uniform Law Review* (2021), p. 453, (with detailed reasons for the wording); E. BRÖDERMANN, *supra* note 44, Introduction at 12 (mn. 9d).

¹⁰⁶ E. BRÖDERMANN, *supra* note 98, p. 454.

¹⁰⁷ In the 2001 version, the UCC, § 1-201 (20) defines good faith as "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing."

¹⁰⁸ K.P. BERGER, *supra* note 50, at 255, 269 (as cited *supra* at **III.3** mn. 21).

¹⁰⁹ In some situations, restrictions might follow from applicable treaty law, e.g. Art. VII of the European (Geneva) Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Convention. In the same vein, it is at least at first sight not clear to a foreign user of a Spanish arbitration site which role, if any, article 34 paragraph 2 of the Spanish Arbitration Act (speaking of "*normas jurídicas elegidas*") plays with regard to Art. 29 paragraph 1 CIAM Rules (speaking of "*rules of law*" in the English version and of "*normas jurídicas*" in the Spanish version).

Lesión de derechos de la personalidad en internet y Derecho internacional privado*

Infringement of personality rights via the internet and private international law

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

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

ORCID ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 13.03.2024 / Aceptado: 02.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8907

Resumen: Este trabajo versa sobre la vulneración de derechos de la personalidad a través de Internet, desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Se analizarán fundamentalmente los foros de competencia judicial internacional del Reglamento (UE) 1215/2012 y de la LOPJ, prestando especial atención al art. 7.2 del Reglamento. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la víctima puede optar por interponer su demanda en materia de responsabilidad civil ante los tribunales del lugar de su centro de intereses.

Palabras clave: derechos de la personalidad, Internet, víctima, centro de intereses.

Abstract: This article deals with the infringement of personality rights via the Internet. The rules governing jurisdiction under the Regulation (EU) 1215/2012 and the Spanish Law will be analysed, paying special attention to Art. 7 (2) Regulation (EU) 1215/2012. According to the decisions of the Court of Justice of the European Union, the victim has the option of bringing an action for liability before the courts of the Member State in which the centre of his/her interests is based.

Keywords: personality rights, Internet, victim, centre of his/her interests.

Sumario: I. Introducción. II. Lesión de derechos de la personalidad en Internet: la aplicación del Reglamento 1215/2012. 1. Foros para la reparación total o parcial del daño. A) El foro del domicilio del demandado del art. 4 Reglamento 1215/2012. a) Aspectos previos. b) Ventajas. c) Inconvenientes. B) El foro del art. 7.2 R 1215/2012. a) Aspectos previos. b) Tesis de la ubicuidad y tesis del mosaico. c) El establecimiento del emisor como lugar del hecho generador del daño. d) El centro de intereses de la víctima. e) Los lugares de materialización del daño. 3. Foros para la rectificación de información y la supresión de contenidos en Internet. III. Lesión de derechos de la personalidad en Internet: la aplicación de la LOPJ. IV. Conclusiones.

* Deseo dar las gracias a la AEI y al Ministerio de Ciencia e Innovación, ya que esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-115352GB-I00, financiado por AEI/10.13039/501100011033.

I. Introducción

1. El presente trabajo versa sobre la lesión de los derechos de la personalidad desde la perspectiva del Derecho internacional privado, cuando tales derechos han sido vulnerados mediante la publicación de contenidos a través de Internet.

2. El hilo conductor del trabajo será la competencia judicial internacional, para determinar, así, ante qué órganos jurisdiccionales podrá interponer su demanda la presunta víctima. Ello hará preciso distinguir entre los casos en que resultará aplicable el *Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* y aquellos en los que será preciso determinar la competencia judicial internacional en virtud de normas de Derecho internacional privado de producción interna.

3. Además de una compensación por los daños, la presunta víctima puede estar interesada en la rectificación de la información y/o la supresión de contenidos, por lo que se distinguirá entre los foros que permiten una reparación total de los daños, una reparación parcial y los foros ante los que cabe solicitar la rectificación y/o supresión.

4. Si bien se analizará principalmente la competencia judicial internacional, a lo largo del trabajo se harán reflexiones sobre la Ley aplicable al fondo del asunto, así como sobre la validez extraterritorial de resoluciones, dado que resultarán relevantes a la hora de que la víctima escoja entre los diferentes foros.

II. Lesión de derechos de la personalidad en Internet: la aplicación del Reglamento 1215/2012

5. Para determinar la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil extracontractual derivada de la lesión de los derechos de la personalidad en Internet, es preciso, en primer lugar, analizar si resulta aplicable el *Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, R 1215/2012)¹.

6. Al respecto, cabe tener presente que:

- a) Los casos de responsabilidad civil extracontractual derivada de la lesión de los derechos de la personalidad en Internet están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, dado que esta norma se aplica en materia civil y mercantil (art. 1) y no se hace referencia a la lesión de los derechos de la personalidad en las exclusiones del art. 1.2.
- b) El Reglamento 1215/2012 resulta de aplicación por los **órganos jurisdiccionales** de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 81).
- c) El Reglamento 1215/2012 es aplicable a las demandas interpuestas a partir del 10 de enero de 2015 (art. 66.1, art. 80 y art. 81).
- d) El Reglamento 1215/2012 será la norma que determinará la competencia judicial internacional si el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro (art. 4) y, si no se diera tal circunstancia, su aplicación dependerá de que pueda ser activado un foro que opere con independencia del domicilio de las partes (como se verá, en materia de responsabilidad civil extracontractual derivada de la lesión de los derechos de la personalidad en Internet, tales foros podrían ser la sumisión tácita del art. 26 y la sumisión expresa del art. 25).

¹ *DOUE* núm. L 351, de 20 diciembre 2012, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>.

7. Para determinar los órganos jurisdiccionales competentes conforme al Reglamento 1215/2012, es preciso atender a la jerarquía de foros, teniendo presente que la lesión de los derechos de la personalidad no es objeto de los foros exclusivos del art. 24.

8. Así, al no encajar el supuesto en un foro exclusivo, el primer foro que podría operar sería el foro de la sumisión tácita del art. 26 y, en su defecto, el foro de la sumisión expresa del art. 25. Como ocurre con carácter general en diversos casos de responsabilidad civil extracontractual, no es frecuente la determinación de la competencia judicial internacional con base en la sumisión de las partes; ya sea porque el demandado no está dispuesto a contestar a la demanda sin impugnar la competencia (art. 26), o bien porque, al tratarse de partes no vinculadas previamente por una relación previa (ej. contractual), no llegan a acordar unos órganos jurisdiccionales competentes para el caso de litigio (art. 25)².

Por ello, en el presente trabajo se analizará el foro del domicilio del demandado del art. 4 y, en particular, el foro especial del art. 7.²³.

1. Foros para la reparación total o parcial del daño

A) El foro del domicilio del demandado del art. 4 Reglamento 1215/2012

a) Aspectos previos

9. Conforme al art. 4 R 1215/2012, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra domiciliado el demandado, siendo un foro de competencia judicial internacional que no determina la competencia territorial⁴. En caso de que se pretenda demandar a varios sujetos, el art. 8.1 R 1215/2012 permitiría demandarlos ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siendo preciso que todos se encuentren domiciliados en Estados miembros y que exista entre las demandas una relación tan estrecha que justifique juzgarlas conjuntamente para evitar así resoluciones que podrían ser contradictorias⁵.

10. Cuando el demandado es una persona jurídica (ej. medio de comunicación que publica la información que lesiona los derechos de la personalidad), su domicilio viene determinado por el art. 63 R 1215/2012, pudiendo ser demandado ante los órganos jurisdiccionales de su sede estatutaria, de su administración central o de su centro de actividad principal.

11. Si el demandado es una persona física (ej. persona física que publica la información en su blog personal) los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante el que se interpone la demanda aplicarán su Ley interna para determinar si tiene allí su domicilio y, en su defecto, se aplicará la Ley interna de otros Estados miembros para determinar si se encuentra allí domiciliado (art. 62)⁶.

² Vid. M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, núm. 1, p. 114, que indica que “el juego de la sumisión expresa es prácticamente inexistente”.

³ Entre otros, vid. M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, pp. 113-114; S. VILAR GONZÁLEZ, “Los conflictos internacionales sobre la protección de los derechos de la personalidad en internet”, en L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (dir.), *Internet y los derechos de la personalidad*, Valencia, Tirant lo blanch, 2019, p. 564. Cabe tener presente -si bien no será objeto de análisis en este trabajo- que si la responsabilidad civil deriva de un ilícito penal, el foro especial del art. 7.3 R 1215/2012 permite que, si se dan determinadas condiciones, sea el órgano jurisdiccional competente para conocer del ilícito penal el que también pueda asumir la competencia en materia civil (sobre este foro, vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., t. III, Valencia, Tirant lo blanch, 2022, pp. 3991-3993.

⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 3782.

⁵ Al respecto, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 264.

⁶ Con respecto a las dificultades que pueden surgir para determinar el domicilio del demandado, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 3782; M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, pp. 115-116.

12. Cabe plantearse qué ocurre en caso de que surjan dificultades para determinar dónde se encuentra domiciliado el demandado, como ocurrió en el caso *De Visser*.

El litigio surge con motivo de la demanda interpuesta por una persona cuyas fotografías fueron publicadas por C. de Visser en el sitio de Internet del que este último era responsable⁷. Una de las cuestiones que se plantearon en el caso fue precisamente que, si bien el demandado se encontraba probablemente domiciliado en la Unión Europea, su paradero era desconocido⁸.

Se podían plantear dos situaciones: si el demandado estuviera domiciliado en un Estado miembro, entonces la competencia judicial internacional se determinaría en virtud del entonces aplicable *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁹. En el ámbito de dicha norma, podría así valorarse la aplicación del foro del domicilio del demandado o bien de un foro especial. En cambio, si el demandado no estuviera domiciliado en un Estado miembro, el Reglamento 44/2001 no sería de aplicación y el tribunal nacional tendría que determinar la competencia judicial internacional conforme a sus normas de producción interna de Derecho internacional privado.

La cuestión surgía porque el art. 4.1 R 44/2001 comenzaba señalando, en la línea del art. 6 R 1215/2012, que “Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro...”¹⁰. Por ello, era preciso determinar cómo proceder cuando, estando el demandado en paradero desconocido, era probable que se encontrara domiciliado en un Estado miembro. Es decir, la cuestión era si el inciso “Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro...” se refería a tener la certeza de un domicilio en un tercer Estado¹¹.

El TJUE consideró que, para descartar la aplicación del Reglamento y, por ello, determinar la competencia judicial internacional en virtud de normas de producción interna de Derecho internacional privado, era preciso que el tribunal contase con indicios probatorios que le permitiesen concluir que el demandado se encontraba “efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión”¹². Por lo tanto, los foros del Reglamento -tanto el foro del domicilio del demandado (art. 4), como los foros especiales del art. 7- resultan de aplicación también para demandados “probablemente” domiciliados en la Unión Europea¹³.

b) Ventajas

13. Los órganos jurisdiccionales competentes en virtud del foro del domicilio del demandado del art. 4 R 1215/2012, son competentes para conocer de las reclamaciones derivadas de todos los daños que la presunta víctima pudiera haber sufrido, con independencia del lugar o lugares de materialización del daño¹⁴. Así, como se verá frente a otras opciones, el foro del domicilio del demandado evita que la víctima tenga que interponer demandas en diferentes lugares.

14. Otra de las ventajas consiste en que, al litigar ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, generalmente resultará más sencilla la ejecución de la resolución

⁷ STJUE 15 marzo 2012, *G y Cornelius de Visser*, asunto C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, apartados 2 y 24.

⁸ *Ibidem*, apartado 37. Según consta en la Sentencia, se intentó notificar al demandado en los Países Bajos, atendiendo a la información legal de su sitio de Internet (STJUE 15 marzo 2012, *G y Cornelius de Visser*, asunto C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, apartado 29).

⁹ DOCE núm. L 12, de 16 enero 2001, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj>.

¹⁰ STJUE 15 marzo 2012, *G y Cornelius de Visser*, asunto C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, apartado 38.

¹¹ *Ibidem*, apartado 40, en el que remite a la STJUE 17 noviembre 2011, *Hypoteční banka a.s. contra Udo Mike Lindner*, asunto C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745, apartado 42. En este caso, existían dudas sobre el domicilio de un consumidor que había sido demandado por considerar la demandante que había incumplido el pago de las cuotas de un crédito hipotecario (apartado 2). No existiendo indicios probatorios de un domicilio en un tercer Estado, el TJUE determinó que podía atenderse al último domicilio conocido del consumidor (apartado 55). Vid. entre otros, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 263-264.

¹² STJUE 15 marzo 2012, *G y Cornelius de Visser*, asunto C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, apartado 40.

¹³ *Ibidem*, apartado 42.

¹⁴ Entre otros, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 3782; M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 115; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 263.

que tales órganos jurisdiccionales puedan dictar, al disponer normalmente el demandado de bienes en tal Estado miembro para hacer frente al pago de la indemnización que la víctima pueda tener derecho a percibir¹⁵. Por ello, siendo competente el Estado miembro del domicilio del demandado, será frecuente que no sea necesario instar la ejecución en otro Estado miembro.

c) Inconvenientes

15. Como en cualquier caso en el que se activa el foro del domicilio del demandado, ello implica tener que acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que para la víctima puede ser un país extranjero.

Así, si la víctima reside habitualmente en un Estado miembro y la información ha sido difundida, por ejemplo, por un medio de comunicación domiciliado en otro Estado miembro, la percepción de la víctima será que tiene que lograr que ese otro Estado miembro condene a un medio de comunicación de su propio país.

B) El foro del art. 7.2 R 1215/2012

a) Aspectos previos

16. El art. 7 R 1215/2012 establece que “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 2. en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”. Como cualquier *foro especial*, la activación del art. 7.2 será posible en caso de que dicho foro atribuya competencia a órganos jurisdiccionales de un Estados miembro distinto del domicilio del demandado y la competencia será internacional y territorial¹⁶.

17. En el ámbito de la vulneración de los derechos de la personalidad, el art. 7.2 resulta así útil a la víctima, ya que puede permitirle evitar el litigio ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio de quien presuntamente ha vulnerado sus derechos.

18. Como el art. 7.2 R 1215/2012 permite determinar la competencia judicial internacional cuando se trata de una materia que no surge de una relación jurídica libremente asumida por las partes¹⁷ -es decir, en casos de responsabilidad civil extracontractual-, ello provoca que sean muchos y muy diferentes los caminos que llevan al art. 7.2: accidentes de circulación, responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, infracciones de propiedad intelectual e industrial, vulneración de derechos de la personalidad. etc. La determinación de la competencia judicial internacional con base en el lugar del hecho dañoso cuando se ha producido una vulneración de derechos de la personalidad, es uno de los supuestos que reviste especial complejidad¹⁸.

b) Tesis de la ubicuidad y tesis del mosaico

19. El art. 7.2 R 1215/2012 resulta claro cuando, por ejemplo, se ha producido un accidente de circulación y no plantea problemas la determinación del lugar del accidente. En tal caso, coinciden el lugar del hecho dañoso y el lugar del daño.

¹⁵ M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 115; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 282.

¹⁶ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, pp. 3792-3793.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 3783-3784.

¹⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 265; M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 114.

20. En cambio, una interpretación del art. 7.2 es necesaria cuando no coinciden el lugar del hecho dañoso y el lugar del daño (los denominados *ilícitos a distancia*) y, además, cuando los daños se materializan en diferentes lugares (los denominados *daños plurilocalizados*)¹⁹. Al respecto, la *tesis de la ubicuidad* permite al demandante elegir entre el órgano jurisdiccional del lugar del hecho que genera el daño y el del lugar de materialización del daño²⁰. Por su parte, cuando se trata de daños plurilocalizados, la *tesis del mosaico* determina que entonces habrá diferentes órganos jurisdiccionales competentes, uno por cada lugar de materialización del daño²¹.

21. Todo ello hace preciso concretar qué se entiende por lugar del hecho generador del daño, por lugar/es de materialización del daño y qué cabe reclamar ante cada uno de los citados órganos jurisdiccionales.

c) El establecimiento del emisor como lugar del hecho generador del daño

22. Cuando hablamos de la vulneración de derechos de la personalidad a través de Internet, cabe entender que el lugar del hecho generador del daño es el lugar desde el que el sujeto responsable decide y procede a difundir el contenido en Internet²². Para el caso de prensa escrita -medio tradicional-, el Tribunal de Justicia determinó que se trata del lugar del establecimiento del editor de tal contenido²³. Posteriormente, como se verá, en un caso de publicación de los contenidos a través de Internet, el Tribunal de Justicia pasó a referirse al lugar del establecimiento del emisor de los contenidos²⁴.

a') El origen: la publicación en prensa escrita del caso Shevill

23. Así lo determinó el TJCE en su Sentencia de 7 marzo 1995, en el asunto *Shevill*, relativo a la demanda interpuesta ante tribunales británicos por varias sociedades y una nacional británica domiciliada en North Yorkshire (Inglaterra, Reino Unido) contra una empresa francesa, con motivo de la publicación de un artículo en prensa escrita que las demandantes consideraban difamatorio²⁵. Si bien la reclamación inicial se refería a los ejemplares distribuidos en Francia y los demás países de la Unión Europea (lo que en aquel momento incluía también al Reino Unido); posteriormente limitaron su demanda a los ejemplares vendidos en el Reino Unido²⁶.

La demandada impugnó la competencia judicial internacional de los tribunales británicos, alegando que dicha competencia correspondía a los órganos jurisdiccionales franceses y que el foro especial del lugar de producción del hecho dañoso no hacía competentes a los tribunales británicos²⁷.

¹⁹ Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales...", pp. 3800-3802 y pp. 3840-3841. Vid. también C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad. Adaptado a la LO 7/2015*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 134, que menciona que cuando se produce una vulneración de derechos de la personalidad a través de medios de comunicación masivos, nos encontramos ante un ejemplo paradigmático de ilícitos a distancia con daños plurilocalizados.

²⁰ Entre otros, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales...", pp. 3803-3810.

²¹ *Ibidem*, pp. 3840-3841.

²² *Ibidem*, p. 3816.

²³ C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, p. 139.

²⁴ STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartados 40, 50 y 52. Vid. la propuesta de C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, p. 144, para el caso en que no exista coincidencia entre el lugar de edición y el lugar del establecimiento del editor/emisor de los contenidos.

²⁵ STJCE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA*, asunto C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, apartado 2. Sobre este caso, vid., entre otros, M. CEDEÑO HERNÁN, "La tutela transfronteriza...", pp. 119-122.

²⁶ *Ibidem*, apartado 8. Este cambio se debió a que, conforme el Derecho inglés, se presumió la existencia de un perjuicio.

²⁷ *Ibidem*, apartados 11 y 15.

El TJCE admitió que “...el lugar del hecho causal (...) sólo puede ser el del lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida, en la medida en que constituye el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido”²⁸. Ello permite al órgano jurisdiccional del lugar del establecimiento del editor “...conocer de la acción de reparación de la integridad del perjuicio causado por el acto ilícito”²⁹.

b') Ventajas

24. Al igual que el foro del domicilio del demandado, el foro del lugar del hecho generador del daño permite litigar por la totalidad de los daños, evitando la interposición de demandas en diferentes lugares.

Como se considera que el lugar del hecho generador del daño es el lugar del establecimiento del emisor del contenido, también se verá facilitada la ejecución de la resolución. Es decir, al igual que en el caso del foro del domicilio del demandado, será frecuente que no sea necesario solicitar la ejecución extraterritorial de la resolución.

c') Inconvenientes

25. En la medida en que el lugar del establecimiento del emisor coincida con el domicilio del demandado, no cabrá activar el foro del lugar del hecho dañoso, al no hacer competente el art. 7.2 a un Estado miembro diferente del domicilio del demandado³⁰.

Además, aunque el establecimiento del emisor no coincida con el domicilio del demandado y, por lo tanto, pueda el demandante activar el foro especial, puede que la víctima no desee litigar ante los órganos jurisdiccionales del lugar del establecimiento del emisor; en la medida en que sigan siendo órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que para la víctima es un Estado extranjero.

d) El centro de intereses de la víctima

26. Como se ha expuesto, el foro del lugar del establecimiento del editor -como lugar del hecho generador del daño- es fruto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en un caso relativo a la vulneración de derechos de la personalidad en prensa escrita. Existe no obstante una segunda posibilidad, que permite litigar a la persona que considera que sus derechos de la personalidad han sido lesionados, en el lugar en el que se encuentra su centro de intereses³¹.

a') El origen: las personas físicas y la publicación en Internet del caso eDate Advertising

27. El TJUE se refirió por primera vez al lugar del centro de intereses de la víctima en los asuntos acumulados *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*³². Uno de los

²⁸ *Ibidem*, apartado 24.

²⁹ *Ibidem*, apartado 25.

³⁰ STJCE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA*, asunto C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, apartado 26. Vid. M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 120; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, p. 139; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 273; A. MERCHÁN MURILLO, “El centro de intereses de la persona jurídica: comentario a la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, C-194/16, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, p. 893.

³¹ STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartado 52.

³² STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685. Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 272-274.

citados asuntos surgió con motivo de la demanda interpuesta ante los tribunales franceses por personas de nacionalidad francesa con domicilio en Francia contra la sociedad inglesa MGN³³. Esta sociedad era la editora del sitio web del periódico *Sunday Mirror*, en cuyo sitio web (www.sundaymirror.co.uk) se habían publicado en lengua inglesa los contenidos que los demandantes consideraban que vulneraban sus derechos de la personalidad³⁴.

28. Como en este caso se trataba de información difundida a través de Internet, fue preciso tener presente una importante diferencia con la difusión en prensa escrita: "...la publicación de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquélla persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos"³⁵. Así, en tal caso no se trata ya de una difusión territorial, puesto que la información puede ser consultada en todo el mundo y ello, con independencia de que la difusión mundial fuera o no el objetivo del emisor de los contenidos³⁶.

Con la publicación de contenidos a través de Internet se dan dos circunstancias: la dificultad para cuantificar la difusión y la dificultad para cuantificar los daños que se han materializado en un concreto Estado miembro³⁷. Así, la presunta víctima puede acudir al lugar de su centro de intereses por la totalidad del daño³⁸.

29. Por ello, el art. 7.2 R 1215/2012 permite acudir, en el ámbito de la vulneración de derechos de la personalidad en Internet, también al lugar del denominado *centro de intereses* de la presunta víctima³⁹. Ello hace preciso, por lo tanto, definir el centro de intereses⁴⁰.

30. Como los demandantes del caso *eDate Advertising* eran personas físicas, la definición del Tribunal de Justicia se refiere tales personas, distinguiéndose dos reglas⁴¹:

- a) Regla general: el centro de intereses de una persona física se encuentra en el lugar de su residencia habitual.
- b) Regal excepcional: el centro de intereses de una persona física se localiza en otro lugar con el que tiene un "vínculo particularmente estrecho". Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando el lugar en el que la persona desarrolla su actividad profesional no coincide con el lugar en el que reside habitualmente.

31. Como es frecuente que el centro de intereses de las personas físicas coincida con su residencia habitual, apunta la doctrina que nos encontramos ante un foro "ampliado" del domicilio del demandante⁴².

³³ *Ibidem*, apartado 26.

³⁴ *Ibidem*, apartados 25 y 26. Según consta en la Sentencia, se trataba de un "...texto redactado en lengua inglesa, con fecha de 3 de febrero de 2008 y titulado, según la traducción francesa no discutida en la vista, «Kylie Minogue est de nouveau avec Olivier Martinez» [«Kylie Minogue está otra vez con Olivier Martinez»], con detalles sobre su encuentro" (apartado 25). Como apunta la doctrina, las reglas para determinar la competencia judicial internacional que se establecen en esta Sentencia, también resultan aplicables a la vulneración de derechos de la personalidad en redes sociales y otros servicios (vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 273).

³⁵ *Ibidem*, apartado 45.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ *Ibidem*, apartado 46.

³⁸ *Ibidem*, apartado 48.

³⁹ *Ibidem*, apartado 48.

⁴⁰ *Ibidem*, apartado 52; vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 275.

⁴¹ *Ibidem*, apartado 49. Entre otros, vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales...", pp. 3824-3825; M. CEDEÑO HERNÁN, "La tutela transfronteriza...", p. 124; I. LORENTE MARTÍNEZ, "Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, núm. 1, p. 285 y pp. 293-295; P. MANKOWSKI, "Article 7", en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation: commentary*, 2ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2023, pp. 313-318; A. MERCHÁN MURILLO, "El centro de intereses...", pp. 892-893.

⁴² A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales...", p. 3827. Al respecto, tal como

32. Cabe plantearse, no obstante, si esta interpretación del art. 7.2 R 1215/2012 que permite a la presunta víctima litigar en el lugar de su centro de intereses, respeta la necesaria *previsibilidad* de los foros⁴³. Al respecto, entiende el Tribunal de Justicia que esta doctrina respeta la previsibilidad tanto desde la perspectiva de la presunta víctima demandante, como desde la perspectiva del emisor del contenido que resulta demandado⁴⁴:

- la presunta víctima puede determinar con facilidad el foro ante el que puede interponer su demanda, al tratarse de su propio centro de intereses;
- el demandado, entiende el Tribunal de Justicia, puede conocer los centros de intereses de las personas objeto de los contenidos que va a difundir en el momento de la publicación.

b') Las personas jurídicas y la publicación en Internet del caso *Bolagsupplysningen*

33. El TJUE volvió a pronunciarse sobre la doctrina del centro de intereses en el caso *Bolagsupplysningen*, en el que las demandantes eran una persona jurídica -sociedad domiciliada en Estonia- y una de sus empleadas⁴⁵. La información que las demandantes consideraban que vulneraba sus derechos de la personalidad, se encontraba publicada en el sitio web de una sociedad sueca que agrupaba a empresarios del sector del comercio⁴⁶.

Ante los tribunales estonios, las demandantes solicitaban la rectificación de información que consideraban inexacta, la supresión de comentarios, una indemnización para la empresa y una reparación del daño moral para la empleada⁴⁷. En este apartado, nos referiremos a la posibilidad de solicitar una indemnización, siendo objeto de un apartado independiente la rectificación de información y la supresión de contenidos.

34. Cabe comenzar señalando que, tal como determina el TJUE, la doctrina del centro de intereses opera con independencia de cuál sea la naturaleza del daño, siendo así irrelevante que se trate de un daño material o inmaterial -como ocurría con la reparación del daño moral solicitada por la empleada-⁴⁸.

35. En segundo lugar, cabe destacar que para la doctrina del centro de intereses tampoco es determinante si la parte que alega una vulneración de los derechos de la personalidad es una persona

apunta M. CEDEÑO que: “No se puede, por ejemplo, destruir la reputación de una persona en un Estado donde no tiene reputación ninguna, ni buena ni mala, porque no es conocida” (vid. M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 124).

⁴³ *Ibidem*, apartado 50. Al respecto, el Considerando décimo sexto R 1215/2012 recuerda que: “...La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente. Este aspecto reviste particular importancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación”.

⁴⁴ *Ibidem*, apartado 50, remitiéndose a la STJUE 12 mayo 2011, *Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts contra JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Branch*, asunto C-144/10, ECLI:EU:C:2011:300, apartado 33; y a la STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch contra Gisela Weller-Lindhorst*, asunto C-533/07, ECLI:EU:C:2009:257, apartado 22.

⁴⁵ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartado 9. Con respecto a esta Sentencia, vid., entre otros, M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, pp. 126-128; L. LUNDSTEDT, “Putting Right Holders in the Centre: Bolagsupplysningen and Ilsjan (C-194/16): What Does It Mean for International Jurisdiction over Transborder Intellectual Property Infringement Disputes?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law.IIC*, 2018, vol. 49, pp. 1022-1047; P. MANKOWSKI, “Article 7...”, p. 318; A. MERCHÁN MURILLO, “El centro de intereses...”, pp. 887-895; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 274-277.

⁴⁶ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartado 9. En la demanda, se indica que la demandada había incluido a la sociedad demandante en una “lista negra” en su sitio web, constanding también comentarios que hacían un llamamiento al uso de violencia contra la sociedad demandante y sus empleados (apartado 10).

⁴⁷ Ídem. Entre otros, vid.; M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 124; A. MERCHÁN MURILLO, “El centro de intereses...”, p. 893; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 274-277.

⁴⁸ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartados 36 y 37.

física o jurídica⁴⁹. Entiende el TJUE que la posibilidad de demandar en el centro de intereses no tiene como objetivo la protección del demandante, sino la buena administración de justicia, careciendo así de relevancia que la presunta víctima sea una persona física o jurídica⁵⁰.

Por lo tanto, las personas jurídicas también pueden activar la doctrina del centro de intereses: “...una persona jurídica, que afirma que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad, puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de dicha información, la supresión de esos comentarios y la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido ante los tribunales del Estado miembro en el que se halla su centro de intereses”⁵¹.

36. Al resultar admitido que las personas jurídicas pueden demandar en su centro de intereses, es preciso concretar cómo se determina tal centro de intereses. Al respecto, podemos encontrarnos ante dos escenarios:

- a) El centro de intereses de una persona jurídica se localiza en el lugar donde dicha persona tiene una mayor reputación comercial, siendo entonces “el lugar en el que ejerce la parte esencial de su actividad económica”⁵². Por ello, aunque tal lugar puede ser el del domicilio de la persona jurídica, ello no significa que el domicilio tenga que ser el criterio determinante⁵³. Cuando se trata de personas jurídicas con ánimo de lucro, será frecuente que para determinar el centro de intereses se tome en consideración dónde se registra la mayor parte de su volumen de negocio; mientras que, para personas jurídicas sin ánimo de lucro, el Abogado General plantea que probablemente sea relevante dónde se localiza la mayor parte de sus “clientes”⁵⁴.
- b) Personas jurídicas sin centro de intereses: en caso de que no pueda determinarse el lugar de desarrollo de la parte esencial de la actividad económica, estaremos ante una persona jurídica cuyo centro de intereses no puede ser determinado y, como consecuencia, no podrá litigar en su centro de intereses por la totalidad del daño sufrido⁵⁵. Ello parece dar a entender que, si la persona jurídica desarrolla su actividad en varios Estados, sin que sea posible determinar que en unos de ellos desarrolla principalmente la actividad, entonces carecerá de centro de intereses⁵⁶.

c’) Las personas no identificadas y la publicación en Internet del caso *Treblinka*

37. Hasta ahora, nos hemos referido a demandas interpuestas por personas físicas o jurídicas, identificadas en los contenidos publicados en Internet. Cabe avanzar en el análisis, planteándose si la doctrina del centro de intereses opera también si los contenidos publicados no identifican ni permiten identificar a la parte demandante, siendo ésta una de las cuestiones que se planteó en el asunto *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, conocido como el caso *Treblinka*⁵⁷.

⁴⁹ *Ibidem*, apartado 38.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ *Ibidem*, apartado 44.

⁵² *Ibidem*, apartado 41.

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ CAG M. BOBEK, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, 13 julio 2017, ECLI:EU:C:2017:554, apartado 104.

⁵⁵ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartado 43. Vid. M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 128; L. LUNDSTEDT, “Putting Right Holders...”, p. 1027.

⁵⁶ L. LUNDSTEDT, “Putting Right Holders...”, p. 1027.

⁵⁷ STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, apartados 1 y 2. Sobre esta Sentencia vid., entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una nueva, provisional y discutible delimitación de la competencia judicial internacional en materia de atentados a los derechos de la personalidad”, *La Ley Unión Europea*, 2021, núm. 95; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derechos de la personalidad en Internet y competencia judicial internacional: el centro de intereses”, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del VII Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, pendiente de publicación; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 277-278.

38. El caso *Treblinka* surge cuando una persona física polaca, domiciliada en Varsovia (Polonia) interpone ante los tribunales polacos una demanda contra una sociedad alemana que publica en Internet un periódico regional en lengua alemana⁵⁸.

El demandante, que había sobrevivido al campo de exterminio de Auschwitz, era un ciudadano que desarrollaba actividades con las que trataba de preservar la memoria de las víctimas polacas de los crímenes cometidos por la Alemania nazi⁵⁹.

El periódico regional había publicado en su sitio web un reportaje cuyo protagonista era un ciudadano judío llamado Israel Offman, que había sobrevivido al Holocausto⁶⁰. Como el reportaje trataba sobre la vida del protagonista, también se mencionaba a la hermana del Sr. Offman, con respecto a la que se afirmaba que “fue asesinada en el campo de exterminio polaco de Treblinka”⁶¹. Dicha afirmación estuvo publicada durante unas horas, ya que se recibió por correo electrónico una solicitud del Consulado de Polonia en Múnich y, como consecuencia, se sustituyó por la afirmación “fue asesinada por los nazis en el campo de exterminio nazi alemán de Treblinka, sito en la Polonia ocupada”⁶².

El demandante acudió a los tribunales polacos, solicitando protección de los derechos de la personalidad, entendiendo que entre ellos se encontraba incluida la identidad y dignidad nacionales⁶³. El elemento que marca la diferencia entre este caso y los anteriormente analizados es que el contenido publicado no hace referencia, directa ni indirecta, al demandante⁶⁴.

39. A la hora de analizar la doctrina del centro de intereses en el ámbito del foro especial (art. 7.2 R 1215/2012), el TJUE valora si se da el necesario vínculo o conexión entre el litigio y el órgano jurisdiccional de lugar de producción del hecho dañoso, puesto que ello justificaría su competencia con base en el principio de proximidad⁶⁵. La base de dicho vínculo -entiende el TJUE- han de ser “elementos objetivos y verificables que permitan identificar, directa o indirectamente” a la presunta víctima como individuo⁶⁶. En cambio, apunta el TJUE que la pertenencia a un grupo identificable -en el caso, al pueblo polaco-, no basta para justificar el necesario vínculo⁶⁷.

40. Atendiendo a las Conclusiones del Abogado General, se darían tales necesarios elementos objetivos:

- a) cuando las presuntas víctimas son mencionadas por su nombre -como ocurría en los casos analizados con anterioridad-, o bien
- b) cuando se hace referencia a características o circunstancias personales de carácter único⁶⁸.

41. En esta Sentencia se observa la relevancia que para el TJUE tiene la previsibilidad⁶⁹. Se observa que se trata la previsibilidad desde la perspectiva del emisor de los contenidos, entendiendo el TJUE que ello se traduce en que dicho emisor pueda conocer el centro de intereses de las personas que son objeto del contenido cuando procede a publicarlo en Internet⁷⁰. Así, considera el TJUE que en los

⁵⁸ STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, apartados 1 y 2.

⁵⁹ *Ibidem*, apartado 7.

⁶⁰ *Ibidem*, apartado 9.

⁶¹ Ídem. Se cita la traducción que consta en la versión en español de la Sentencia del TJUE.

⁶² *Ibidem*, apartado 11. De nuevo, se cita la traducción que consta en la versión en español de la Sentencia del TJUE.

⁶³ *Ibidem*, apartado 12.

⁶⁴ En los casos anteriormente analizados, los contenidos publicados incluían el nombre de las presuntas víctimas (vid. STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, apartado 35).

⁶⁵ *Ibidem*, apartados 27 y 29, con remisión a la STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartados 26, 29 y 40. Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 277-278.

⁶⁶ STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, apartado 42.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 37.

⁶⁹ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 277-278.

⁷⁰ STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, apartado 34.

casos anteriormente mencionados –*eDate* y *Bolagsupplysningen*- se daba la circunstancia que el centro de intereses permitía⁷¹:

- desde la perspectiva de la presunta víctima: determinar con facilidad el foro al que podía acudir a interponer su demanda; y
- desde la perspectiva del emisor de los contenidos: prever cuál sería probablemente el foro en el que sería demandado.

42. En cambio, entiende el TJUE que la situación es diferente cuando la persona no es mencionada por su nombre en el contenido publicado ni dicho contenido la identifica indirectamente; ya que el emisor de contenidos al que se demanda no puede conocer el centro de intereses de la presunta víctima cuando publica el contenido y, por lo tanto, no es previsible el foro ante el que puede ser demandado⁷². De hecho, se apunta que los centros de intereses de las personas que pertenecen a grupos amplios identificables, podrían estar potencialmente localizados en cualquier Estado miembro⁷³.

43. Cabe destacar que este argumento toma en consideración en qué medida es previsible para el emisor del contenido el centro de intereses de la presunta víctima, pero no atiende a si es previsible el lugar del daño⁷⁴. Al respecto, ya en los asuntos acumulados *eDate*, el Abogado General apuntó que era preciso determinar el centro de gravedad del conflicto, para lo cual debían ser tomados en consideración dos factores: a) el centro de intereses del demandante, y b) la relevancia que en términos objetivos era razonablemente previsible que el contenido difundido pudiera tener en tal Estado miembro⁷⁵. Así, también el Abogado General se refiere en sus Conclusiones del caso *Treblinka* a la toma en consideración en su contexto de elementos como la naturaleza de la información, el contenido que ha sido difundido y cuál es su alcance⁷⁶.

Por ello, en el caso *Treblinka*, cabría preguntarse si, habiendo sido publicado un contenido en el que se describía *Treblinka* como “campo de exterminio polaco”, era previsible, para el periódico alemán, una demanda interpuesta por un demandante cuyo centro de intereses se encontrase en Polonia⁷⁷.

44. Como el TJUE concluye que únicamente cabe la posibilidad de litigar en el centro de intereses de la presunta víctima por la totalidad del daño cuando “...ese contenido permite identificar, directa o indirectamente, a dicha persona como individuo”⁷⁸, entonces hemos de distinguir los siguientes supuestos:

- a) Personas físicas o jurídicas directa o indirectamente identificadas en el contenido publicado: pueden litigar por la totalidad de los daños en el foro del domicilio del demandado (art. 4), en el lugar del establecimiento del emisor de los contenidos (art. 7.2); o en el lugar del centro de intereses de la persona (art. 7.2)⁷⁹.
- b) Personas físicas o jurídicas no identificables -ni directa ni indirectamente- en el contenido publicado: pueden litigar por la totalidad de los daños en el foro del domicilio del demandado (art. 4) o en el lugar del establecimiento del emisor de los contenidos (art. 7.2). Queda para ellas excluido el lugar de su centro de intereses⁸⁰.

⁷¹ Ídem.

⁷² *Ibidem*, apartados 37 y 38.

⁷³ *Ibidem*, apartado 43.

⁷⁴ CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartados 58 y 73.

⁷⁵ *Ibidem*, apartado 64, citando las CAG CRUZ VILLALÓN, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, 29 marzo 2011, ECLI:EU:C:2011:192, apartados 58 a 66.

⁷⁶ Se plantea así la solución desde la “perspectiva de la declaración y su alcance e impacto”, vid. CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartados 63 y 88.

⁷⁷ *Ibidem*, apartado 74.

⁷⁸ STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, apartado 46.

⁷⁹ Ha de recordarse, como se ha explicado con anterioridad, que el art. 7.2 puede ser activado en la medida en que no coincida con el Estado miembro del domicilio del demandado.

⁸⁰ Ídem.

45. Como esta tesis supone un tratamiento diferenciado en función de que concurra la condición de persona identificada -directa o indirectamente- o no identificable, consideramos que habría sido más adecuado no establecer tal distinción. Para no establecer distinciones, entonces cabría plantear dos posibles soluciones⁸¹:

- a) extender la doctrina del centro de intereses a todas las víctimas; o bien
- b) suprimir el criterio del centro de intereses con carácter general⁸².

46. Cabe realizar las siguientes observaciones, a la hora de valorar las posibles soluciones:

- a) la doctrina del centro de intereses opera en el ámbito de la competencia judicial internacional, no en el ámbito de la Ley aplicable. Por ello, a la hora de valorar su aplicación a víctimas no identificadas ni identificables, no ha de ser tomado en consideración si tales víctimas merecen o no una compensación por los daños que se hayan podido producir⁸³. Es decir, la doctrina del centro de intereses permite que la presunta víctima pueda interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales de tal lugar por la totalidad de los daños (siempre que sea un Estado miembro), pero ello no implica que dicho órgano jurisdiccional vaya a apreciar que sus derechos de personalidad han sido vulnerados⁸⁴;
- b) si a una víctima no identificable no se le permite demandar en su centro de intereses, es probable que entonces nunca llegue a interponer su demanda cuando el emisor de contenidos tenga su domicilio (art. 4) o establecimiento (art. 7.2) en un Estado miembro extranjero, dados los costes derivados de litigar en otro país⁸⁵;
- c) si las víctimas no identificables no demandan por los costes derivados de acudir a un Estado miembro extranjero, entonces puede haber contenidos que no serán suprimidos, no serán rectificadas ni las víctimas recibirán ninguna compensación en caso de haber sufrido daños⁸⁶;
- d) el concepto de derechos de la personalidad depende de la Ley aplicable al fondo del asunto. Así, al permitir a la presunta víctima litigar en su centro de intereses no sé está dando respuesta a si, por ejemplo, el concepto de derechos de la personalidad incluye la identidad y la dignidad nacionales que planteaba el demandante en el caso *Treblinka*, dado que ello tendrá que determinarlo el órgano jurisdiccional que conozca del fondo del asunto conforme a la Ley aplicable⁸⁷;
- e) ahora bien, aunque el concepto de derechos de la personalidad dependa del Derecho aplicable y no de la competencia judicial internacional, es cierto que será habitual que el órgano jurisdiccional aplique su propia Ley al fondo del asunto⁸⁸. Ello se debe a que, si bien en el

⁸¹ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derechos de la personalidad en Internet y competencia judicial internacional: el centro de intereses”, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del VII Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, pendiente de publicación.

⁸² CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 43. En dicho apartado, el Abogado General apunta: “No soy un admirador de la jurisprudencia actual” y recuerda en la nota 29 que ya en sus CAG M. BOBEK, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Iisjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, 13 julio 2017, ECLI:EU:C:2017:554: “...invité a la Gran Sala del Tribunal de Justicia a revisar la doctrina *eDate*”.

⁸³ CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 76.

⁸⁴ *Ídem*.

⁸⁵ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derechos de la personalidad en Internet y competencia judicial internacional: el centro de intereses”, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea. Materiales del VII Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, pendiente de publicación.

⁸⁶ Hemos indicado que “puede haber contenidos” pero ello no significa que siempre sea así, ya que hay casos, como hemos comentado en el caso *Treblinka*, en la que el medio de comunicación procedió a sustituir el inciso por otro tan solo unas horas después, atendiendo la solicitud del Consultado polaco en Múnich (STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, apartado 11)

⁸⁷ CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartados 43 y 76.

⁸⁸ *Ibidem*, apartado 77. Al respecto, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una nueva, provisional...”, p. 10; M. CEDEÑO HERNÁN, “La

ámbito de la Unión Europea existe el *Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)*⁸⁹, el art. 1.2.g) indica que se encuentran excluidas de su ámbito de aplicación “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación”⁹⁰. Por ello, aunque la competencia judicial internacional se determine conforme al Reglamento 1215/2012, los Estados miembros han de aplicar normas de conflicto de producción interna para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción de derechos de la personalidad.

En el caso de España, la norma de conflicto es el art. 10.9.I C.C., que establece que “Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”⁹¹. Al igual que expusimos en el ámbito de la competencia judicial internacional, es preciso determinar cómo ha de ser interpretado el art. 10.9.I C.C. cuando se trata de vulneración de derechos de la personalidad a través de Internet, puesto que, con independencia del lugar desde donde se toma la decisión de publicar el contenido, éste puede ser accesible desde cualquier país del mundo⁹².

Si se interpreta el art. 10.9.I C.C. en línea con el Reglamento Roma II, cuyo art. 4.1 establece que “...la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño...”, cabe tomar en consideración dos ideas básicas en el ámbito de dicho Reglamento: a) aunque se trate de un ilícito a distancia, lo relevante es el lugar donde se produce el daño; y b) si se trata de daños plurilocalizados, cada daño se regirá por la Ley de su lugar⁹³. Ello se traduce en que, si la víctima acude a los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la reparación total (por el foro del domicilio del demandado -art. 4 R 1215/2012-, por el lugar del establecimiento del emisor de los contenidos -art. 7.2- o por el lugar del centro de intereses -art. 7.2-), el órgano jurisdiccional español tendrá que aplicar diferentes leyes de manera distributiva⁹⁴.

Esta aplicación distributiva de Leyes se producirá únicamente, como se ha indicado, cuando el órgano jurisdiccional español sea competente para conocer de la reparación total del daño. En cambio, si se ha acudido al órgano jurisdiccional español en virtud del foro de lugar de materialización de los concretos daños verificados en España, el órgano jurisdiccional español aplicará al fondo del asunto una sola Ley -que será la Ley española- y solo para los concretos daños verificados en España, dado que no tiene competencia para conocer de la totalidad de los daños.

Otra posibilidad consiste en evitar la aplicación distributiva de leyes, entendiendo que la mayor parte del daño se materializa en el lugar en el que la víctima tiene su residencia habitual y que, por ello, cabe aplicar la Ley del país de residencia habitual de la víctima a la totalidad de los daños⁹⁵. Esta

tutela transfronteriza...”, pp. 111-113; E. DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 212 y ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Jurisdiction Concerning Actions by a Legal Person for Disparaging Statements on the Internet: The Persistence of the Mosaic Approach”, *European papers: a journal on law and integration*, vol. 7, núm. 1, 2022, pp. 356-357; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial internacional y actividades ilícitas en línea”, *La Ley Unión Europea*, 2022, núm. 99, p. 6; S. VILAR GONZÁLEZ, “Los conflictos internacionales...”, p. 571. Vid. el análisis que, sobre las diferencias y semejanzas que se aprecian en las normas de conflicto, se realiza en S. C. SYMEONIDES, *Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet: A Resolution of the Institute of International Law*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2021, pp. 100-129.

⁸⁹ DOUE núm. L 263, de 7 octubre 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>.

⁹⁰ Sobre los intentos para incluir reglas al respecto en el Reglamento Roma II, vid., entre otros, M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, pp. 112-113.

⁹¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 142 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 4038.

⁹² A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 4039.

⁹³ *Ibidem*, p. 4040. Sobre las distintas tesis para concretar el punto de conexión del art. 10.9.I C.C., vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, pp. 296 y ss.

⁹⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 4040.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 4040. Al respecto, P. DE MIGUEL apunta que la aplicación de la Ley del lugar de residencia de víctima puede ser adecuada cuando “...el lugar donde se encuentra el entorno vital principal de una persona -típicamente, su residencia habitual-

interpretación resulta especialmente relevante en caso de que el órgano jurisdiccional se declare competente en virtud de la doctrina del centro de intereses de la víctima, ya que permite que dicho órgano jurisdiccional aplique la Ley del foro a la totalidad de los daños. En cambio, si es competente el órgano jurisdiccional conforme al foro del domicilio de demandado (art. 4) o del lugar del establecimiento del emisor (art. 7.2); y el centro de intereses de la víctima se encuentra en otro Estado miembro, dicha interpretación llevaría al órgano jurisdiccional a aplicar una Ley extranjera a la totalidad del daño. Sería una Ley extranjera tanto para el demandado como para el órgano jurisdiccional competente. Así, si el demandado es un medio de comunicación, un órgano jurisdiccional de su mismo Estado miembro, resolvería el fondo del asunto en virtud de una Ley extranjera.

Por todo lo anterior, la doctrina del centro de intereses lleva normalmente, por ejemplo al medio de comunicación demandado, a ser juzgado por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y conforme a la Ley de ese otro Estado miembro. Dicha Ley no solo determinará el concepto de derechos de la personalidad, sino también si cabe entender que ha habido una vulneración de tales derechos, un daño causado a la víctima, etc.⁹⁶.

- f) podría pensarse entonces que la doctrina del centro de intereses acaba provocando que por ejemplo el medio de comunicación demandado se vea sometido al concepto de derechos de personalidad que emplee el órgano jurisdiccional del Estado miembro extranjero en conforme a su Ley interna. Cabe tener presente, como apuntó el TJUE en el asunto *eDate*, que la *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)* “...no impone una transposición que revista la forma de norma específica de conflicto de leyes”⁹⁷. No obstante, es preciso tener en cuenta que, conforme a su art. 3, solo en caso de que concurran las excepciones de su apartado cuarto se podrá someter al prestador del servicio a condiciones más estrictas que las determinadas por el Derecho material del Estado miembro de su establecimiento⁹⁸. Por ello, si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está juzgando a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, ha de tener presente que, aunque sus normas de conflicto de producción interna de Derecho internacional privado le permitan aplicar la Ley del foro al fondo del asunto, no puede imponerle al prestador de servicios las condiciones más estrictas que prevea la Ley del foro -salvo que concurran, como se ha dicho, excepciones del art. 3.4 de la Directiva-⁹⁹.

sea lugar básico de recepción de la información en circunstancias que demuestren una vinculación significativa con ese lugar (en atención a la procedencia geográfica de las consultas de esos contenidos a través de Internet y a la configuración del sitio, que típicamente no aparezca específicamente dirigido a otro país)”, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 294-295.

⁹⁶ CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 72; vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 4041, que indican: “es preciso aplicar la Ley sustantiva que rige el fondo para saber si ha habido, realmente, “daño” al derecho de la personalidad”.

⁹⁷ *DOUE* núm. L 178, de 17 julio 2000, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>. STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartados 68; CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartados 79 y 80, que cita la STJUE 11 septiembre 2014, *Sotiris Papasavvas contra O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd y otros*, asunto C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209, apartados 27 a 29 y 32.

⁹⁸ STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartado 67.

⁹⁹ Para el caso de los *servicios intermediarios*, ha de tenerse presente que el *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)*, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>, aplicable desde el 17 de febrero de 2024 (art. 93.2), establece “...los Estados miembros no deben adoptar ni mantener otros requisitos nacionales relativos a las materias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, a menos que este prevea expresamente tal posibilidad...”. “...Lo anterior no debe excluir la posibilidad de aplicar otras normas de Derecho nacional aplicables a los prestadores de servicios intermediarios, en cumplimiento del Derecho de la Unión, incluida la Directiva 2000/31/CE, en particular su artículo 3, cuando las disposiciones del Derecho nacional persigan otros objetivos legítimos de interés público distintos de los perseguidos por el presente Reglamento” (Considerando noveno) y que “...El presente Reglamento también ha de entenderse sin perjuicio de las normas de la Unión en el ámbito del Derecho internacional privado, en particular las relativas a la competencia

47. Por todo ello, consideramos que, si se hubiera permitido a las víctimas no identificadas ni identificables litigar en su centro de intereses, ello no equivaldría a admitir que se ha producido una vulneración de sus derechos de la personalidad, puesto que éste y otros extremos tendrían que ser valorados conforme a la Ley aplicable al fondo del asunto¹⁰⁰.

Además, desde la perspectiva del medio de comunicación demandado, cabe tener presente que, si en el Estado miembro extranjero del centro de intereses de la víctima se dictase una resolución con base en condiciones más estrictas que las determinadas por el Derecho de su propio Estado miembro, el Estado miembro del medio de comunicación podría denegar su reconocimiento y ejecución.

Como hemos mencionado, si se litiga en el lugar del centro de intereses, será frecuente que la víctima necesite que la resolución despliegue efectos en el Estado miembro del medio de comunicación. Para ello, el Estado miembro requerido (el Estado miembro del medio de comunicación), aplicará el R 1215/2012, ya que: a) se trata de una resolución del art. 2.a) de dicho Reglamento, b) versa sobre una materia cubierta por el Reglamento, y c) procede de otro Estado miembro¹⁰¹. El medio de comunicación demandado podría, en virtud de los arts. 46 y 45 R 1215/2012, oponerse al reconocimiento/ejecución de la resolución, alegando que la imposición de condiciones más estrictas que las determinadas por el Derecho de su propio Estado miembro vulnera el orden público internacional del Estado miembro requerido¹⁰². Por lo tanto, el Estado miembro requerido -que será, normalmente, el Estado miembro del domicilio del medio de comunicación o del establecimiento del emisor-, podrá denegar el reconocimiento/ejecución si considera que la resolución vulnera el orden público internacional (art. 45.1.a) R 1215/2012)¹⁰³.

d') Ventajas

48. El centro de intereses permite litigar por la totalidad de los daños, evitando la interposición de demandas en diferentes lugares¹⁰⁴.

Además, como es una opción alternativa, aumenta las opciones del demandante a la hora de elegir dónde desea interponer la demanda. Esta opción alternativa, permite que la víctima no tenga que litigar en un Estado miembro extranjero, interponiendo así su demanda en su centro de intereses.

e') Inconvenientes

49. Por lo que respecta al demandado, ha de tenerse presente que este foro será activado por presuntas víctimas que tienen su centro de intereses en Estados miembros distintos del Estado miembro del domicilio del demandado y, por ello, el demandado tendrá que litigar en un Estado miembro extranjero.

Por lo que se refiere al demandante, como se ha indicado, al litigar en el Estado miembro de su centro de intereses, ha de tener presente que puede ser necesario el reconocimiento y ejecución de la resolución en otro Estado miembro (generalmente, el Estado miembro del domicilio del demandado) y, como hemos mencionado, el R 1215/2012 contempla motivos que permiten denegar el reconocimiento y la ejecución, como la vulneración del orden público internacional.

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, y a la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales” (Considerando décimo).

¹⁰⁰ De nuevo, CAGM. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 72 A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 4041.

¹⁰¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, pp. 4062-4063; vid. CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 82.

¹⁰² CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 82.

¹⁰³ Ídem. Vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, pp. 215-218.

¹⁰⁴ STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartado 52.

e) Los lugares de materialización del daño

50. Si el daño se ha materializado en diferentes lugares, cabe acudir al órgano jurisdiccional de cada uno de los lugares en los que se ha materializado cada concreto daño (*tesis del mosaico*), si bien, como se verá, únicamente con respecto al daño en cuestión.

a') La publicación en prensa escrita del caso Shevill

51. También se refirió el TJCE a esta cuestión en el caso *Shevill*, señalando que “El lugar de materialización del perjuicio es el lugar donde el hecho causal, que genera la responsabilidad delictual o cuasidelictual de su autor, ha producido sus efectos dañosos en relación con la víctima”¹⁰⁵. Como se ha mencionado con anterioridad, se trataba de información difundida a través de prensa escrita, por lo que el TJCE determinó que los lugares en los que se manifiesta el daño son aquéllos en los que se ha difundido la publicación, “cuando la víctima es allí conocida”¹⁰⁶.

Así, la víctima puede acudir a los órganos jurisdiccionales de cada uno esos lugares para que se pronuncie cada uno de ellos por los daños allí causados¹⁰⁷.

b') La publicación en Internet del caso eDate Advertising

52. Cuando se trata de la publicación de contenidos en Internet, la presunta víctima puede acudir a cada Estado miembro en el que hayan sido o sean accesibles tales contenidos¹⁰⁸.

53. Entiende el TJUE que ese es el único requisito, de manera que no pueden ser exigidas condiciones adicionales, como la circunstancia de que el contenido se encontrase *dirigido* a ese Estado miembro¹⁰⁹. La exigencia de tal requisito, previsto en el ámbito de los contratos de consumo en el art. 17.1.c) R 1215/2012, entiende el TJUE que carece de base en el ámbito del art. 7.2¹¹⁰. Con ello, el TJUE preserva la idea de que “...la persona que se considere perjudicada debe tener siempre la facultad de presentar su demanda ante los tribunales del lugar donde se ha materializado el daño”¹¹¹. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la competencia de cada Estado miembro se encuentra limitada al daño causado en dicho territorio¹¹².

54. Como puntualiza el Abogado General en sus Conclusiones, la tesis del mosaico no es sustituida por la doctrina del centro de intereses, por lo que se plantea como una *alternativa*¹¹³. Para que sea una alternativa al centro de intereses, es preciso que se den todas las siguientes circunstancias, de manera cumulativa:

¹⁰⁵ *Ibidem*, apartado 28.

¹⁰⁶ *Ibidem*, apartado 29.

¹⁰⁷ *Ibidem*, apartado 30.

¹⁰⁸ STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartados 51 y 52.

¹⁰⁹ STJUE 21 diciembre 2021, *Giflix Tv contra DR*, asunto C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036, apartado 41 y STJUE 22 enero 2015, asunto C-441/13, *Pez Hejduk contra EnergieAgentur.NRW GmbH*, ECLI:EU:C:2015:28, apartado 32.

¹¹⁰ Art. 17.1.c) R 1215/2012: “...en todos los demás casos, cuando la otra parte (...) por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades”. Vid. STJUE 21 diciembre 2021, *Giflix Tv contra DR*, asunto C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036, apartado 41.

¹¹¹ STJUE 21 diciembre 2021, *Giflix Tv contra DR*, asunto C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036, apartado 42.

¹¹² STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartados 51 y 52; vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 3820. Vid. también las reflexiones sobre la insuficiencia del simple recurso a la accesibilidad en C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, p. 154.

¹¹³ CAG M. BOBEK, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, asunto C-800/19, 23 febrero 2021, ECLI:EU:C:2021:124, apartado 31; P. MANKOWSKI, “Article 7...” p. 323; S. C. SYMEONIDES, *Cross-Border Infringement...*, p. 98.

- que se pueda determinar el centro de intereses de la víctima,
- que dicho centro de intereses se encuentre en un Estado miembro; y
- que dicho Estado miembro sea distinto del domicilio del demandado y distinto del establecimiento del emisor de los contenidos.

55. Si se dan las tres circunstancias, efectivamente, la presunta víctima puede elegir entre el lugar de su centro de intereses (reparación total) o lugar/es de concreta materialización de los daños (reparación parcial). En cambio, si por ejemplo no se puede determinar el centro de intereses de la víctima, dicha víctima conserva la posibilidad de acudir a cada Estado miembro de materialización de daños para solicitar una reparación de los concretos daños¹¹⁴.

a') Ventajas

56. Se considera que los órganos jurisdiccionales de cada lugar de materialización del daño son los que territorialmente se encuentran más cualificados para pronunciarse sobre la vulneración de los derechos de la personalidad que se ha producido en tal lugar y el alcance de los daños en tal lugar¹¹⁵.

b') Inconvenientes

57. La existencia de diversos lugares de materialización del daño provoca que sea preciso acudir a órganos jurisdiccionales diferentes, en la medida en que la víctima desee reclamar por los daños materializados en esos distintos lugares. Ello se debe a que, si se permitiera a un órgano jurisdiccional de uno de los lugares de materialización del daño, pronunciarse sobre la reparación total de los daños, se estaría pronunciando con respecto a cuestiones con las que no existe un vínculo de proximidad¹¹⁶. Así, una misma vulneración de los derechos de la personalidad será valorada por órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros¹¹⁷.

58. Ahora bien, en la medida en que, en el ámbito de los derechos de la personalidad, la doctrina del centro de intereses permite litigar por la totalidad de los daños en el Estado miembro del lugar del centro de intereses de la víctima, puede revestir menos relevancia el foro del lugar de materialización del daño¹¹⁸. No obstante, como hemos comentado, ello depende de que se den las circunstancias anteriormente mencionadas, que se resumen en que se pueda determinar que el centro de intereses de la víctima se encuentra en un Estado miembro distinto del domicilio del demandado y distinto también del establecimiento del emisor de los contenidos.

¹¹⁴ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartado 43 y STJUE 21 diciembre 2021, *Gfllix Tv contra DR*, asunto C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036, apartado 39: "...la facultad de que dispone el demandante de ejercitar una acción de indemnización ante los tribunales de cada Estado miembro competentes para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenecen contribuye a la buena administración de justicia cuando no puede identificarse el centro de intereses del demandante...". También dispondría de las opciones del foro del domicilio del demandado (art. 4) y del lugar del establecimiento del emisor de los contenidos (art. 7.2), para litigar por la totalidad de los daños.

¹¹⁵ STJCE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA*, asunto C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, apartado 31.

¹¹⁶ CAG DARMON, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA*, asunto C-68/93, 14 julio 1994, ECLI:EU:C:1994:303, apartado 71; M. CEDEÑO HERNÁN, "La tutela transfronteriza...", p. 121.

¹¹⁷ STJCE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA*, asunto C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, apartado 32.

¹¹⁸ Vid. S. C. SYMEONIDES, *Cross-Border Infringement...*, p. 98.

59. Una situación diferente se produce cuando no resulta aplicable la doctrina del centro de intereses, como ocurre en el ámbito de los derechos de autor¹¹⁹. Por ejemplo, en el asunto *Pez Hejduk*, la demandante -domiciliada en Austria-, interpuso una demanda ante los tribunales austriacos contra una empresa domiciliada en Alemania por la presunta vulneración de sus derechos de autor¹²⁰.

En concreto, la demandante consideraba que tal vulneración se había producido al encontrarse disponibles en el sitio web de la empresa unas fotografías de las que era autora la demandante¹²¹. El Tribunal de Justicia señaló que “...tanto la materialización del daño como el riesgo de dicha materialización se derivan de la posibilidad de acceder, en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción, a través del sitio de Internet (...), a fotografías amparadas por los derechos...”.

En casos como éste, en los que la demandante no puede litigar por la totalidad del daño en el Estado miembro de su residencia habitual (Austria), sí que puede resultar de interés litigar en dicho país por el concreto daño allí materializado: “...dicho órgano jurisdiccional será competente, en virtud del lugar de materialización del daño, para conocer de una acción de responsabilidad por la vulneración de esos derechos cometida al ponerse en línea fotografías protegidas en un sitio de Internet accesible desde su circunscripción territorial. Dicho órgano jurisdiccional sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece”¹²².

3. Foros para la rectificación de información y la supresión de contenidos

A) Los foros para la rectificación de información y la supresión de contenidos en Internet

60. Hasta ahora, nos hemos referido a la posibilidad de solicitar la reparación del daño, ya sea de la totalidad de los daños o de los daños materializados en un concreto Estado. En cambio, cabe matizar las conclusiones cuando se solicita la rectificación de la información y/o la supresión de contenidos en Internet.

61. El TJUE se pronunció al respecto en el asunto *Bolagsupplysningen*¹²³, al que nos hemos referido con anterioridad¹²⁴. En este caso, como se ha adelantado, también se solicitaba la rectificación de información publicada en el sitio web de la empresa demandada y la supresión de comentarios¹²⁵.

Para la rectificación de información y la supresión de contenidos resulta determinante la “naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet y de que el alcance de su difusión es, en principio, universal”¹²⁶. El TJUE entiende que en tales casos únicamente cabe interponer la demanda ante un tribunal que sea competente para pronunciarse sobre la totalidad del daño¹²⁷.

Por lo tanto, no cabe activar en este caso la tesis del mosaico, que permitiría litigar en cada uno de los lugares de materialización del daño: “...una persona que alega que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus

¹¹⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 3829.

¹²⁰ STJUE 22 enero 2015, asunto C-441/13, *Pez Hejduk contra EnergieAgentur.NRW GmbH*, ECLI:EU:C:2015:28, apartado 2.

¹²¹ *Ibidem*, apartados 11 y 12.

¹²² *Ibidem*, apartado 38.

¹²³ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartado 9. Entre otros., vid. M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 124; A. MERCHÁN MURILLO, “El centro de intereses...”, p. 893; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 274-277.

¹²⁴ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766.

¹²⁵ *Ídem*. Entre otros, vid. M. CEDEÑO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 124; A. MERCHÁN MURILLO, “El centro de intereses...”, p. 893; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 274-277.

¹²⁶ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartado 48, en el que se remite a STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, apartado 46.

¹²⁷ STJUE 17 octubre 2017, *Bolagsupplysningen OÜ e Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apartado 48.

derechos de la personalidad no puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de esa información y la supresión de esos comentarios ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio la información publicada en Internet sea o haya sido accesible¹²⁸.

62. Así, en defecto de sumisión tácita (art. 26) o expresa (art. 25), los foros para poder solicitar la rectificación de información y/o supresión de contenidos en Internet son¹²⁹:

- a) foro del domicilio de demandado (art. 4 R 1215/2012), o bien
- b) foro especial del art. 7.2 R 1215/2012, que se traduce en este caso -en la medida en que haga competente a un tribunal de un Estado miembro distinto del Estado miembro del domicilio del demandado-:
 - lugar del establecimiento del emisor de los contenidos, o
 - lugar del centro de intereses de la persona física o jurídica

63. Al respecto, cabe referirse al caso *Gtflix*¹³⁰, en el que la demandante era una empresa con domicilio en la República checa y el demandado se encontraba domiciliado en Hungría¹³¹. La demandante consideraba que el demandado había realizado comentarios denigrantes contra ella y los había difundido a través de Internet¹³².

La demanda fue interpuesta ante los tribunales franceses y el demandado impugnó la competencia judicial internacional¹³³. La cuestión se suscitó con respecto a si un demandante que desea la rectificación de información y supresión de contenidos y, además, la reparación del daño, puede solicitar una indemnización en cada uno de los Estados miembros en los que el contenido ha sido accesible por los daños causados en el correspondiente Estado, aunque dichos tribunales no sean competentes en materia de rectificación y supresión¹³⁴.

64. Al respecto, el TJUE distingue entre: a) las demandas *únicas e indivisibles*, como sería el caso de rectificación de información y de supresión de contenidos; y b) las demandas cuyo objeto puede ser una indemnización total o parcial, que es el caso de la reparación del daño¹³⁵. Mantiene el TJUE que las demandas únicas e indivisibles han de ser presentadas ante órganos jurisdiccionales competentes para conocer de la totalidad de la reparación del daño; pero no impide que el demandante, en lugar de solicitar ante dicho órgano jurisdiccional también la reparación total, opte por una reparación parcial del daño, acudiendo para ello al órgano jurisdiccional del lugar en que ha sufrido parte de los daños¹³⁶.

65. Así, el TJUE niega que exista una “relación de dependencia necesaria” entre la demanda de rectificación de información/supresión de contenidos y la demanda de reparación del daño¹³⁷. A pesar de que se encuentran basadas en unos mismos hechos, considera que no existe la necesidad de que sea un mismo órgano jurisdiccional el que conozca de ambas¹³⁸.

¹²⁸ *Ibidem*, apartado 49.

¹²⁹ Cabe apuntar que estos foros, que permiten una reparación total del daño, operan para medidas dirigidas contra el emisor de los contenidos y también cuando se trata de medidas dirigidas contra un proveedor de alojamiento (CAG M. SZPUNAR, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, 4 junio 2019, ECLI:EU:C:2019:458, vid. apartado 83: “...Además, carece de importancia que, en el presente asunto, esa solicitud no se dirija contra el emisor, sino contra un prestador de servicios de alojamiento de los contenidos publicados en línea...”); P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 279.

¹³⁰ STJUE 21 diciembre 2021, *Gtflix Tv contra DR*, asunto C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036. Al respecto, vid. entre otros, P. MANKOWSKI, “Article 7...” p. 319; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Jurisdiction Concerning Actions...” pp. 345-360.

¹³¹ STJUE 21 diciembre 2021, *Gtflix Tv contra DR*, asunto C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036, apartado 11.

¹³² *Ibidem*, apartado 12.

¹³³ *Ibidem*, apartado 14.

¹³⁴ *Ibidem*, apartado 20.

¹³⁵ *Ibidem*, apartado 35.

¹³⁶ *Ibidem*, apartado 35.

¹³⁷ *Ibidem*, apartado 36.

¹³⁸ *Ibidem*, apartado 36.

Por ello, concluye que “una persona que (...) actúa simultáneamente en aras, por una parte, de la rectificación de la información y la supresión de los contenidos publicados en línea que se refieren a ella y, por otra parte, de la reparación del perjuicio resultante de dicha publicación en línea puede solicitar, ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sean o hayan sido accesibles esos comentarios, la indemnización del perjuicio que se le haya causado en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya entablado el litigio, aunque esos tribunales no sean competentes para conocer de la demanda de rectificación y supresión”.

66. Cabe plantearse entonces si este pronunciamiento afecta a la operatividad del art. 30 R 1215/2012, previsto para demandas conexas. En concreto, el art. 30.2 permite que, a instancia de parte, el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se ha planteado una demanda en segundo lugar, decline su competencia, de tal manera que conozca de las demandas conexas el órgano jurisdiccional de la demanda presentada en primer lugar, siempre que dicho órgano jurisdiccional sea competente para conocer de ambas demandas y su Ley permita la acumulación. Cabe plantear dos escenarios:

- a) si el órgano jurisdiccional de la primera demanda es solo competente para conocer de una reparación parcial del daño, el segundo órgano jurisdiccional no puede declinar su competencia, ya que el primero carece de competencia para una reparación total¹³⁹. A esta conclusión se llega porque no se cumplen todos los requisitos del art. 30.2 R 1215/2012, es decir, porque el órgano jurisdiccional de la primera demanda carece de competencia para conocer de ambas demandas;
- b) si el órgano jurisdiccional de la primera demanda es competente para conocer de la supresión/rectificación de contenidos en Internet (demanda única en indivisible) y el segundo órgano jurisdiccional es competente para conocer de una reparación parcial del daño, entonces cabe plantearse si el pronunciamiento del asunto Gtflif afecta a la operatividad del art. 30.2 R 1215/2012. Ahora sí se cumpliría el requisito de que el primer órgano jurisdiccional es competente para conocer de una reparación total del daño, puesto que, como hemos expuesto con anterioridad, para pronunciarse sobre la rectificación/supresión de contenidos en Internet es preciso ostentar la competencia para la reparación total. Atendiendo a dicho pronunciamiento, parece que el obstáculo para la operatividad del art. 30.2 sería ahora el concepto de demandas conexas, ya que el art. 30.3 R 1215/2012 dispone que ha de tratarse de “... demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si los asuntos fueran juzgados separadamente”. Como el TJUE niega que exista una “relación de dependencia necesaria”, si se hubiera presentado una primera demanda solicitando la rectificación/supresión de contenidos en Internet y una segunda demanda -en otro Estado miembro- solicitando la reparación de unos concretos daños; parece que el demandado no podría pretender que el órgano jurisdiccional de la segunda demanda declinase su competencia en favor del órgano jurisdiccional del Estado miembro que conoce de la primera demanda. Si se activase el art. 30.2, parece que ello equivaldría a impedirle solicitar la reparación parcial ante los órganos jurisdiccionales del cada Estado miembro en el que el contenido es o ha sido accesible.

B) Los foros para limitar el acceso desde un Estado miembro

67. Hasta ahora, nos hemos referido a la rectificación/supresión de contenidos en Internet, es decir, con alcance universal. No obstante, es preciso matizar que se produce una situación diferente cuando lo que se solicita no es la rectificación/supresión en Internet, sino simplemente que se limite el acceso al

¹³⁹ Sobre el art. 30 R 1215/2012, vid. F. MARONGIU BUONAIUTI, “Jurisdiction Concerning Actions...”, pp. 355-356.

contenido desde un determinado lugar¹⁴⁰. En tal supuesto, cabe entender que no sería necesario acudir a órganos jurisdiccionales competentes para totalidad del daño, sino que podría acudir al órgano jurisdiccional de un Estado miembro desde el que el contenido es accesible, para solicitar que se limite la accesibilidad en su concreto territorio¹⁴¹.

68. En cualquier caso, es preciso recordar que nos referimos a la competencia del órgano jurisdiccional, es decir, lo que ponemos de manifiesto es que:

- a) para la rectificación/supresión de contenidos en Internet -con carácter universal- es preciso acudir a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que sean competentes para conocer de la totalidad del daño;
- b) para la limitación del acceso desde un concreto Estado miembro puede acudir a los órganos jurisdiccionales de ese concreto Estado miembro desde el que el contenido es accesible.

69. No obstante, cabe precisar que la circunstancia de que el órgano jurisdiccional tenga competencia es el “presupuesto necesario” para que se tomen esas medidas, pero su adopción, su contenido y alcance dependerán de la Ley que resulte aplicable¹⁴². Es preciso recordar, como se ha expuesto con anterioridad, que la determinación de la Ley o Leyes aplicables se hará conforme al Derecho internacional privado de cada Estado miembro, puesto que no existen reglas comunes en la Unión Europea¹⁴³.

70. Cabe mencionar el asunto *Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, relativo a una demanda que una persona interpuso ante los tribunales austriacos contra Facebook, ya que consideraba que en la página de un usuario alojada en el sitio web de dicha red social, se había publicado un mensaje que vulneraba su honor¹⁴⁴.

Una de las cuestiones sobre las que se pronunció el TJUE se refiere a si el art. 15.1 Directiva 2000/31 se opone a puedan producir efectos a escala mundial las medidas cautelares adoptadas por un Estado miembro, que consisten en bloquear el acceso a determinados contenidos¹⁴⁵. El TJUE recuerda que en el art. 18.1 de la Directiva no se limita territorialmente el alcance de las medidas que se puedan tomar, de tal manera que la Directiva no se opone a que se tomen medidas a nivel mundial¹⁴⁶. Ahora bien, apunta el TJUE que resulta preciso que exista coherencia entre las normas de la Unión Europea y las normas aplicables a nivel internacional, de manera que las medidas que los Estados miembros puedan adoptar con carácter universal han de tener en cuenta las normas aplicables a nivel internacional¹⁴⁷.

Por ello, puede darse la circunstancia de que, aunque un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente para la rectificación/supresión de contenidos en Internet con carácter uni-

¹⁴⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 279.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 280-281.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 281. CAG M. SZPUNAR, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, 4 junio 2019, ECLI:EU:C:2019:458, apartado 78.

¹⁴⁴ STJUE 3 octubre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821, apartados 2 y 12. Según consta en la Sentencia, la demandante -diputada de la Cámara Baja del Parlamento austriaco- acudió a los tribunales austriacos tras solicitar, sin éxito, la eliminación del comentario mediante carta (apartado 13). Con respecto a este asunto, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 279-282.

¹⁴⁵ STJUE 3 octubre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821, apartados 48, 37 y 46. Art. 15.1 Directiva 2000/31: “1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”.

¹⁴⁶ STJUE 3 octubre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821, apartados 49 y 50. Art. 18.1 Directiva 2000/31: 1. “Los Estados miembros velarán por que los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados”.

¹⁴⁷ STJUE 3 octubre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821, apartados 51 y 52.

versal, dicho órgano jurisdiccional decida ordenar que se limite el acceso desde ciertos territorios -por ejemplo, que se limite el acceso desde la Unión Europea- pero no adopte en cambio medidas a nivel mundial¹⁴⁸. En este sentido, el Abogado General apunta en sus Conclusiones que, aunque se trate de un tribunal de un Estado miembro competente para adoptar la medida a nivel mundial, sería conveniente que adoptase “una postura comedida”, dadas las diferencias que existen el ámbito de la Ley aplicable y la necesidad de respetar el equilibrio entre los distintos derechos fundamentales¹⁴⁹. Esta “una postura comedida” a la que se refiere el Abogado General consistiría en limitar los efectos extraterritoriales de las medidas a lo necesario para proteger a la víctima¹⁵⁰. Cabe tener en cuenta -como apunta la doctrina- que hay casos, como por ejemplo aquellos en los que se da la circunstancia de que la información es difundida desde la Unión Europea y también aquí encuentran los afectados, en los que está justificada la adopción de medidas de supresión/rectificación de contenidos a nivel mundial (por parte, lógicamente, de un órgano jurisdiccional que tenga competencia para ello)¹⁵¹.

Por último, cabe apuntar que, aunque el órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente para la rectificación/supresión de contenidos en Internet con carácter universal y así lo ordene, puede darse la circunstancia de que su resolución no consiga desplegar efectos fuera de la Unión Europea¹⁵². En este caso, como se trataría de dar efectos a una resolución de un Estado miembro en un tercer Estado, el reconocimiento y ejecución no se regiría por el Reglamento 1215/2012, sino por el Derecho internacional privado del tercer Estado, que puede contemplar motivos que permitan denegar dicho reconocimiento y ejecución.

Por todo ello, como hemos apuntado, si la víctima desea solicitar la rectificación/supresión de contenidos en Internet con carácter universal, ha de comenzar acudiendo a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia para conocer de la reparación total. El órgano jurisdiccional determinará en función de la Ley o Leyes aplicables al fondo del asunto si adopta tal medida a nivel mundial y, si así lo hiciera, los efectos extraterritoriales en terceros Estados serán determinados por las normas de Derecho internacional privado de los terceros Estados.

Por ello, si la víctima desea la rectificación/supresión de contenidos en Internet, es imprescindible que acuda a un órgano jurisdiccional que tenga competencia para la reparación total del daño; si bien ello no garantiza que tal órgano jurisdiccional vaya a adoptar la medida ni que dicha medida vaya a desplegar efectos a nivel mundial.

III. Lesión de derechos de la personalidad en Internet: la aplicación de la LOPJ

71. Como se ha expuesto, a los litigios en materia de responsabilidad civil derivados de la vulneración de los derechos de la personalidad en Internet les resulta de aplicación del R 1215/2012, al tratarse de una materia civil no excluida en el art. 1.2; en la medida en que se trate de una demanda presentada a partir del 10 de enero de 2015 ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea, y siempre que el demandado se encuentre domiciliado en un Estado miembro o, aun cuando no se encuentre allí domiciliado, si se trata de una sumisión tácita (art. 26) o expresa (art. 25).

Así, si el demandado no se encuentra domiciliado en un Estado miembro y en defecto de convenio internacional que resulte de aplicación, será habitual que la competencia judicial internacional tenga que ser determinada por los órganos jurisdiccionales españoles por la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (en adelante, LOPJ)¹⁵³.

¹⁴⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 281.

¹⁴⁹ CAG M. SZPUNAR, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, asunto C-18/18, 4 junio 2019, ECLI:EU:C:2019:458, apartados 100 y 102.

¹⁵⁰ *Ibidem*, apartado 100.

¹⁵¹ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 282.

¹⁵² Entre otros, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 281.

¹⁵³ BOE núm. 157, de 2 julio 1985, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>.

72. Dado el carácter subsidiario de la LOPJ, en un caso de vulneración de derechos de la personalidad en Internet no podría operar ni el foro de la sumisión tácita ni el de la sumisión expresa (art. 22 bis LOPJ), dado que, en caso de existir, se activarían el art. 26 o bien el art. 25 del R 1215/2012, al operar con independencia del domicilio de las partes¹⁵⁴.

Tampoco podría operar el foro del domicilio del demandado del art. 22 ter, dado que, en caso de estar domiciliado el demandado en España, la competencia la determinaría el foro del domicilio del demandado del art. 4 del R 1215/2012¹⁵⁵.

73. Por todo ello, el foro de la LOPJ que podría operar, no estando domiciliado el demandado en un Estado miembro, sería el foro especial del art. 22 quinquies, letra b), que hace competentes a los tribunales españoles: “b) En materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español”. Al tratarse de un foro especial, determina la competencia judicial internacional y territorial.

74. Dada su similitud con el art. 7.2 R 1215/2012, se considera que ha de ser interpretado en la misma línea que dicho art. 7.2¹⁵⁶. Por ello, si el foro especial se aplica por encontrarse en España el lugar del establecimiento del emisor de los contenidos o el centro de intereses de la víctima, los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para conocer de la reparación total del daño, como también de la rectificación de información y supresión de contenidos en Internet a nivel mundial.

75. En cambio, si se acude a los órganos jurisdiccionales españoles en virtud de lugar de materialización de un concreto daño, su competencia se limitará a tal daño (reparación parcial). Del mismo modo, los órganos jurisdiccionales españoles no podrán pronunciarse sobre la rectificación/supresión de contenidos en Internet a nivel mundial, dado que su competencia quedará restringida a poder ordenar que se limite el acceso desde España.

76. Con respecto a la Ley o Leyes aplicables, damos por reproducidas las consideraciones realizadas con anterioridad para los Estados miembros, dado que, como se ha indicado, cada Estado miembro aplicará sus normas de Derecho internacional privado, al tratarse de una materia excluida del R Roma II. Por ello, tanto si un órgano jurisdiccional español se declara competente en virtud del R 1215/2012, como si lo hace en virtud de la LOPJ, el Derecho aplicable vendrá determinado por el art. 10.9.I C.C.

También damos por reproducidas las reflexiones sobre los efectos extraterritoriales, dado que la resolución española podría no ser reconocida/ejecutada en otro Estado miembro conforme al R 1215/2012 si el Estado miembro requerido considera, por ejemplo, que vulnera su orden público internacional; o, si no resulta aplicable el R 1215/2012, por un motivo de denegación que pueda contemplar el Derecho internacional privado del tercer Estado requerido¹⁵⁷.

77. Apunta la doctrina que es preciso evitar la activación del art. 22 quinquies, letra b) LOPJ en los supuestos en los que los efectos en España sean tangenciales, puesto que se vería dañada la previsibilidad y proximidad, además de producirse una vulneración de la tutela judicial efectiva y la buena administración de la Justicia¹⁵⁸.

Esta idea es, además, coherente con lo que se haría si se solicitasen efectos extraterritoriales en España de una resolución de un tercer Estado, ya que, conforme la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de Co-*

¹⁵⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 3848.

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Ídem; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 279.

¹⁵⁷ Al respecto, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, pp. 284-286. Cabe tener presente que el tercer Estado requerido puede también considerar que la resolución provoca un resultado lesivo para los derechos fundamentales, activando así el motivo de denegación de orden público internacional que puedan contemplar sus normas de Derecho internacional privado (vid. M. CEDENO HERNÁN, “La tutela transfronteriza...”, p. 111; sobre el sistema de EE.UU., vid. C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación...*, pp. 212-213.).

¹⁵⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, pp. 3848-3849.

peración Jurídica Internacional en Materia Civil, además del motivo de orden público internacional (art. 46.1.a), cabe denegar efectos a la resolución extranjera “...si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable” (art. 46.1.c)¹⁵⁹. Es decir, si una resolución de un tercer Estado no va a desplegar efectos en España por proceder de un país cuyos tribunales asumieron la competencia sin existir una conexión razonable, lo coherente es que no un tribunal español no se declare competente conforme al art. 22 quinquies, letra b) LOPJ cuando la conexión con España es tangencial.

III. Conclusiones

78. Cuando se produce una vulneración de derechos de la personalidad, la víctima que desee emprender acciones legales ha de preguntarse qué quiere conseguir, ya que de ello dependerán los foros de competencia judicial internacional que podrá activar.

79. Si quiere obtener una reparación total del daño y/o la rectificación/supresión de contenidos en Internet, tendrá que acudir a órganos jurisdiccionales que tengan competencia para conocer de todos los daños. Conforme al R 1215/2012, sus opciones serán generalmente el foro del domicilio del demandado (art. 4), el lugar del establecimiento del emisor de los contenidos (art. 7.2) y el lugar de su centro de intereses (art. 7.2).

Si se trata de una víctima -ya sea persona física o jurídica- identificada o identificable en los contenidos difundidos, podrá litigar en su propio centro de intereses, que en muchos casos será su propia residencia habitual. Ello evitará que tenga que litigar en un país extranjero contra un emisor de contenidos extranjero.

No obstante, la víctima ha de tener presente que litigar ante un órgano jurisdiccional competente para conocer de la totalidad de los daños no significa que vaya a lograr una reparación total, ya sea en lo que respecta a los daños y/o a la rectificación/supresión de contenidos de Internet. Todo ello dependerá de la Ley aplicable al fondo del asunto, para cuya determinación no existen reglas comunes en la Unión Europea, al tratarse de una materia excluida del Reglamento Roma II.

Además, es probable que necesite lograr que la resolución despliegue efectos en otros países, pudiendo tales países activar el motivo de denegación de orden público internacional.

80. A pesar de las dificultades expuestas, el lugar del centro de intereses lanza un importante mensaje de esperanza a las víctimas: si les hacen daño en Internet, al menos, podrán defenderse “en casa”.

¹⁵⁹ BOE núm. 182, de 31 julio 2015, <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/30/29/con>. Al respecto, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, p. 283.

¿*In medio virtus*? A favor del canon jurisprudencial objetivo del “consumidor medio” para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas*

In medio virtus? In favour of the objective case-law test of the ‘average consumer’ for the review of the transparency of non-negotiated terms

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Recibido: 18.06.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8908

Resumen: Desde su misma génesis jurisprudencial, en 2013 y 2014, el control de transparencia de las cláusulas no negociadas ha sido configurado con carácter abstracto y objetivo. Así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no ha abandonado ese parámetro, fundado en el “consumidor medio” y no en el consentimiento del concreto contratante, el Tribunal Supremo español (TS), en los últimos años ha denegado protección por ese control a “personas con conocimiento experto” en un específico tipo de contrato (frecuentemente préstamos hipotecarios), como ha ocurrido con ciertos empleados de entidades financieras y abogados especializados. Este ensayo examina el origen de la noción de “consumidor medio” y su trasplante al ámbito de la interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, traza las diversas etapas, tendencias y divergencias en la jurisprudencia del TJUE y del TS y ofrece nuevos argumentos sobre la conveniencia de mantener en este ámbito ese estándar objetivo, en línea con la interpretación transversal del concepto en varias Directivas de protección de los consumidores que recientemente está manteniendo el TJUE. Asimismo, a la luz de las conclusiones presentadas en 2024 por los Abogados Generales del TJUE en dos importantes asuntos pendientes de fallo (el asunto C-450/22, *Caixabank et al.*, y el asunto C-646/22, *Compass Banca*), esta contribución analiza si la noción de consumidor medio, racional y proactivo, podría modularse con las teorías del análisis socio-económico del comportamiento humano para integrar ciertas vulnerabilidades en el estándar medio.

Palabras clave: Consumidor medio, consumidor vulnerable, consumidor, cláusulas abusivas, transparencia, Derecho de consumo, prácticas comerciales desleales, consentimiento, error, cláusulas suelo, préstamos hipotecarios.

Abstract: From its very inception in case law, in 2013 and 2014, the control of transparency of non-negotiated terms has been shaped in an abstract and objective manner. Whereas the Court of Justice of the European Union (CJEU) has not abandoned this parameter, based on the “average consumer” and not on the consent of the specific contracting party, the Spanish Supreme Court (TS or “Tribunal Supremo”), in recent years, has denied protection through this test to “persons with expert knowledge” in a specific type of contract (frequently mortgage loans), as has occurred with certain employees of financial

*Este trabajo forma parte del proyecto de I+D+i PID2021-124191OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado *Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales*, del que el autor es IP.

institutions and specialised lawyers. This essay examines the origin of the notion of “average consumer” and its transplant to scope of the Unfair Contract Terms Directive, traces the various stages, trends and divergences in the case law of the CJEU and the TS and offers new arguments on the convenience of maintaining the objective standard in this field, in line with the transversal construction of the concept in various consumer protection directives that the CJEU is recently upholding. Furthermore, in the light of the conclusions presented in 2024 by the Advocates General of the CJEU in two important pending cases (C-450/22, *Caixabank et al.*, and C-646/22, *Compass Banca*), this contribution analyses whether the notion of the average, rational and proactive consumer could be modulated by theories of socio-economic analysis of human behaviour to integrate certain vulnerabilities into the average standard.

Keywords: Average consumer, vulnerable consumer, consumer, unfair terms, transparency, Consumer Law, unfair commercial practices, consent, mistake, floor clauses, mortgage loans.

Sumario: I. *Gratulatio*. II. Planteamiento (en tiempos de posible mudanza). III. Origen y desarrollo de la noción legal de “consumidor medio” (TJUE y Directiva 2005/29/CE). 1. La jurisprudencia europea que acuñó el concepto y sus ámbitos iniciales (publicidad, etiquetado, marcas). 2. La plasmación del concepto en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (el consumidor medio y el vulnerable). 3. Expansión del concepto de consumidor vulnerable (como categoría matizada del consumidor medio) a la normativa europea de genuino Derecho contractual de consumo desde 2019. IV. Extrapolación del estándar del consumidor medio al régimen de las cláusulas abusivas (Directiva 93/13) a efectos del control de transparencia (TJUE y TS). 1. Ratio. 2. Jurisprudencia del TJUE. A) El “consumidor medio” llegó para quedarse. B) Un paso lógico: los conocimientos expertos son irrelevantes (protección de abogados y empleados de banca). C) El conocimiento del Derecho aplicable (y la “investigación jurídica”) por el consumidor medio. 3. Jurisprudencia del TS. A) Primera fase (2013-2019): creación y consolidación del control abstracto y objetivo de transparencia. B) Segunda fase (2019-2024): decisiones excepcionales, basadas en conocimientos especiales o empleos jurídicos o financieros del consumidor: delimitando la “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”. 4. Contraste y balance final (¿otras opciones?). V. Argumentos a favor del control objetivo de transparencia basado en el consumidor medio y propuestas alternativas. 1. Justificación. 2. Alternativas doctrinales. A) El control subjetivo del consentimiento por error o dolo incidental B) El estándar más proteccionista del consumidor vulnerable frente al estándar medio. VI. ¿Ha de mantenerse? (Conclusiones de la AG en el asunto C-450/22, 18.1.2024): el control abstracto y objetivo a prueba de acciones colectivas, complejidad, número, circunstancias y tiempo. VII. Otra vuelta de tuerca para el consumidor medio desde las prácticas comerciales desleales (Conclusiones del AG en el asunto C-646/22, 25.4.2024): la “racionalidad limitada”. VIII. Conclusión.

I. *Gratulatio*

1. Participo con sumo agrado en este número-homenaje al prof. Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, a quien dedico con todo cariño y admiración este ensayo. Lo hago con la alegría de quien tuvo la temprana fortuna de conocer al profesor en el aula durante los años de formación y de quien ha compartido una larga amistad con él desde hace más de tres décadas. El prof. Calvo Caravaca es un universitario cabal, dedicado, profundo, un modelo de lo que debe ser un investigador y un docente de la auténtica Universidad, un universitario ejemplar. Alfonso, además, posee una cercanía, calor y luminosidad que confortan y alborozan en cualquier momento, en todo momento. Por todo ello, querido profesor Calvo Caravaca, querido Alfonso, felicitación y parabien al llegar a esta edad jubilar. Nos congratulamos también de la extensa vida universitaria que te espera fuera de la función pública. No habrá holganza, a buen seguro.

2. Al pensar en el tema adecuado para este homenaje, habiendo tratado el prof. CALVO CARAVACA en diversas ocasiones la contratación de consumo con atención a la jurisprudencia del TJUE¹ y habiendo

1 CALVO CARAVACA, A.-L., “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, 12,1, 2020, pp. 86-96 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5181>); CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contratos internacionales de consumo”, en CALVO CARAVACA,

publicado por mi parte en los años iniciales de estos CDT, que con primor él creó y elevó, una contribución sobre el concepto de consumidor², he creído idóneo abordar un aspecto crucial de ese concepto que se encuentra precisamente en un momento de delicada transición.

II. Planteamiento (en tiempos de posible mudanza)

3. Uno de los aspectos cruciales para la verificación y operatividad del llamado control de transparencia “material” de las cláusulas no negociadas insertas en contratos de consumo es el *punto de vista que el juez haya de adoptar* al efecto. Desde la misma génesis jurisprudencial de ese nuevo control (inferido inicialmente del art. 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y, desde 2019, explicitado parcialmente en el art. 83 §2 TRLGDCU)³, el Tribunal Supremo (TS) declaró en su constituyente STS 241/2013, de 9 de mayo, al pronunciarse en relación con una acción colectiva, que “como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del ‘error propio’ o ‘error vicio’⁴, ha de tenerse en cuenta el canon objetivo que supone el consumidor medio, informado, razonablemente atento y perspicaz y no, por tanto, el concreto consumidor afectado y sus específicos conocimientos o experiencia obtenidos fuera de la relación de consumo de que se trate. Nuestro Tribunal Supremo ha reiterado ese canon abstracto y objetivo también en numerosas sentencias derivadas de acciones individuales, con algunas dudas e inclinaciones hacia una evaluación subjetiva en sentencias que cabe calificar, hasta la fecha, de puntuales y marginales ante casos extremos⁵, las cuales, desde luego, no han cambiado la citada jurisprudencia consolidada⁶.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha mantenido invariablemente el estándar objetivo apegado al consumidor medio y ha desvinculado el control de transparencia de los concretos conocimientos, profesión o experiencia del consumidor incluso en ese tipo de casos extremos (empleado de banca o abogado especializado que solicita préstamo con cláusulas no transparentes o abusivas)⁷, si bien ha ido introduciendo, especialmente en los dos o tres últimos años, precisiones del máximo interés que a veces han pasado desapercibidas por el carácter mediático y trascendental de algunos fallos de los

A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2022, pp. 3437-3523; CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Cross-border consumer contracts”, en CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *European Private International Law*, Comares, Granada, 2022, pp. 323-337. También en obras colectivas en común: CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Reglamento Roma II sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: Arts. 5 y 6”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 2355-2363; CALVO CARAVACA, A.-L., “El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: Arts. 6 y 11.4”, en CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores...*, cit., pp. 2367-2395.

² CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, 3.1, 2011, pp. 84-117 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1068>).

³ Art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU); *vid.* también art. 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). Ambos modificados por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

⁴ § 210 de la STS 9 mayo 2013, que incluye referencia a la STS 406/2012, de 18 de junio, donde aún no se acuñó explícitamente el carácter “abstracto” del control en esos términos, pero sí se consideraron sus diferencias con el error vicio del consentimiento, el cual, como indicó la STS de 2012 (FD 4.3), tiene unos requisitos (esencialidad, excusabilidad) “de difícil prueba en el presente caso”, que partía de la acción individual de unos prestatarios.

⁵ Cfr. STS 605/2019, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3528), con cita de la STS 367/2017, de 8 de junio. También, en particular, STS 658, 2024, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2544). *Id. infra*, apartado IV.3.B.

⁶ *Ad ex.*, STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1068), FD 7.12 y 7.32.

⁷ Elocuentes de ambas situaciones, respectivamente, la STJUE 21 septiembre 2023, C-139/22, *AM y PM vs. mBank S.A.*, ECLI:EU:C:2023:692, §§ 66-67, y la STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, *Horaŝiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538, §§ 28-34. La cristalización del canon objetivo del consumidor medio en la jurisprudencia del TJUE sobre cláusulas abusivas se produjo después de la citada STS 9 mayo 2013, en concreto, en la STJUE 30 abril 2014, C-26/13, *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai vs. OTP Jelzálogbank Zrt.*, ECLI:EU:C:2014:282, § 74.

que se han destacado otras cuestiones. Desde la doctrina española –no tanto desde la de otros Estados miembros–, algunas voces autorizadas han abogado por cambiar el paradigma y realizar una evaluación subjetiva del consentimiento del concreto consumidor afectado⁸. En la base de esta propuesta está, en definitiva, una suerte de impugnación del fundamento último del control de transparencia⁹ que, a mi juicio, con toda corrección el TJUE (y el TS) cifran en el cumplimiento por el empresario de unos deberes de información reforzados que permitan al consumidor alcanzar la comprensión de la carga jurídica y económica de los elementos esenciales del contrato que celebran y, a la postre (art. 5.1 Directiva 93/13), de todas las cláusulas a las que se adhirieron sin poder negociarlas. Estas propuestas, por tanto, pretenden desplazar el fundamento de la transparencia desde la comprobación de que se cumplieron unos deberes empresariales (para garantizar un mercado transparente y competitivo) hacia una evaluación de la formación de cada concreto consentimiento contractual (con el característico remedio nacional del error-vicio).

5. Recientemente, el Tribunal Supremo, acuciado por el carácter difícilmente gobernable desde un punto de vista procesal de una acción colectiva planteada por una asociación de consumidores contra nada menos que un centenar de entidades financieras y, acaso también valorando si el control objetivo de transparencia es el más adecuado para algunos casos particulares, planteó una cuestión prejudicial (ATS de 29 de junio de 2022) que, de momento, ha recibido las *Conclusiones de la Abogada General (AG) L. MEDINA presentadas el 18 de enero de 2024 en el asunto C-450/22 (Caixabank et al.)*; en ellas, en esencia, se mantiene el canon objetivo basado en el consumidor medio tanto para acciones individuales como colectivas sobre transparencia de cláusulas contractuales, con independencia del número de consumidores afectados, de entidades demandadas o del tiempo transcurrido. Dado que, hasta la fecha, es el análisis más detallado que se ha hecho del empleo del concepto de “consumidor medio” en el régimen de las cláusulas abusivas en un procedimiento prejudicial ante el TJUE, a la espera de la sentencia en el momento de escribir, es pertinente considerar sus argumentos y matices, y también examinar las antes indicadas precisiones del TJUE en decisiones previas, muchas de ellas no abordadas en las citadas Conclusiones por ir más allá de lo planteado.

6. Además, este escenario temporal de posibles cambios de paradigma o de consolidación del existente con nuevos matices se ve, a su vez, agitado y doblemente cuestionado (o refrendado) desde el ámbito de la normativa propia de las prácticas comerciales desleales, que es donde se acuñó el estándar del “consumidor medio” antes de extrapolarse al régimen de la transparencia propio de la normativa sobre cláusulas abusivas. En efecto, *el 25 de abril de 2024 se han presentado las muy interesantes Conclusiones del Abogado General (AG) N. EMILIOU en el asunto C-646/22 (Compass Banca SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)*, en las que se propone una revisión de los perfiles de la noción del “consumidor medio”, tal como se ha entendido hasta ahora, esto es, equiparado en cierta forma al *homo economicus* racional y perspicaz, para dar entrada a los matices que introduce la “teoría de la racionalidad limitada” introducida por diversos estudios empíricos basados en los sesgos cognitivos del consumidor desde las ciencias estudiosas del comportamiento humano (*behavioural economics*).

7. Por lo tanto, en este tiempo de posible mudanza, a la espera de dos sentencias que pueden resultar trascendentales y con independencia de si remueven cimientos o si los consolidan sin añadir novedad, es el momento adecuado para volver a pensar el fundamento y configuración del control de transparencia del clausulado no negociado, con el contexto y perspectiva adecuados. El título de esta contribución ya anticipa la posición de quien esto escribe. El contexto en el que ha de incardinarse esta reflexión es el siguiente: 1) El origen (y evolución) del concepto de “consumidor medio” en el marco de la jurisprudencia relativa a la publicidad ilícita y el etiquetado de productos y su consagración en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales¹⁰, en la medida

⁸ *Vid. infra*, apartado V.

⁹ Sobre ello, *infra*, apartado V.

¹⁰ Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO 2005, L 149, p. 22 y ss.).

sintética necesaria para apreciar los cambios que podrían producirse en 2024 (*infra*, apartado III). 2) Dado que ni la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas ni otras Directivas propias del Derecho contractual de consumo acogen normativamente otro concepto legal que el de “consumidor” sin más adjetivos ni precisiones que ser “toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (v. *gr.*, así, art. 2.b Directiva 93/13), ha de examinarse cuándo, por qué y cómo la jurisprudencia del TJUE ha empleado esa acotación, el canon del “consumidor medio”, en el entorno de estas otras Directivas y, señaladamente, en la de cláusulas abusivas y cómo ha ido evolucionando tanto la jurisprudencia del TJUE como la del TS al respecto (apartado IV), para a continuación evaluar si este proceder está justificado, qué críticas puede merecer o qué alternativas existen (apartado V). Acto seguido, se estará en condiciones de valorar los argumentos con los que la AG del asunto C-450/22 (*Caixabank*) sugiere al TJUE resolver la cuestión prejudicial planteada por nuestro Alto Tribunal (apartado VI), teniendo presente que la noción europea de “consumidor medio” podría sufrir una importante reconfiguración en función de la decisión que adopte el TJUE en el asunto C-646/22 (*Compass Banca*) –dada la conexión entre el régimen de las prácticas comerciales desleales y las cláusulas abusivas, como en su día ya pusiera de relieve la STJUE de 15 de marzo de 2012 (*Pereničová*)¹¹–, según los novedosos planteamientos del AG presentados en abril de 2024 (apartado VII). Esta contribución finalizará con unas conclusiones que pretenden reafirmar lo abonado de mantener el canon objetivo ligado al consumidor medio, con una serie de precisiones y propuestas teniendo presente la jurisprudencia existente y el contexto expuesto (apartado VIII).

III. Origen y desarrollo de la noción legal de “consumidor medio” (TJUE y Directiva 2005/29/CE)

1. La jurisprudencia europea que acuñó el concepto y sus ámbitos iniciales (publicidad, etiquetado, marcas)

8. Es bien conocido que la noción de “consumidor medio” (“*average consumer*”) surgió en el Derecho privado europeo por vía jurisprudencial en la década de 1990. Las primeras Directivas comunitarias de protección de consumidores, como la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, sobre publicidad engañosa¹² o las normas de etiquetado de productos, sobre las que, a la postre, versó esta jurisprudencia pionera, no contenían ninguna referencia al respecto. Con algunos antecedentes que recogían las bases conceptuales después desarrolladas (como, remotamente, la STJCE de 20 febrero 1979 [*Rewe/Cassis de Dijon*] y, con más nitidez, las SSTJCE de 16 de enero de 1992 [*Nissan*], de 28 de enero de 1992 [*Ter Voort*] o de 6 de julio de 1995 [*Mars*])¹³, la primera formulación explícita, repetida hasta

¹¹ STJUE 15 marzo 2012, C-453/10, *Pereničová y Perenič vs. SOS financ spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2012:144.

¹² Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DOCE n° 250, de 19 de septiembre de 1984, pp. 17-20).

¹³ STJUE 20 febrero 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42 (cfr. los §§ 12 y 13 sobre las incipientes menciones al vínculo con las prácticas comerciales desleales y la defensa del consumidor al fijar grados alcohólicos mínimos de ciertas bebidas o la fijación de un estándar en cuanto a graduación alcohólica para mayor transparencia de las ofertas al público); STJUE 16 enero 1992, C-373/90, *Nissan*, ECLI:EU:C:1992:17, §§ 15 y 16 sobre la importancia del estándar del “número significativo de consumidores a los que va dirigida la citada publicidad” sobre vehículos que se hubiesen visto influidos en la decisión de comprar (el AG TESAURO se había referido a que el “consumidor medio –que me empecino en considerar como no carente de discernimiento–” realiza una comparación seria de precios, informándose, y recordaba el AG la máxima *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt* (§ 9 de las Conclusiones presentadas el 24 octubre 1991, ECLI:EU:C:1991:408, § 9); STJUE 28 enero 1992, C-219/91, *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, ECLI:EU:C:1992:414, § 26 en que se recalca, en relación con normativa de productos farmacéuticos, que determinadas indicaciones en un folleto anunciador de tisanas podrían “hacer aparecer el producto como medicamento a los ojos de un consumidor medianamente informado”; STJUE 6 julio 1995, C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V. vs. Mars GmbH*, ECLI:EU:C:1995:224, § 24, donde aparece por vez primera la mención a algo próximo al canon final, aún sin todos sus rasgos: “los consumidores razonablemente informados (*‘reasonably circumspect consumers’*) deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento”.

la actualidad, tuvo lugar en la STJCE de 16 de julio de 1998 (*Gut Springenheide*)¹⁴ al hilo de la posible inducción a error a los consumidores alemanes por las expresiones utilizadas en etiquetado de un alimento. Según el § 37 de esta sentencia, “el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que (...) se presume en un *consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”; y añadió que el Derecho comunitario no se opone a la posibilidad de ordenar sondeos de opinión o dictámenes periciales, si el juez tropezara con dificultades especiales, pues el órgano judicial debe ser capaz de determinar si una práctica induce a error al consumidor medio aplicando su propio criterio.

9. Esta enunciación, que interrelaciona dos elementos en la noción de consumidor medio¹⁵, esto es, la *información* recibida y la *actitud* en la recolección de dicha información, tamizados por dos adverbios que apelan también a una media prudencial (“normalmente”, “razonablemente”), que no estadística, implica una cierta diligencia y proactividad, sin que de ahí pueda inferirse propiamente, como ya subrayaron los primeros analistas de esta jurisprudencia, una obligación de informarse por sus propios medios ni de “realizar una investigación exhaustiva, aunque ello no justifique una completa pasividad o falta de interés”¹⁶ (como veremos, la afirmación de la dispensa de investigación –incluso de “investigación jurídica”– por parte del consumidor medio ha resurgido con fuerza en la famosa STJUE de 13 de julio de 2023, *Banco Santander*, sobre la transparencia del IRPH)¹⁷.

10. Entre las principales sentencias que refrendaron el estándar del consumidor medio, matizado con los dos elementos de estar “normalmente informado” (posibilidad de acceso a la información, cognoscibilidad, en definitiva) y de ser “razonablemente atento y perspicaz” (actitud que descarta pasividades negligentes o credulidades excesivas), cabe mencionar la STJCE de 28 de enero de 1999 (*Kessler*) que evaluó el riesgo de confusión publicitaria de un vino espumoso a partir de ese consumidor medio¹⁸; la STJCE de 13 de enero de 2000 (*Estée Lauder*) que dictaminó que, en relación con una crema antiarrugas, la publicidad no parecía engañosa en el sentido de dar la impresión de un efecto duradero similar a un *lifting* quirúrgicamente practicado (pese al empleo del término anglosajón), de modo que el consumidor medio en Alemania probablemente no obtendría una conclusión distinta de los consumidores de otros Estados miembros, tras verificarse “si los factores sociales, culturales o ticos podían justificar” otra solución¹⁹; la STJCE de 4 de abril de 2000 (*Darbo*), que aplicó el estándar del consumidor medio con los dos requisitos indicados a la valoración de lo que cabía entender por productos “puramente naturales” en una confitura, pues “los consumidores que deciden la adquisición de un producto en función de la composición de éste leen previamente la lista de ingredientes”²⁰ (reafirmando así el estándar de diligencia propio del consumidor medio); también apelaron a ese estándar la STJCE de 21 de junio de 2001 (*Hallmark Act*) sobre indicaciones en milésimas relacionadas con metales preciosos²¹ o la STJCE de 24 de octubre de 2002 (*Linhart*), respecto a la percepción relativa a la expresión “controlado mediante análisis dermatológicos” en el envase de jabones y productos capilares, entre otras varias sentencias previas (y, naturalmente, posteriores) a la Directiva 2005/29/CE la cual, por su trascendencia para este ensayo, se analizará ahora.

¹⁴ STJCE de 16 de julio de 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH vs. Rudolf Tusky*, ECLI:EU:C:1998:369, §§ 31 y 37, en relación con la interpretación del art. 10.2.e) del Reglamento (CEE) 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos (DO, L 173, p. 5).

¹⁵ Así ya GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción del consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17, 2004, pp. 47-82, en especial, p. 63 y ss.

¹⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, *ibidem*, p. 64.

¹⁷ STJUE 13 julio 2023, C-265/22, *ZR y PI vs. Banco Santander S.A.*, ECLI:EU:C:2023:578, § 60: *vid. infra* su reproducción en IV.2.C.

¹⁸ STJCE 28 enero 1999, C-303/97, *Verbraucherschutzverein eV vs. Sektellerei G. C. Kessler GmbH und Co.*, ECLI:EU:C:1999:35, §§ 36-38.

¹⁹ STJCE 13 enero 2000, C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG vs. Lancaster Group*, ECLI:EU:C:2000:8, § 29. El Tribunal, no obstante, deja abierta la puerta a esas diferencias de percepción de consumidores nacionales de Estados miembros distintos por razones lingüísticas, sociales y culturales, como también sostuvo en la STJCE 26 noviembre 1996, C-313/94, *Flli Graffione SNC vs. Ditta Fransa*, ECLI:EU:C:1996:450, § 22.

²⁰ STJCE 4 abril 2000, C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV vs. Adolf Darbo AG.*, ECLI:EU:C:2000:184, § 22.

²¹ STJCE 21 junio 2001, C-30/99, *Comisión de las Comunidades Europeas vs. Irlanda*, ECLI:EU:C:2001:346, § 32.

11. Pero antes conviene apuntar que la *vis expansiva* del estándar del consumidor medio así configurado, en esencia, en el contexto de la Directiva sobre publicidad engañosa y las normas sobre etiquetado e indicaciones informativas de diversos productos, siguió produciéndose, igualmente por vía jurisprudencial, antes de cualquier rastro normativo, en relación con el *Derecho de marcas*²². En ese ámbito, la figura del consumidor medio se ha empleado esencialmente para valorar el riesgo de confusión entre marcas, pero también para dictaminar sobre la existencia de carácter distintivo en la marca o el perjuicio causado al carácter distintivo comprobado, así como para acreditar la existencia de renombre en la marca anterior. La traslación de la jurisprudencia antes citada a este ámbito se produjo primero solo con apelación a la noción de “consumidor medio”, sin más requisitos, para interpretar el inciso del art. 4.1 de la Directiva de 21 de diciembre de 1988, de que “exista *por parte del público* un riesgo de confusión”; la STJCE de 11 de noviembre de 1997 (*Sabel*)²³ utilizó la noción citada y dejó entrever que el tipo de producto puede incidir en el tipo de consumidor medio. Fue ya la STJUE de 22 de junio de 1999 (*Lloyd*)²⁴ la que empleó el sintagma de la jurisprudencia anterior en toda su extensión y requisitos. A partir de ahí el TJUE lo reiteró en numerosas ocasiones en el ámbito marcario²⁵, adaptándolo también al ámbito digital, hasta hablar del “internauta normalmente informado y razonablemente atento” o al “*internauta medio*” que indaga en un buscador a partir de palabras clave que se corresponden con marcas (STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*)²⁶. Por obvia conexión, la figura del consumidor medio fue ulteriormente empleada por la jurisprudencia relativa a la protección de indicaciones geográficas y denominaciones de origen de productos alimenticios (Reglamento [CE] n.º 510/2006, de 20 de marzo); en este ámbito cabe mencionar incluso que se ha llegado a acuñar la noción del “*consumidor medio europeo*” (STJUE de 2 de mayo de 2019, *Queso manchego*)²⁷, §§ 45 y 47).

2. La plasmación del concepto en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (el consumidor medio y el vulnerable)

12. Siguiendo ahora con el recuento cronológico y contextual emprendido, procede señalar que tras esa jurisprudencia creativa de los años 90 propia de la normativa sobre, fundamentalmente, publicidad engañosa, etiquetado y marcas, el canon del “consumidor medio” tuvo finalmente reconocimiento y asidero legislativo en la *Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales*. Sin embargo, es importante resaltar que ni esta Directiva ni la aprobada un año después, la Directiva 2006/114/CE, de

²² Al respecto, por todos, DALGAARD LAUSTSEN, K., *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions*, Springer, Cham, 2020. *Vid.* también, con repaso jurisprudencial y reflexiones ajustadas a la nueva realidad tecnológica, CERNADAS LÁZARE, M., “La incidencia de la inteligencia artificial en la figura del consumidor medio y la apreciación del riesgo de confusión”, en GARCÍA PÉREZ, R., CERNADAS LÁZARE, M. (dirs.), *El derecho de marcas y de la competencia ante las tecnologías de vanguardia*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2023, pp. 147-165.

²³ STJCE 11 noviembre 1997, C-252/95, *Sabel BV vs. Puma AG, Rudolf Dassler Sport*, ECLI:EU:C:1997:528, § 23: “la percepción de las marcas que tiene el *consumidor medio del tipo de producto o servicio* de que se trate tiene una importancia determinante en la apreciación global del riesgo de confusión. Pues bien, el *consumidor medio* normalmente percibe una marca como un todo (...)” (cursivas añadidas).

²⁴ STJCE 22 junio 1999, C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH vs. Klijsen Handel BV*, ECLI:EU:C:1999:323, § 26.

²⁵ *Ad ex.*, entre las primeras sentencias, SPICE 18 junio 2002, *Phillips-Van Heusen Corp. vs. OAMI*, ECLI:EU:T:2003:264; o STJCE 3 septiembre 2009, C-498/07, *Aceites del Sur-Coosur, S.A y Koipe Corporación, S.L. vs. OAMI*, § 74 y ss. (cfr. § 49 sobre las alegaciones del TPI sobre que el “consumidor español medio de aceite de oliva [tiene] el perfil de un consumidor descuidado e irreflexivo y no el de un «consumidor medio normalmente informado...», alegaciones que el TJUE considera, § 79, “manifestamente inadmisibles”).

²⁶ STJUE 23 marzo 2010, C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL y Google Inc. Vs. Louis Vuitton Malletier SA* y otros casos acumulados, ECLI:EU:C:2010:159, respectivamente, §§ 84 y 90, por un lado, y § 99, por otro lado.

²⁷ STJUE 2 mayo 2019, C-614/17, *Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego vs. Industrial Quesera Cuquerella, S.L., Juan Ramón Cuquerella Montagud*, ECLI:EU:C:2019:344, §§ 45 y 47: “el concepto de *consumidor europeo medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*, debe interpretarse de tal manera que se garantice en cualquier parte del territorio de la Unión una protección efectiva y uniforme de las denominaciones registradas frente a toda evocación” (énfasis añadido).

12 de diciembre, sobre publicidad engañosa y comparativa²⁸ –que derogaría y reemplazaría la inicial Directiva 84/450/CEE sobre la que versaron los fallos judiciales pioneros–, ninguna de ellas ofreció una definición del “consumidor medio” en el elenco de definiciones que contiene su articulado; de hecho, la Directiva 2006/114 ni siquiera menciona el concepto en sus considerandos, como sí lo hace la Directiva 2005/29. La razón de esa ausencia de definición expresa en el articulado –que sí figuraba en la Propuesta de Directiva de 2003– parece estar, para el Consejo, en la preocupación de que esa definición “pudiese impedir la evolución de este concepto en consonancia con la jurisprudencia del TJCE” y para el Comité Económico y Social Europeo, pese a la mención de “grupos más vulnerables”, en que “puedan quedar desprotegidos los consumidores menos informados o los que tengan un nivel de educación más bajo”²⁹.

13. Como se puede apreciar, estas manifestaciones, unidas al nivel de exigencia no menor sobre los rasgos que adornan al consumidor medio según la jurisprudencia del TJUE, esto es, como una persona racional y con un grado de diligencia medio, suponen un estándar de diligencia superior al que se exige a un simple consumidor, sin adjetivos (el de la mayoría de Directivas de protección de consumidores), cuando la protección se dispensa sólo al consumidor medio³⁰, como ocurre al aplicar ese canon al control de transparencia de las cláusulas no negociadas; queda así anticipado este argumento frente a los detractores del enfoque objetivo de la transparencia y sus posibles argumentos acerca del beneficio que obtienen los consumidores más avezados, con más experiencia y conocimientos que la media, sin tener presente los que, por el lado contrario, por menos experimentados o atentos, quedan fuera de protección.

14. Las principales referencias de la Directiva 2005/29/CE al asunto que nos ocupa se encuentran en los considerandos 18 (consumidor medio) y 19 (consumidores vulnerables) y en los artículos 5 a 8 de la Directiva, que toman en consideración estas nociones al definir las prácticas comerciales desleales (art. 5), las acciones engañosas (art. 6), las omisiones engañosas (art. 7) y las prácticas comerciales agresivas (art. 8)³¹. En efecto, el considerando 18 se refiere a la jurisprudencia del TJCE sobre los casos de publicidad de la Directiva 84/450/CEE como estudiosa de “la figura teórica del consumidor típico”; acto seguido afirma que la nueva Directiva 2005/29 “toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales”. Como se puede apreciar, el considerando 18 afina los factores que han de tenerse en cuenta para ese perfilado medio y da entrada a la categoría más protegida de los consumidores vulnerables, que acaba conceptualizando como una suerte de subgrupo dentro de los consumidores medios; al referirse a prácticas comerciales dirigidas a un grupo concreto de consumidores, como los niños, la práctica debe evaluarse “desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”, en definitiva, puede interpretarse como un consumidor medio dentro del grupo (vulnerable) al que va precisamente dirigida la práctica. Será el considerando 19

²⁸ Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE n° 376, 27.12.2006, pp. 21-27).

²⁹ Sobre esta cuestión y el detalle y cita de los textos prelegislativos, me remito a CAMACHO PEREIRA, C., *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 161-162, n. 169.

³⁰ Esto es, cuando este haya de ser el titular de un derecho subjetivo dispensado por una norma y no meramente el parámetro con el que enjuiciar si se han cometido infracciones de la normativa que protege la competencia legal, la publicidad lícita, las denominaciones de origen o las marcas, cuya orientación primordial es depurar el mercado y proteger a empresarios frente a actuaciones ilícitas de otros empresarios, por más que supongan también una protección indirecta de los consumidores.

³¹ Idénticas referencias se encuentran en la norma española de transposición, esto es, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y, en particular, sus correspondientes artículos 4, 5, 7 y 20 en relación con prácticas comerciales y publicidad dirigida a los consumidores. Sin embargo, el articulado de la LCD explícitamente contempla ya la categoría de los “consumidores vulnerables”, trasvasando las ideas de los considerandos de la Directiva 2005/29. Así, el art. 4.3 LCD contempla las prácticas comerciales susceptibles de distorsionar “el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”.

el que concrete cuáles son las vulnerabilidades que delimitan grupos específicos en los que habrá que encontrar quiénes son los consumidores medios:

“Cuando determinadas características como *la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad* hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea *susceptible de distorsión* merced a la práctica en cuestión *en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente*, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo” (énfasis añadido).

15. Finalmente, el considerando 18 aporta otra idea crucial, que la jurisprudencia posterior empleará (cfr. *infra* apartado VI en relación con las afirmaciones de la AG en el asunto C-450/22, § 46): “La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto”.

16. En el articulado de la Directiva 2005/29 se hace uso de la categoría desde la misma definición de lo que se considera una práctica desleal (art. 5): si, contra la diligencia profesional, distorsiona o puede distorsionar de manera desleal “el comportamiento económico del *consumidor medio* al que afecta o al que se dirige la práctica, o del *miembro medio del grupo*, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”. La referencia, ya solo al consumidor medio, vuelve a encontrarse en la descripción de las “acciones engañosas” (art. 6.1), esto es, la práctica comercial que contenga información falsa o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, “induzca o pueda inducir a error al consumidor medio”; asimismo al delimitar las “omisiones engañosas” (art. 7.1), que son las que omiten “información sustancial que necesite el consumidor medio”; y al describir las “prácticas comerciales agresivas” (art. 8), que incluyen “el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto”.

17. De todo ello cabe colegir que el consumidor protegido frente a las prácticas comerciales desleales viene a ser este consumidor medio³² (incluido el medio de un grupo vulnerable al que se dirige en particular una práctica) y no cualquier consumidor en general. Y, como pone de relieve tanto la doctrina europea³³ como la nacional³⁴, se trata de un estándar elevado, exigente, no paternalista, cifrado en un consumidor atento y racional, al que se le pide una actitud informada sobre lo que va a contratar, ni descuidado ni excesivamente crédulo, que lee las instrucciones y compara precios y características principales de los productos y servicios antes de contratar y que, a la postre, confía en su propio juicio para proteger sus intereses. De alguna manera, el estándar del consumidor medio vendría a equipararse con el llamado *homo economicus*, el cual –según las ciencias económicas clásicas y liberales–, con la racionalidad que cabe presumirle, ha de ser también un eficiente operador en el mercado³⁵. De ahí que la política legislativa de protección de los consumidores haya apostado durante décadas por el eje central de un suministro completo, reforzado y transparente de información a los consumidores.

18. Cuestión distinta, que hace replantearse cuál es el auténtico contorno actual del consumidor medio³⁶, es que los estudios científicos de los últimos años hayan demostrado empíricamente las dis-

³² TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La figura del ‘consumidor medio’: un estándar judicial europeo con reconocimiento legal”, en GARCÍA RUBIO, M. P., MORESO, J. J. (Dirs.), *Conceptos multidimensionales del derecho*, Reus, Madrid, 2020, pp. 693-716, en especial, p. 699.

³³ VAN BOOM, GARDE, A., AKSELI, O. “Introduction”, en ID. (Dirs.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Routledge, London, 2004, p. 6; cfr. HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., WILHELMSSON, T., *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, London, 2017, pp. 151-152.

³⁴ CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 165; TOMÁS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 703-704 y 706.

³⁵ PICHONAZ, P., “Information Duties”, en MICKLITZ, H.-W., TWIGG-FLESNER, C. (Dirs.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Hart, Oxford, 2023 p. 88.

³⁶ *Infra*, apartados VII y VIII.

funciones del modelo informativo, los sesgos cognitivos y la facilidad de manipulación del consumidor medio (transformado en *homo heuristicus*), especialmente en el contexto digital de nuestros días. Algunas SSTJUE más recientes, al aplicar la Directiva 2005/29/CE han comenzado, de hecho, incipientemente, a tomar en consideración los sesgos cognitivos que pueden explotar algunas prácticas: así la STJUE de 18 de octubre de 2012 (*Purely Creative*), indica que la práctica 31 del anexo I de la Directiva “*explota el efecto psicológico* provocado por el anuncio de ganar un premio para incitar al consumidor a *efectuar una elección que no siempre es racional*”³⁷. Por su parte, la STJUE de 13 de septiembre de 2018 (*Wind Tre*) apunta que “no parece evidente que un comprador medio de una tarjeta SIM pueda ser consciente, cuando la compra, de que dicha tarjeta contiene de oficio servicios de contestador y de navegación por Internet preinstalados y preactivados capaces de generar gastos adicionales (...) ni tampoco que ese comprador disponga de conocimientos técnicos suficientes para efectuar por sí solo los ajustes necesarios para desactivar en su aparato esos servicios o esas conexiones automáticas”, para acabar subrayando que “en un campo tan técnico como el de las comunicaciones electrónicas de telefonía móvil, no es posible negar que existe una importante asimetría de información y de competencias técnicas entre una y otra parte”³⁸.

19. A la luz de la jurisprudencia clásica y la normativa hasta ahora descrita, en definitiva, el *consumidor medio*, como sintetiza la Guía de 2021 de la Comisión Europea sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE³⁹ es “una persona razonablemente crítica, consciente y perspicaz en su comportamiento en el mercado”; añade la Comisión Europea que “el consumidor medio no es alguien que solo necesite una pequeña protección por estar siempre en condiciones de obtener la información disponible y de actuar con sensatez basándose en ella. Al contrario, tal como se subraya en el considerando 18, este criterio se basa en el principio de proporcionalidad” y, con arreglo al art. 114 del TFUE, debe suponer un alto nivel de protección de los consumidores; por eso, “una medida nacional que prohíba las declaraciones que solo puedan engañar a un consumidor sumamente crédulo, ingenuo o superficial (por ejemplo, exageraciones) sería desproporcionada y crearía un obstáculo injustificado al comercio”⁴⁰. En cuanto al *miembro medio de un grupo concreto al que se dirige una práctica* (por ejemplo, un producto concreto dirigido sólo a profesionales de un ámbito), la Comisión advierte que “podría tener unas características o conocimientos más específicos que un consumidor medio no tendría por qué poseer, lo que incide directamente en la evaluación de los efectos de la práctica comercial”; “el ‘grupo concreto de consumidores’ debe ser suficientemente identificable, de carácter limitado y homogéneo. Si no se puede identificar un grupo concreto, la evaluación debe centrarse entonces en la referencia general del consumidor medio”⁴¹. En cuanto a los *consumidores vulnerables*, la Guía de la Comisión Europea de 2021 indica que el transcrito considerando 19 contiene “una lista no exhaustiva de características que hacen que los consumidores sean ‘especialmente sensibles’” y el concepto de vulnerabilidad “engloba asimismo las vulnerabilidades dependientes del contexto”⁴², que son especialmente graves en el entorno digital⁴³.

³⁷ STJUE 18 octubre 2012, C-428/11, *Purely Creative Ltd et al. vs. Office of Fair Trading*, ECLI:EU:C:2012:651, § 38: elecciones poco racionales como llamar a un teléfono con tarificación incrementada para informarse, desplazarse costosamente o pagar unos gastos de entrega de un libro que ya posee, añade la sentencia.

³⁸ STJUE 13 septiembre 2018, C-54/17 y C-55/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vs. Wind Tre y Vodafone Italia*, EU:C:2018:710, §§ 52 y 54.

³⁹ COMISIÓN EUROPEA (Comunicación), *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, 2021/C 526/01, DOUE 21.12.2021, C 526, en especial, p. 33 y ss.

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE...*, cit., p. 33.

⁴¹ *Idem*, p. 34. Téngase en cuenta esta precisión para enjuiciar las alegaciones presentadas por las entidades bancarias y los argumentos del propio Tribunal Supremo en la cuestión prejudicial del asunto C-450/22 (*Caixabank*), pendiente de resolución, sobre el carácter variopinto de los múltiples consumidores afectados por similares cláusulas suelo como dificultad para realizar el control de transparencia.

⁴² *Idem*, p. 35, apartado 2.6. Apréciase que el documento afirma que a los consumidores considerados miembros de esos cuatro grupos enumerados en el art. 5.3 “se les debe brindar un nivel de protección más elevado que al ‘consumidor medio’ al que se refiere el artículo 5, apartado 2”; afirmación esta en liza y contradicción con el considerando 34 de la Directiva 2011/83 (*vid. infra*).

⁴³ Al respecto, véanse las interesantes consideraciones de la *Guía* citada en las notas anteriores (en especial, pp. 99-102, apartado 4.2.7) sobre la manipulación digital mediante patrones oscuros o las prácticas de persuasión personalizada basadas

20. En definitiva, a modo de cierre, el Derecho de consumo de la Unión Europea cuenta en realidad con varias nociones o imágenes del consumidor⁴⁴ que, como mínimo, pueden clasificarse en tres:

- a) *El “consumidor” (sin adjetivos)*, identificado con la *parte contractual débil* necesitada de protección jurídica por su situación de desigualdad, inferioridad o desventaja (informativa, negociadora, etc.) en sus relaciones con contratantes empresarios, el cual normativamente viene definido, en prácticamente todas las Directivas sobre Derecho contractual de consumo, como la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Anticipemos que en el contexto de la Directiva de protección contractual por antonomasia, la relativa a cláusulas abusivas, según correctamente explicita la Comisión Europea, “la noción de ‘consumidor’ es objetiva y refleja una posición típicamente más débil como contraparte del profesional, entendiendo que el conocimiento y la experiencia superiores de un determinado consumidor no impiden a dicha persona considerarla un ‘consumidor’ a los efectos de la Directiva 93/13/CE”⁴⁵. Esta afirmación, en principio, es válida para todos los remedios derivados de la Directiva, se hable de abusividad o se hable de transparencia.
- b) *El “consumidor medio”*, identificado hasta ahora con el *homo economicus*, racional, caracterizado como un consumidor reflexivo y poco crédulo, delimitado con un estándar medio y no bajo (no cualquier consumidor descuidado), pero al que se otorga también una alta protección de acuerdo con los postulados del TFUE.
- c) *El “consumidor vulnerable”*, del cual la doctrina ha señalado que se trata de una variante de la regla general del consumidor medio⁴⁶, que sirve para apreciar si una práctica comercial puede distorsionar el comportamiento económico del miembro medio de ese grupo especialmente vulnerable al que va dirigido el mensaje o al que este alcanza⁴⁷. La noción se introdujo en la Unión Europea para no dejar desasistidas a personas que con una aplicación estricta

en los datos personales previamente recabados. Estas técnicas digitales implican (*op. cit.*, p. 100) que “a efectos de esta evaluación, el valor de referencia de un consumidor medio o vulnerable puede modularse en función del grupo destinatario y, si la práctica es muy personalizada, incluso formularse desde la perspectiva de una sola persona que haya estado sujeta a la personalización específica. Estas prácticas también pueden tener un efecto más significativo en los consumidores vulnerables”; además, “el concepto de vulnerabilidad de la DPCD es dinámico y situacional, lo que significa, por ejemplo, que un consumidor puede ser vulnerable en una situación, pero no en otras.

⁴⁴ LECZYKIEWICZ, D. WEATHERILL, S. (Dir.), *The Images of the Consumer in EU Law. Legislation, Free Movement and Competition Law*, Hart, Oxford, 2016. En nuestro país, sobre las nociones de consumidor medio, vulnerable, confiado (Canadá), pobre y real, *vid. HUALDE MANSO, T., Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA (Comunicación), *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores* (2019/C 323/04), DOUE 27.9.2019, C-323, p. 20 y ss., en especial, pp. 4-92, en concreto, p. 10 (apartado. 1.2.1.1).

⁴⁶ *Vid.*, ad ex., CAMACHO PEREIRA, *op. cit.*, p. 170, con cita de MASSAGUER FUENTES. Sobre las dudas que plantea la categoría, recientemente, TOMÁS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 708 y ss., quien apunta razonablemente que si un producto va dirigido a un grupo de consumidores (v. gr., personas mayores) el consumidor medio lo será en relación con este grupo, de manera que en el caso no parecería necesaria la referencia al consumidor vulnerable; o que no está justificado que pueda considerarse vulnerable a toda una categoría de personas (pp. 709 y 711), máxime cuando los estudios han demostrado que la vulnerabilidad viene dada por causas más exógenas que endógenas y por factores transitorios menos ligados a estados físicos, como el estrés, el cansancio o momentos de dolor emocional (p. 712). Sobre el debate del encaje del consumidor vulnerable a partir de la Directiva 2005/29, *vid. ya INCARDONA, R., PONCIBÒ, C., “The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the cognitive revolution”, Journal of Consumer Policy*, 30.1, 2007, pp. 21-38; WILHELMSSON, T., “The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment”, HOWELLS, G. et al. (Dir.), *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Aldershot, Ashgate, 2007, pp. 211-227; STUYCK, J., “The Notion of the Empowered and Informed Consumer in Consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime”, en HOWELLS (Dir.), *The Yearbook of Consumer Law 2007*, cit., pp. 167-186; DUIVENVOORTE, B. B., *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Cham, 2015, en especial, p. 177 y ss. sobre protección de grupos vulnerables; RIEFA, C., SAINTIER, S. (Dir.), *Vulnerable Consumers and the Law. Consumer Protection and Access to Justice*, Routledge, London, 2020.

⁴⁷ Pues, en efecto, como señala la COMISIÓN EUROPEA (*Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE...*, cit., p. 34) “también es posible que diferentes grupos de consumidores se vean afectados por la misma práctica comercial. Por ejemplo, puede haber un consumidor medio al que afecte o se dirija la práctica (...) y que, al mismo tiempo, esta se dirija a un grupo de consumidores vulnerables. En general, la evaluación debe tener en cuenta a los consumidores realmente afectados por la práctica, con independencia de si se corresponden o no con los destinatarios que el comerciante había previsto”.

del estándar del consumidor medio quedarían excluidas de protección y supone identificar el grupo vulnerable y delimitar quién se puede considerar medio o típico dentro de él. Como es bien conocido, el legislador español introdujo con carácter general en la reforma de 2021 del TRLGDCU la noción de “persona consumidora vulnerable” dentro del concepto legal de consumidor del art. 3 TRLGDCU⁴⁸.

21. Doctrinalmente, existen variadas propuestas de introducir en la legislación de la UE nuevas nociones de consumidor o, al menos, de modular las existentes a la vista de las nuevas vulnerabilidades derivadas de la digitalización, la actividad de los llamados “prosumidores”, en particular, en la nueva economía de las plataformas, y el imperativo del consumo sostenible que genere nuevas responsabilidades en el “consumidor-ciudadano”⁴⁹.

3. Expansión del concepto de consumidor vulnerable (como categoría matizada del consumidor medio) a la normativa europea de genuino Derecho contractual de consumo desde 2019.

22. Tras la Directiva 2005/29, no tanto el estándar del “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, sino el del “consumidor vulnerable” se ha ido implementando en numerosas normas europeas de regulación del mercado interior y defensa de la competencia, como ocurre con las normas relativas a energías, electricidad y etiquetado⁵⁰.

23. En lo que a este ensayo interesa, es central en la construcción del estándar aplicable a quien celebra un contrato de consumo con un empresario, partiendo de la vigente política legislativa de información y transparencia precontractual, examinar las precisiones legislativas y jurisprudenciales que han tenido lugar, sobre todo, desde 2019 para constatar si existe una suerte de patrón transversal europeo, dotado de cierta homogeneidad. Para ello habría que *examinar dos círculos de normas*: por una parte, las tres más generales y de aplicación común en relación con el equilibrio contractual y la transparencia, como son la Directiva 2005/29 sobre prácticas contractuales desleales, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores⁵¹, las cuales tres podrían incluso llegar a aplicarse al mismo contrato. Por otra parte, las Directivas sectoriales sobre contratos concretos o sobre determinadas prestaciones que prestan atención al momento de formación del contrato –cuya normativa sustancial, recuérdese, todas ellas relegan a la legislación nacional sin pretender una armonización europea sobre el consentimiento contractual– y, por lo tanto, cuentan con preceptos relativos a la información contractual y la forma de transmitirla, incluyen obligaciones de transparencia (como también hace la Directiva 93/13).

⁴⁸ Sobre esta reforma, la delimitación del concepto, su naturaleza jurídica *per relationem* con el concepto general del “consumidor o usuario” y bibliografía sobre la materia, me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentarios al artículo 3 TRLGDCU. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable”, en CAÑIZARES LASO, A., ZUMAQUERO GIL, L. (dirs.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 142 y ss.

⁴⁹ Por todos, con esas tres variables (digitalización, actividad proactiva y sostenibilidad, esto es, “consumidor digital”, “prosumidor” y “consumidor ciudadano”), véanse las propuestas –por ahora algo difusas– que al respecto hace MAK, V., “How Can Consumer Interests be Protected When Consumer Identities are increasingly Diffuse?”, en MICKLITZ, H.-W., TWIGG-FLESNER, C. (Dirs.), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Hart, Oxford, 2023, pp. 43-63, en particular, p. 56 y ss., que se debate entre las ventajas de mantener el concepto de consumidor de “talla única” y la oportunidad de reconstruirlo con una perspectiva más “contextualizada”.

⁵⁰ Así, hace una mención al “comportamiento del consumidor medio” el considerando 35 del Reglamento (UE) 2017/1369 de 4 de julio de 2017, por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE (DOUE 198, 28.7.2017). Y regula explícitamente la categoría de los “clientes vulnerables” (llamados “consumidores vulnerables” en el considerando 60) el artículo 28, así como los arts. 5, 58.h y 69, más los considerandos 4, 23, 58 y 86) de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (DOUE, 158, de 14.6.2019).

⁵¹ Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE, L-304, 22.11.2011, p. 64 y ss.).

24. En cuanto al primer conjunto normativo, estudiada la referencia al consumidor medio en la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y sabiendo que la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas no contiene ninguna referencia a ese estándar (pero sí la jurisprudencia que la interpreta, como veremos en el epígrafe siguiente), es del máximo interés transcribir el considerando 34 de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores:

“El comerciante debe proporcionar al consumidor *información clara y comprensible antes* de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente. *Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever.* No obstante, la toma en consideración de estas *necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores*” (énfasis en cursiva añadido).

25. Tres ideas deben resaltarse de este párrafo: en primer lugar, el postulado del deber de proporcionar al consumidor “información clara y comprensible” antes de celebrar cualquier contrato de consumo; dicción que se corresponde con los sintagmas empleados por el legislador europeo en los arts. 4.2 y 5.1 de la Directiva 93/13 sobre la que se ha construido el control de transparencia de las cláusulas no negociadas. En segundo lugar, el legislador de 2011 acoge en sede de protección contractual de los consumidores similares circunstancias de vulnerabilidad, *mutatis mutandis*, a las que contempla la Directiva 2005/29 (considerando 19, antes transcrito) no para indagar cuál sería el consumidor típico medio dentro de ese grupo (aunque a la postre ese haya de ser el canon que guíe las obligaciones del empresario), sino para establecer el deber de facilitar la información de una forma adaptada a esas necesidades (enfermedad, edad o credulidad). En tercer lugar, el legislador europeo establece que la toma en consideración de esas necesidades “no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores”.

26. Sin perjuicio de esta referencia a la vulnerabilidad en la Directiva 2011/83, el TJUE ha hecho uso más bien de la noción del “consumidor medio” al interpretar algunos requisitos informativos de esa Directiva (que no menciona expresamente ese estándar medio). Así en la STJUE de 7 de abril de 2022 (*Fuhrmann*) se indica que “el tribunal remitente deberá comprobar, en particular, si, en alemán, tanto en el lenguaje corriente como para el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, el término «reserva» está asociado necesaria y sistemáticamente al nacimiento de una obligación de pago. En caso negativo, sería preciso declarar la ambigüedad de la expresión «finalizar la reserva»” en la plataforma *Booking*.⁵² En el caso de la STJUE 5 de mayo de 2022 (*absolut-bikes/Victorinox*) una empresa vendía a través de la plataforma *Amazon* una navaja suiza; al no informar de la garantía comercial del productor, el TJUE resuelve que, en búsqueda del equilibrio entre un elevado nivel de protección de los consumidores y la competitividad de las empresas (considerando 4 de la Directiva 2011/83), “el comerciante solo está obligado a facilitar al consumidor información precontractual sobre la garantía comercial del productor cuando el interés legítimo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, en un nivel elevado de protección debe prevalecer en su decisión de vincularse contractualmente o no con dicho comerciante”⁵³; como se puede apreciar, también en la interpretación de la transparencia precontractual el TJUE emplea el canon del consumidor medio propio de la Directiva 2005/29⁵⁴.

⁵² STJUE 7 abril 2022, C-249/21, *Fuhrmann-2-GmbH vs. B.*, ECLI:EU:C:2022:269, § 33. Sobre la interpretación del botón de reserva, sin empleo del canon del consumidor medio, *vid.* también la STJUE 30 mayo 2024, C-400/22, *VT, UR vs. Conny GmbH*, ECLI:EU:C:2024:436.

⁵³ STJUE 5 mayo 2022, C-179/21, *absolut-bikes and more- GmbH & Co. KG vs. the-trading-company GmbH*, ECLI:EU:C:2022:353, §§ 41, 48 y 53.

⁵⁴ La STJUE 5 mayo 2022 añade que para determinar si la garantía comercial del productor constituye un elemento central o decisivo de la oferta del vendedor (§ 44) es preciso tener en cuenta, entre otros factores (§ 48), “el riesgo de que tal mención pueda inducir a error o a confusión al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz con respecto a los distintos derechos de garantía que pueda ejercer o a la identidad real del garante”. Y acaba ligando estos deberes

27. En cuanto al segundo conjunto de normas de protección contractual, que hemos denominado “sectorial”, cabe mencionar, en primer lugar que la normativa vigente sobre compraventa de bienes y de bienes con elementos digitales y sobre el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales sólo hacen una mención de pasada en sus considerandos al consumidor medio que puede verse en dificultades de usar el bien, contenido o servicio digital por deficiencias en las instrucciones de instalación o integración (respectivamente, considerandos 34 y 50 de las Directivas 2019/771 y 2019/770, ambas de 20 de mayo de 2019)⁵⁵. Como es bien conocido, la división entre “requisitos subjetivos para la conformidad” y “requisitos objetivos”, apela antes a lo que figura en un contrato concreto y a lo que cabe objetivamente esperar cualquier consumidor (“expectativas de los consumidores” *ex* considerando 20 Directiva 2019/770), que a la evaluación subjetiva de lo que puede esperar un consumidor concreto, quien para salir de la expectativa media habrá de haber “sido informado de manera específica de que una determinada característica de los contenidos o servicios digitales [o bienes] se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos” y haber aceptado de forma expresa y por separado esa divergencia (art. 7.5 de ambas directivas). Nada obsta, sin embargo, a que un específico productor pudiera ofrecer una garantía comercial de tintes puramente subjetivos apelando a la satisfacción personal de cada consumidor, en cuyo caso, según la STJUE de 28 de septiembre de 2023 (*BB Sport*) un compromiso de ese tipo “puede abarcar la insatisfacción de las expectativas subjetivas de dicho consumidor con respecto al bien adquirido, independientemente de cualquier consideración objetiva derivada de las características o cualidades de ese bien”⁵⁶.

28. En este grupo de normas sectoriales recientes, algunas siguen tomando en especial consideración la vulnerabilidad por razones de edad (Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre, de modernización u *omnibus*)⁵⁷, otras apelan a la vulnerabilidad ligada a la dificultad de comprender algunos productos financieros y sus riesgos (Directiva 2023/2225, de 18 de octubre, de crédito al consumo)⁵⁸ y otras, finalmente, adoptan un enfoque proactivo frente a las técnicas de manipulación digital mediante los llamados patrones oscuros aplicables al diseño de las interfaces que hacen vulnerable prácticamente a cualquier consumidor digital (así, con menciones a los “consumidores vulnerables”, el Reglamento (UE) 2023/2854, de 13 de diciembre, de datos⁵⁹ o la Directiva 2023/2673, de 22 de noviembre, sobre servicios financieros celebrados a distancia⁶⁰). Esta última Directiva 2023/2673 también adopta expresamente el estándar del “consumidor medio” para evitar que sea inducido a error en el considerando 42 de la Directiva 2023/2673, de 22 de noviembre, sobre servicios financieros celebrados a distancia, en rela-

de información precontractual sobre la garantía comercial dispuestos en la Directiva 2011/83 con los fijados en la Directiva 1999/44/CE.

⁵⁵ Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (*DOUE*, L36, de 22.5.2019, p. 28 y ss.); Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (*DOUE*, L36, de 22.5.2019, p. 1 y ss.).

⁵⁶ STJUE 28 septiembre 2023, C-133/22, *LACD GmbH vs. BB Sport GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2023:710, §§ 28 y 32; ofrecer el reembolso mediante una simple declaración de insatisfacción con el producto está amparado por la libertad de empresa y, en tal caso, “la insatisfacción de las expectativas subjetivas del consumidor respecto a tal bien no puede, por definición, comprobarse de manera objetiva. Por lo tanto, la mera afirmación en este sentido por parte del consumidor debe considerarse suficiente”.

⁵⁷ Considerando 54 de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (*DOUE* L 328, 18.12.2019, p. 7 y ss.): respecto a la comercialización agresiva o engañosa de productos en el contexto de visitas no solicitadas al domicilio del consumidor o de excursiones, señala el considerando que “tales prácticas se dirigen a menudo a *personas de edad avanzada u otros consumidores vulnerables*”.

⁵⁸ Considerando 76 de la Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE (*DOUE* 2225, 30.10.2023, p. 1 y ss.).

⁵⁹ Considerando 38 del Reglamento (UE) 2023/2854, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828

⁶⁰ Considerando 41 de la Directiva (UE) 2023/2673, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE, el cual describe los patrones oscuros y cómo merman o distorsionan la capacidad de los consumidores de tomar decisiones autónomas e informadas, aún sin mencionar la noción expresa de vulnerabilidad.

ción con “prácticas de mercadotecnia de influentes en las plataformas de medios sociales”. Finalmente, otras recientes normas, sin apelar ni al consumidor medio ni al vulnerable velan por introducir mecanismos (como la etiqueta armonizada) para evitar que los consumidores sean inducidos a error y para que puedan comparar correctamente productos y servicios con modificación, precisamente, de las Directivas 2005/29 (prácticas desleales) y 2011/83 (mejor información), como es el caso de la Directiva (UE) 2024/825 de 28 de febrero, sobre el empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica⁶¹.

IV. Extrapolación del estándar del consumidor medio al régimen de las cláusulas abusivas (Directiva 93/13) a efectos del control de transparencia (TJUE y TS).

1. *Ratio*

29. Como ya se ha expuesto, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no contiene referencias a ningún tipo específico de consumidor, más allá del definido genéricamente en su art. 2.b; no hay menciones distintivas ni al destinatario del control de transparencia, ni al parámetro para medir esta. Respecto a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (así como respecto a la relación calidad/precio), el art. 4.2 establece que no se evaluarán como abusivas si están redactadas de manera “clara y comprensible” (de manera que, *a contrario*, como ha interpretado el TJUE, sí podrán ser declaradas abusivas si no superan ese test de transparencia); y en relación con todas las demás cláusulas no negociadas (esto es, las cláusulas accesorias, las que no contienen los elementos esenciales del contrato o *core terms*), el art. 5 de la Directiva contiene la misma exigencia de transparencia⁶².

30. El trasvase del estándar del consumidor medio a la evaluación de la transparencia de las cláusulas no negociadas es un paso natural: por una parte, para conseguir el reequilibrio de la posición de las partes contractuales y mitigar la asimetría informativa y negociadora es crucial que, en la fase previa a la conclusión del contrato, el consumidor disponga de toda la información precontractual necesaria, incluidas las cláusulas no negociadas que regirán su contrato (cognoscibilidad ya enunciada en el considerando 20 de la Directiva)⁶³; por otra parte, es patente que, en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, esto es, el precio y su contraprestación, la falta de transparencia en su formulación podrá “inducir a error” o “alterar el comportamiento económico” del consumidor. Es decir, estamos en un punto de intersección entre la transparencia del contrato y la transparencia del mercado, entre el equilibrio contractual que busca el régimen de las cláusulas abusivas y la contratación leal en defensa tanto de los intereses económicos de los consumidores como de los competidores legítimos⁶⁴ que persigue la normativa que veta las prácticas comerciales desleales. No es de extrañar que el TJUE haya llevado el estándar objetivo del consumidor medio, desarrollado para las prácticas comerciales desleales, al ámbito de la información sobre precio y contraprestación *también* abordado en las reglas sobre cláusulas abusivas; y resulta asimismo plenamente coherente con el trasvase que el propio TJUE hizo de ese canon objetivo al interpretar la tercera Directiva central en la defensa contractual del consumidor, como es la Directiva 2011/83 de derechos de los consumidores, que tampoco contenía la referencia; y lo hizo precisamente al evaluar el impacto de cierta información precontractual ligada al

⁶¹ Considerandos 3, 6, 25, 33, 35 y 40 de la Directiva (UE) 2024/825 de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información (*DOUE*, 6.3.2024).

⁶² Art. 5, primer inciso: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre *de forma clara y comprensible*”.

⁶³ Valor de esa información precontractual para el control de transparencia tempranamente destacada por las tantas veces citadas después STJUE 26 abril 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs. Invitel Távközlési Zrt.*, §§ 23 y 30; y STJUE 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG vs. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.*, §§ 49 y 55 ambas sobre mecanismos de modificación unilateral del precio en contratos de tracto sucesivos (por cierto, no considerados objeto principal del contrato en esas SSTJUE).

⁶⁴ *Vid.* considerando 6 de la Directiva 2005/29/CE.

precio y la obligación de pago (STJUE de 7 de abril de 2022, *Fuhrmann*, botón de reserva con obligación de pago)⁶⁵, esto es, al fijar cuál es el estándar (el consumidor medio) que el empresario debe tener en cuenta en el momento de exponer en el mercado su oferta, las características esenciales que definirán la carga jurídico y económica de la otra parte.

31. Naturalmente, no son estas tres las únicas Directivas que afrontan la cuestión de la información precontractual obligatoria (qué información debe darse) y su transparencia (cómo ofrecerla de forma eficaz y leal); ya se vieron otras varias posteriores a 2019 en que el consumidor vulnerable y el consumidor medio son tenidos en cuenta. Y existen muchas otras anteriores a esa fecha en que se instauran requisitos de transparencia, que el TJUE ha tenido en cuenta en ocasiones de cara a la evaluación de la transparencia “material” o “sustantiva” propia de la Directiva 93/13 y sus consecuencias, que es compatible y de aplicación conjunta con esas normas⁶⁶, como la Directiva 2014/17/UE sobre créditos hipotecarios, la Directiva 2015/2302 sobre viajes combinados, la Directiva 2018/1972 con el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas, el Reglamento (CE) 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos, o las Directivas 2009/72/CE (después derogada por la antes citada Directiva 2019/944) y 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y el gas natural. Así, el ejemplo más evidente de toma en consideración de una posible práctica comercial desleal como parámetro para determinar la eventual falta de transparencia de una cláusula, a la postre declarada abusiva, puede encontrarse ya en la STJUE de 15 de marzo de 2012 (*Pereničová*)⁶⁷.

2. Jurisprudencia del TJUE

32. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en este punto puede abordarse en tres estadios: [A] el uso del canon del consumidor medio desde 2014 hasta hoy, sin fisuras; [B] la explicación de la objetivación con independencia de los conocimientos o el carácter experto del consumidor, incluso en supuestos de consumidores abogados o empleados bancarios, desde 2015 hasta hoy; y [C] las últimas precisiones desde mediados de 2023 sobre lo que cabe requerir en la actitud (informada) de ese consumidor medio en cuanto a cognoscibilidad de la normativa que le es aplicable, puesto en relación con las obligaciones de información del empresario.

A) El “consumidor medio” llegó para quedarse

33. La primera vez que el TJUE adoptó el estándar del consumidor medio para aplicar el control de transparencia de cláusulas no negociadas (en este caso, sobre el objeto principal del contrato, comprendidas, por tanto, en el art. 4.2 de la Directiva 93/13) fue en la STJUE de 30 de abril de 2014 (*Kásler*)⁶⁸, una de las pioneras sobre defensa del contratante de créditos hipotecarios referenciados en divisa extranjera y sobre la fijación de diversos rasgos del control de transparencia. En lo que aquí interesa, el § 74, tantas veces refrendado y citado después, estableció que (cursivas añadidas):

⁶⁵ Cfr. también la STJUE 5 mayo 2022 (*absoluts-bikes/Victorinox*), ambas expuestas *supra*, III.3.

⁶⁶ Así lo afirma y resume la COMISIÓN EUROPEA, *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE...*, cit., pp. 28-29, donde puede verse elenco de esas normas europeas que instauran requisitos de transparencia hasta 2019, fecha de esa comunicación.

⁶⁷ STJUE 15 marzo 2012, C-453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič vs. SOS financ, spol. s r. o.*, ECLI:EU:C:2012:144, §§ 42-44 (sobre indicación de una TAE falsa en un contrato de crédito). Al respecto, *vid.* WHITTAKER, S., “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 509-533. Cfr., más recientemente, STJUE 22 septiembre 2022, C 335/21, *Vicente vs. Delia*, ECLI:EU:C:2022:720, §§ 85 y 87.

⁶⁸ STJUE 30 abril 2014, C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai vs. OTP Jelzálogbank Zrt*, ECLI:EU:C:2014:282, § 74.

“(…) incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos *la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista* en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, *un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso* podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también *evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él* de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo”.

34. Esta referencia a la comprensión que, con esa información previa (publicidad incluida), pudo alcanzar un consumidor medio y no el concreto consumidor litigante, fue rápidamente refrendada por la STJUE de 26 de febrero de 2015 (*Mattei*) en relación con la transparencia de una “comisión de riesgo” (más una garantía que la retribución de un servicio) y una vaga cláusula de modificación unilateral del tipo de interés (no consideradas cláusulas esenciales en el sentido del art. 4.2, sino accesorias y, sin embargo sometidas al control de transparencia igualmente derivado del art. 5 de la Directiva 93/13)⁶⁹; y también por la STJUE de 23 de abril de 2015 (*van Hove*), que utiliza el estándar del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no sólo para evaluar las consecuencias económicas de una cláusula limitativa en un contrato de seguro –cuestión que se menciona expresamente–, sino también para “saber que existe una diferencia entre el concepto de «incapacidad total para trabajar», a efectos del contrato sobre el que versa el litigio principal, y el concepto de «incapacidad permanente parcial», a efectos del Derecho nacional de la seguridad social”⁷⁰. La misma noción de consumidor medio empleó la STJUE de 9 de julio de 2015 (*Bucura*)⁷¹ al realizar el control de transparencia de los elementos esenciales en un contrato de crédito al consumo.

35. Por lo tanto, el estándar del consumidor medio se implantó ya en 2015 en la jurisprudencia del TJUE como pieza esencial del control de transparencia (y se complementaría el mismo 2015, en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Costea, vid. infra*, en relación con el otro elemento clave de evaluación objetiva: la irrelevancia de los conocimientos propios de un consumidor concreto). El uso de ese canon se adoptó en relación con relaciones contractuales diversas, con su regulación informativa propia, armonizada o no en ese momento (crédito al consumo, préstamos hipotecarios multdivisa, seguros). A partir de entonces, el TJUE ha reiterado la necesidad de tomar en consideración la perspectiva del consumidor medio y no del particular consumidor afectado por el contrato, tanto en litigios emprendidos por una acción individual como por una colectiva, en todo tipo de relaciones contractuales; así, lo ha reiterado hasta nuestros días respecto al conocimiento y comprensión que cabe esperar del consumidor medio en *préstamos multdivisa*: v. gr., en la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (*Andriciu*)⁷², ATJUE de 22 de febrero de 2018 (*Lupean*)⁷³, ATJUE de 22 de febrero de 2018 (*Czakó*)⁷⁴, STJUE de 20 de septiembre

⁶⁹ STJUE 26 febrero 2015, C-143/13, *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei vs. SC Volksbank România SA*, § 75, en términos muy parecidos al transcrito § 74 del asunto *Kásler*: el tribunal debe tener a la vista todos los elementos de hecho pertinentes, incluida la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista “*teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”.

⁷⁰ STJUE 23 abril 2015, C-96/14, *Jean-Claude Van Hove vs. CNP Assurances SA*, § 47.

⁷¹ STJUE 9 julio 2015, C-348/14, *Maria Bucura vs. SC Bancpost SA*, ECLI:EU:C:2015:447, §§ 56 y 66. Sobre la comprensión del consumidor en estos contratos por una presentación de la TAE sin los datos necesarios, *vid.* STJUE 20 septiembre 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko vs. Ján Danko, Margita Danková*, §§ 65 y 68.

⁷² STJUE 20 septiembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu and Others vs Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, §§ 47 y 51.

⁷³ ATJUE 22 febrero 2018, C-119/17, *Liviu Petru Lupean y Oana Andreea Lupean contra SC OTP BAAK Nyrt*, ECLI:EU:C:2018:103, § 24: “un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, doit être à même non seulement de connaître la possibilité de hausse ou de dépréciation de la devise étrangère dans laquelle le prêt a été contracté, mais aussi d’évaluer les conséquences économiques, potentiellement significatives, d’une telle clause sur ses obligations financières”; en cambio, los 29 y 31 resaltan que el empresario, dada su profesión, sí pudo llegar a saber la evolución futura y los riesgos que asumía el consumidor.

⁷⁴ ATJUE 22 febrero 2018, C-126/17, *ERSTE Bank Hungary Zrt vs. Orsolya Czakó*, ECLI:EU:C:2018:107, §§ 32 y 35.

de 2018 (*OPT Bank/Ilyés*)⁷⁵, STJUE de 5 de junio de 2019 (*GT*)⁷⁶, STJUE de 10 de junio de 2021 (*BNP Paribas*)⁷⁷, STJUE de 18 de noviembre de 2021 (*A. SA*)⁷⁸.

36. El parámetro del consumidor medio fue implementado también en relación con cláusula de *indexación al IRPH en los préstamos hipotecarios* a partir de la STJUE de 3 de marzo de 2020 (*Gómez del Moral Guasch*)⁷⁹, en cuyo considerando 51 el Tribunal declara que aplica “por analogía” este canon consagrado por las sentencias *Kásler* de 2014 y *Andriiciuc* de 2017 y responde sobre los elementos informativos que el empresario debe suministrar para entenderse cumplida la exigencia de transparencia, de manera que (considerando 56):

“el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”, agregando que constituyen elementos especialmente pertinentes para la evaluación judicial el hecho de que “los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten *fácilmente asequibles a cualquier persona* que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés” en BOE, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice.

Por lo tanto, como se puede ver, el TJUE en este caso usa el barómetro del consumidor medio para entender, a su juicio, que cualquiera podría haber consultado esa información como criterio favorable a la transparencia (y, por ende, en el caso, poner en cuestión que el consumidor mereciera protección). El ATJUE de 17 de noviembre de 2021 (*Gómez del Moral Guasch II*) refrendó esos elementos con alguna cautela sobre el valor de la publicación oficial del IRPH (que permite al profesional no incluir una definición completa de la cláusula en el contrato) al agregar la transparencia se cumplirá “siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia”⁸⁰. El tercer asalto y, por ahora último, en sede del TJUE sobre el IRPH se produjo con la STJUE de 13 de julio de 2023 (*Banco Santander*), que hasta en cinco considerandos y en la respuesta final liga el control de transparencia con la percepción del *consumidor medio*; el Tribunal interpreta que el juez nacional ha de verificar si las precisiones que, en su conjunto, ofrecían normas de rango menor varias veces modificadas, como el preámbulo y un anexo de la Circular 5/1994 del Banco de España (y la referencia al diferencial negativo), en su relación con la Circular 8/1990, eran *per se* transparentes para un consumidor; y, sobre todo, es necesario, a efectos del control de transparencia, “determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio”⁸¹. La STJUE

⁷⁵ STJUE 20 septiembre 2018, *OTP Bank Nyrt y OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt vs. Teréz Ilyés and Emil Kiss*, C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, § 27 y 78.

⁷⁶ STJUE 5 Junio 2019, C-38/17, *GT vs. HS*, ECLI:EU:C:2019:461, §§ 34 y 45.

⁷⁷ STJUE 10 junio 2021, C-776/19 a C-782/19, *VB et al. vs. BNP Paribas Personal Finance, et al.*, ECLI:EU:C:2021:470, §§ 64, 67, 72 y 78, que emplea el canon del consumidor medio normalmente informado tanto para valorar la transparencia de la cláusula y, en particular, el funcionamiento concreto de dicha cláusula y sus consecuencias económicas, evaluar el coste (§§ 64 y 67) y, especialmente, “no solo comprender que, en función de las variaciones del tipo de cambio, la evolución de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago puede acarrear consecuencias desfavorables para sus obligaciones financieras, sino también comprender, en el marco de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera, el riesgo real al que se expone, durante toda la vida del contrato, en el supuesto de una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos respecto de la moneda de cuenta” (§§ 73 y 78). También STJUE 10 junio 2021, C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance*, ECLI:EU:C:2021:469, §§ 42 y 43.

⁷⁸ STJUE 18 noviembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P. vs. “A.” prowadzący działalność za pośrednictwem “A.” S.A.*, ECLI:EU:C:2021:934, §§ 42-43 y 55.

⁷⁹ STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch vs. Bankia S.A.*, ECLI:EU:C:2020:138, §§ 51, 52 y 56

⁸⁰ ATJUE 17 noviembre 2021, C-655/20, *Marc Gómez del Moral Guasch vs. Bankia, S. A.*, ECLI:EU:C:2021:943, §§ 29, 33 y 34 y respuesta final n° 1

⁸¹ STJUE 13 julio 2023, C-265/22, *ZR, PI vs. Banco Santander, S. A.*, ECLI:EU:C:2023:578, §§ 54, 55, 58, 59 y 60 y respuesta final.

de 13 de julio de 2023 estima que debe verificarse si la información así proporcionada era suficiente para que el consumidor medio tuviera conocimiento efectivo de los métodos de cálculo del IRPH (§ 58), máxime cuando la propia institución autora de la Circular 5/1994 consideró importante en su preámbulo llamar la atención sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo, lo que “constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor” (§ 59). Pero sin duda el pasaje más innovador y relevante para el presente ensayo es el contenido en el considerando 60, que ahora se transcribe, con énfasis en su parte final:

“Para la apreciación del órgano jurisdiccional remitente también resulta pertinente la circunstancia de que esta información, pese a haber sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, figure en el preámbulo de la Circular 5/1994 y no en la circular por la que se establece el índice de referencia contractual, a la que se remitía la cláusula controvertida, a saber, la Circular 8/1990. Corresponde, en particular, al citado órgano jurisdiccional *comprobar si la obtención de esa información suponía llevar a cabo una actividad que, por pertenecer ya al ámbito de la investigación jurídica, no podía exigírsele razonablemente a un consumidor medio*”.

37. En definitiva, a un consumidor medio se le puede aplicar el apotegma de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (*infra*), pero no se le puede exigir realizar “investigaciones jurídicas” ni, por tanto, tener conocimientos jurídicos más allá de los que podría tener cualquier ciudadano normal al enfrentarse a una norma. Adicionalmente, es de destacar que de las cinco cuestiones prejudiciales, cuatro (la 1ª, 2ª, 3ª y 5ª) preguntaban, de forma interesante, por la conexión entre la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales (al haberse ocultado la referencia normativa a la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualar la TAE del préstamo con la del mercado) y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, no en relación con la referencia al consumidor medio, sino sobre la incidencia de la consideración de una práctica como desleal de cara a declarar el carácter abusivo de una cláusula; sin embargo, el TJUE declara la inadmisibilidad de esas cuestiones, dado que la Directiva 2005/29/CE no era aplicable al caso al haber sido transpuesta por España en 2009, después de haberse celebrado el contrato de préstamo (en 2006).

38. Sin movernos del ámbito de los préstamos hipotecarios, en relación con la *novación de cláusulas suelo* la STJUE de 9 de julio de 2020 (*Ibercaja*) toma en consideración el patrón del consumidor medio tanto para explicar el control de transparencia en general como para apreciar si un tal consumidor podría evaluar las cantidades a las que renuncia⁸², que el TJUE entiende, en principio, que sí podría hacerlo fácilmente⁸³. El tribunal refrendó ese parecer en el ATJUE de 3 de marzo de 2021 (*Ibercaja*)⁸⁴

39. El TJUE también emplea la noción de consumidor medio para evaluar el carácter claro y comprensible de la *comisión de apertura* en el préstamo hipotecario en la STJUE de 16 de julio de 2020 (*Caixabank*)⁸⁵, sin especiales diferencias ni matices respecto a lo ya expuesto hasta aquí; más interés

⁸² STJUE 9 julio 2020, C-96/14, *XZ vs. Ibercaja Banco, S. A.*, § 46: incumbe al juez nacional (...) verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera *que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste* y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial (...); y según el § 55, para calcular las cantidades a las que el consumidor renunciaría al aceptar la nueva cláusula suelo, el Tribunal vuelve a apelar al consumidor medio: “en principio, *esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional* —en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto— *haya puesto a su disposición todos los datos necesarios*”.

⁸³ Para una crítica a esa asunción a la vista de la praxis bancaria sobre la información que se necesita para ese cálculo y la práctica judicial, me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., “La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?”, *Almacén de Derecho*, 10 julio 2020, disponible en <https://almacendederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>.

⁸⁴ ATJUE 3 marzo 2021, C-13/19, *Ibercaja Banco, S. A. vs. TJ, UK*, ECLI:EU:C:2021:158, §§ 54 y 65.

⁸⁵ Sólo el considerando 68 se refiere a ello con cita de las ya citadas sentencias *Kásler* (2014), *Kiss* (2019) y *Gómez del Moral Guasch* (2020), tras haber dictaminado (§ 64) que “una comisión de apertura no puede considerarse una prestación esencial

reviste, por esos matices, la STJUE de 16 de marzo de 2023 (*Caixabank*)⁸⁶, sobre el mismo tema, en el cual despuntan dos afirmaciones: por una parte, que “para valorar el carácter claro y comprensible de una cláusula de comisión de apertura, puede tomarse en consideración *la especial atención que el consumidor medio presta a una cláusula de este tipo en la medida en que esta estipula el pago íntegro de una cantidad sustancial desde el momento de la concesión del préstamo o crédito*”⁸⁷ y para ello, insiste, ha de tenerse en cuenta “el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Por otra parte, “*el conocimiento generalizado entre los consumidores de las cláusulas que establecen comisiones de apertura y el modo en que están redactadas dichas cláusulas en un contrato concreto, como el controvertido en el litigio principal, son dos cuestiones distintas. Por consiguiente, la notoriedad de tales cláusulas no es un elemento que pueda tomarse en consideración al valorar su carácter claro y comprensible*”⁸⁸. También la STJUE de 3 de septiembre de 2020 (*Profi Credit Polska*)⁸⁹ se enfrentó con el problema de la comprensión de lo que realmente retribuye una comisión de apertura, pero en esta ocasión en un crédito al consumo, sin garantía hipotecaria; según esta sentencia, para apreciar si esta cláusula que imputa costes al consumidor forma o no parte del objeto principal del contrato (de cara al pertinente control de transparencia), corresponde al juez *a quo* determinar si a la luz de la información precontractual, la publicidad y todas las cláusulas del contrato, “*un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, podía no solo conocer los importes debidos en concepto de los «gastos de apertura», de la «comisión» y del producto financiero denominado «Tu Paquete — Paquete Extra», sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas para él (...). Ciertamente, el profesional no está obligado a precisar la naturaleza de todos los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos puestos a cargo del consumidor por las cláusulas contractuales, como la «comisión» o los «gastos de apertura». No obstante, para responder a la obligación de transparencia, es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen*”⁹⁰.

40. En un ámbito totalmente distinto a los anteriores, pero igualmente relacionado con la información relativa al precio y su cálculo, en concreto en relación con los *honorarios de un abogado*, la STJUE de 12 de enero de 2023 (*DV*)⁹¹ estableció que “la cláusula relativa al precio se limita a indicar que los honorarios que debe percibir el profesional ascienden a 100 euros por cada hora de servicios jurídicos prestados. A falta de cualquier otra información aportada por el profesional, *tal forma de cálculo del precio no permite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar las consecuencias económicas que se derivan de dicha cláusula, es decir, el importe total que debe pagarse por esos servicios*”. También la STJUE de 22 de septiembre de 2022 (*Vicente*)⁹² había acudido a la perspectiva del consumidor medio para considerar, por una parte, práctica comercial desleal y, por otro lado, cláusula abusiva la incluida en una preminuta de honorarios en la que el consumidor se comprometía a pagar a su letrado una penalidad en caso de desistimiento del proceso de la que no se

de un préstamo hipotecario por el mero hecho de que tal comisión esté incluida en el coste total de este”, pese a lo cual puede operarse su control de transparencia, también por el art. 5 de la Directiva 93/13: STJUE 16 julio 2020, C-224/19 y C-259/19, *CY vs. Caixabank S.A.*, y *LG, PK vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*, ECLI:EU:C:2020:578, § 68.

⁸⁶ STJUE 16 marzo 2023, C-565/21, *Caixabank S.A. vs. X*, ECLI:EU:C:2023:212, referencias al papel del consumidor medio en los §§ 29, 33, 40 y 44. En particular, en el § 40 se hace referencia a la información y la publicidad según la atención que le presta el consumidor medio, y ello para (§ 39) comprobar que “el prestatario está en condiciones de evaluar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicha cláusula, entender la naturaleza de los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos previstos en ella y verificar que no hay solapamiento entre los distintos gastos previstos en el contrato o entre los servicios que estos retribuyen”.

⁸⁷ § 44 de la STJUE 16 marzo 2023, cit.

⁸⁸ § 41 de la STJUE 16 marzo 2023, cit.

⁸⁹ STJUE 3 septiembre 2020, C-84/19, C-222/19 y C-252/19, *Profi Credit Polska SA y otros vs. QJ y otros*, ECLI:EU:C:2020:631, en particular §§ 75 y 76.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ STJUE 12 enero 2023, C-395/21, *DV vs. MA*, ECLI:EU:C:2023:14, § 40.

⁹² STJUE 22 septiembre 2022, C335/21, *Vicente vs. Delia*, ECLI:EU:C:2022:720, §§ 85 y 87.

le informó antes de contratar. El mismo canon del consumidor medio se emplea al aplicar el control de transparencia propio de la Directiva 93/13 a otros sectores de la contratación, como el asegurador: así, v. gr., STJUE de 20 de abril de 2023, (*Ocidental*)⁹³, como ya hiciera también la STJUE de 23 de abril de 2015 (*van Hove*).

B) Un paso lógico: los conocimientos expertos son irrelevantes (protección de abogados y empleados de banca)

41. Una vez adoptado el punto de vista del consumidor medio para la evaluación judicial de la transparencia de las cláusulas no negociadas, resulta totalmente coherente con ello (y con el fundamento de la transparencia en acendrar los deberes informativos del empresario en toda relación de consumo) considerar como algo irrelevante el nivel de conocimiento del consumidor, su experiencia previa en el tipo de actuación o su profesión, relacionada o no con el contrato celebrado, mientras éste se realice con un fin ajeno a la actividad profesional del consumidor.

42. La STJUE en la que se explicitó por primera vez ese criterio con mayor nitidez y contundencia fue la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (*Costea*)⁹⁴, en la que se consideró que un abogado que había obtenido un crédito bancario sin especificarse a qué aplicaría el dinero (y gravando su propio despacho profesional con hipoteca al efecto) sí merecía la calificación de consumidor, pues *este concepto “tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga”*⁹⁵. Exactamente el mismo enfoque se mantiene hasta nuestros días, como demuestra la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*)⁹⁶, que ha afirmado, en relación con un préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera, que la entidad financiera debe informar de los riesgos de este producto incluso aunque el consumidor sea un empleado suyo y tenga un conocimiento previo adecuado sobre el contrato; en concreto, esta última sentencia, tras recordar que la exigencia de transparencia se evalúa con el estándar del consumidor medio (§ 60) y que *“esta referencia al consumidor medio constituye un criterio objetivo”* (§ 61), además de tener el concepto de “consumidor” del art. 2.b) de la Directiva 93/13, un “carácter objetivo” independiente de los conocimientos o información de que dicha persona disponga (*ibidem*), concluye que la empleada –con título de posgrado y trabajando para la entidad financiera desde hacía más de tres años– *“disponía debido a su formación y a su experiencia profesional, de conocimientos relativos a las características esenciales y a los riesgos inherentes a ese contrato de préstamo que eran los de un consumidor más perspicaz que el consumidor medio”* (§ 65). Pese a ello, la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*) decide que *“el respeto de la exigencia de transparencia debe comprobarse en relación con el estándar objetivo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, con el que no corresponden, en particular, ni el consumidor menos perspicaz que el consumidor medio, ni el consumidor más perspicaz que este último”* (§ 66) y vuelve a insistir que la protección que dispensa la Directiva 93/13 (y su art. 2.b) *“depende del propósito con el que actúe una persona física, a saber, aquel que es ajeno a la actividad profesional de esta, y no de los conocimientos particulares de que disponga”* (§ 67).

⁹³ STJUE 20 abril 2023, C-263/22, *Ocidental — Companhia Portuguesa de Seguros de Vida SA vs. LP*, ECLI:EU:C:2023:311, § 26 (*vid.* también §§ 25, 30 y 32).

⁹⁴ STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea vs. SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538, §§ 21 y 25-27.

⁹⁵ Según esta STJUE, un abogado que celebra con un empresario “un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad”; “aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas [STJUE 15.1.2015, Šiba] ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil”.

⁹⁶ STJUE 21 septiembre 2023, C-139/22, *AM y PM vs. mBank S.A.*, ECLI:EU:C:2023:692, §§ 60, 61 y 65-67 y 70. El contrato fue firmado tanto por la empleada de *mBank*, AM –a quien otro empleado había presentado un cuadro histórico de la evolución del tipo de cambio y una simulación futura en caso de aumento del tipo– como por PM, quien no participó en el proceso de concesión del mismo préstamo ni en las reuniones previas (§ 20).

43. Entre ambas sentencias de 2015 y 2023, el TJUE ha mantenido invariablemente el mismo criterio. La STJUE de 3 de octubre de 2019 (*Petruchová*) agrega una serie de otros factores de improcedente análisis para desbancar ese carácter objetivo: una persona física que efectúa operaciones en el mercado internacional de divisas a través de una sociedad de corretaje debe ser calificada de “consumidor” si el contrato no se celebró en el marco de su actividad profesional, y para esta calificación “carecen de pertinencia, por sí solos, factores como el valor de las operaciones efectuadas (...) la importancia de los riesgos de pérdidas económicas que implica suscribir tales contratos, *los eventuales conocimientos o experiencia de dicha persona en el sector de los instrumentos financieros o su comportamiento activo en la realización de las referidas operaciones*”⁹⁷. Reiteran ese parámetro objetivo las SSTJUE de 25 de enero de 2018 (*Schrems*)⁹⁸ y 21 de marzo de 2019 (asunto C-590/17, *Pouvin/Dijoux*, *Tol. 7.119.636*)⁹⁹ y se sostiene incluso un caso ciertamente limítrofe, en la STJUE de 10 de diciembre de 2020 (*Personal Exchange*) sobre un jugador de póker online, que no pierde la condición de consumidor “aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias”, es decir, que son irrelevantes criterios como la cuantía de las ganancias y los conocimientos¹⁰⁰. Al evaluar cuál debería ser el criterio decisivo para los contratos mixtos o de doble finalidad en relación con la Directiva 93/13, el TJUE se aparta de su criterio restrictivo adoptado en la STJUE de 20 de enero de 2005, *Gruber* (uso profesional marginal) dictado en relación con normas de competencia judicial, y opta en la STJUE de 8 de junio de 2023 (*IS*) por una interpretación más amplia del concepto de consumidor de esa Directiva (favorable al uso predominante), pero recordando en todo momento que la condición de consumidor se determina “según un criterio funcional” (actividades ajenas a una profesión) y que “tiene carácter objetivo”, independiente de los conocimientos o información que tenga esa concreta persona¹⁰¹.

44. Otra plasmación del criterio objetivo, sancionada por el TJUE, es que el hecho de que una persona pueda ser calificada como “cliente minorista” en el mercado de las inversiones a efectos de la Directiva 2004/39 es, por sí sola, una circunstancia irrelevante, en principio, a efectos de la calificación de esta como consumidor dentro del ámbito de protección de otras normas de protección de consumidores (STJUE de 3 de octubre de 2019, *Petruchová*,¹⁰² y STJUE de 2 de abril de 2020, *Reliantco Investments LTD*¹⁰³ ambas sobre el concepto de consumidor en el Reglamento UE 1215/2012 sobre competencia judicial).

45. En definitiva y en resumen, hasta en el caso extremo de empleados bancarios especializados en los contratos que firman, la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*) ha dejado claro que “un profesional está obligado a informar al consumidor de que se trate de las características esenciales del contrato celebrado con él y de los riesgos inherentes a ese contrato, aun cuando ese consumidor sea su empleado y disponga de un conocimiento adecuado en la materia de dicho contrato”¹⁰⁴.

⁹⁷ STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, *Jana Petruchová contra FIBO Group Holdings Limited*, ECLI:EU:C:2019:825, § 59 (vid. también la referencia al consumidor medio en § 55); los §§ 41 y 56 expresamente descartan que la calidad de consumidor pueda “depender de los conocimientos y de la información que posea en un terreno dado”, pues eso “valdría tanto como referirse a la situación subjetiva de ese cocontratante”.

⁹⁸ STJUE 25 enero 2018, C-498/16, *Schrems, Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, § 39 (uso en parte profesional y en parte privada de una cuenta de Facebook por un abogado): “ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos le privan de la condición de ‘consumidor’”.

⁹⁹ STJUE 21 marzo 2019, C-590/17, *Henri Pouvin y Marie Dijoux, vs. Electricité de France (EDF)*, ECLI:EU:C:2019:232, §§ 24 y 27 (en relación con un préstamo concedido por una empresa a uno de sus trabajadores); vid. también los §§ 40 y 41 en los que el TJUE señala que, al igual que el concepto de consumidor, el de profesional “tiene carácter objetivo y no depende que el profesional decida contratar como su actividad principal o secundaria y accesoria”.

¹⁰⁰ STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, *A.B. B.B. y Personal Exchange International Limited*, ECLI:EU:C:2020:1015, § 50. Añade la sentencia que el criterio de la “regularidad” puede ser un criterio para calificar a alguien como profesional y no como consumidor (vid. STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-105/17, *Kamenova*), aunque es un elemento que no determina por sí solo una u otra condición.

¹⁰¹ STJUE 8 junio 2023, C-570/21, *I.S., K.S. vs. YYY S.A.*, ECLI:EU:C:2023:456, § 30.

¹⁰² STJUE 3 octubre 2019, cit., § 77.

¹⁰³ STJUE 2 abril 2020, C-500/18, *AU y Reliantco Investments LTD*, ECLI:EU:C:2020:264, § 55.

¹⁰⁴ § 70 y respuesta final n° 3.

C) El conocimiento del Derecho aplicable (y la “investigación jurídica”) por el consumidor medio

46. Para cerrar el análisis de la configuración del estándar del consumidor medio por el TJUE en este ámbito, conviene hacer referencia a un entorno en el que cabe vaticinar intensa litigiosidad en el futuro a la vista de los últimos fallos, y es la conexión entre ese estándar y los conocimientos jurídicos que cabe presumir a un consumidor medio. Dicho sintéticamente, el TJUE entiende que se presupone que un consumidor conoce la ley imperativa de obligado cumplimiento, pero no el estado variable de la jurisprudencia que la interpreta ni cabe exigírsele una labor de investigación jurídica, buceando en el ordenamiento entre todo tipo de normas interrelacionadas y de diverso rango. Podemos desglosar la idea en los siguientes hitos jurisprudenciales:

47. a) El punto de partida es, sin duda, que las normas se aplican con independencia del conocimiento que de ellas tenga el consumidor. Dado que el art. 1.2 de la Directiva 93/13 excluye de su ámbito de aplicación sobre cláusulas abusivas las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias “imperativas”, la STJUE de 6 de julio de 2023 (*First Bank*) establece que la aplicación de ese art. 1.2 “es de carácter objetivo y, por lo tanto, no depende de la información facilitada al consumidor por el profesional ni del conocimiento que este tenga de las disposiciones jurídicas aplicables”¹⁰⁵; ese precepto “es aplicable aunque el comerciante no haya cumplido su obligación de información y de transparencia”¹⁰⁶ y, por tanto, para determinar si una cláusula queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva, “carece de pertinencia el hecho de que ese consumidor no haya tenido conocimiento de que dicha cláusula refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa del Derecho nacional”¹⁰⁷. Naturalmente, es cuestión distinta que una cláusula que se refiere a la aplicación de una norma imperativa pueda ser abusiva por no superar el control de transparencia si indujo a error sobre la aplicación de una ley distinta a la que el consumidor tenía derecho, “dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro” del domicilio social del profesional, como expuso la STJUE de 28 de julio de 2016 (*Amazon*)¹⁰⁸.

48. b) Como ha sancionado la STJUE de 13 de julio de 2023 (*Banco Santander*), antes analizada y transcrita, en relación la información sobre circulares, preámbulos y anexos que delimitan la configuración del IRPH, el tribunal debe comprobar “si la obtención de esa información suponía llevar a cabo una actividad que, por pertenecer ya al ámbito de la investigación jurídica, no podía exigírsele razonablemente a un consumidor medio”.

49. c) Recientemente, también, el Tribunal Europeo ha descartado quepa presumir en el consumidor medio un conocimiento (ni un deber de conocer) las variaciones en la jurisprudencia nacional, incluso aunque esté consolidada. En la controvertida STJUE de 25 de enero de 2024 (*Caixabank*)¹⁰⁹ sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas con base en una cláusula declarada abusiva, el TJUE ha sentado que los profesionales siguen teniendo una posición preponderante en cuanto a la información después de celebrado el contrato, de manera que cuando existe jurisprudencia nacional consolidada sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas tipo, “cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia” (§ 58); “en cambio, no cabe presumir que la información de que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada” (§ 59); esto es, que aunque cabe exigir que los profesionales se mantengan informados sobre los aspectos jurídicos de las cláusulas que

¹⁰⁵ STJUE 6 julio 2023, C-593/22, *FS y WU vs. First Bank SA*, ECLI:EU:C:2023:555, § 31.

¹⁰⁶ *Idem*, § 32, con cita en este sentido del ATJUE 14 octubre 2021, C-87/21, *NSV vs. NM*, ECLI:EU:C:2021:860, § 42.

¹⁰⁷ *Idem*, § 33.

¹⁰⁸ STJUE 28 julio 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation vs. Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, §§ 68-71.

¹⁰⁹ STJUE 25 enero 2024, C-810/21, C-811/21, C-812/21, C-813/21, *Caixabank et al. vs. WE, XA et al.*, ECLI:EU:C:2024:81, §§

incorporan en sus contratos, incluida la jurisprudencia nacional sobre esas cláusulas, “no cabe esperar una actitud similar de estos últimos, habida cuenta del carácter ocasional, o incluso excepcional, de la celebración de un contrato que contenga una cláusula de este tipo” (§ 60). En definitiva, la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares no puede entenderse –a los efectos del *dies a quo* del plazo de prescripción– que constituya “una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella” (§ 61).

50. d) Finalmente, estos postulados no llevan al TJUE hasta el extremo de cargar al empresario con la indagación de si el consumidor tiene o no conocimiento de las consecuencias de la nulidad de una cláusula abusiva, como parte de sus deberes de transparencia: STJUE de 14 de diciembre de 2023 (*Getin Noble Bank*)¹¹⁰.

3. Jurisprudencia del TS

51. Cabe detectar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo dos fases: [A] en la primera, inaugurada por la STS de 9 de mayo de 2013 y mantenida sin especiales desviaciones hasta 2019, se establece y consolida el canon del control abstracto y objetivo de transparencia, que no depende de los conocimientos personales del concreto consumidor; [B] en la segunda, que va desde 2019 hasta hoy (mayo) 2024, aunque nominalmente se mantiene ese canon, de acuerdo, por tanto, con la jurisprudencia inalterada del TJUE, existen algunos fallos en los que el TS se aproxima a un control de transparencia subjetivo cuando el consumidor tenía especiales conocimientos sobre la materia, bien por su trabajo en el entorno bancario, bien por sus conocimientos jurídicos. En esta fase, el TS trata de acotar al máximo el supuesto-límite que no merece, a su juicio, la protección propia del consumidor, esto es, cuando se trata, en expresión acuñada por la STS 367/2017, de 8 de junio y refinada y consolidada en la STS 658/2024, de 13 de mayo, sobre la base de la solución de algunas sentencias de 2022 y 2023, de “*persona con conocimiento experto en este tipo de contratos*”. Esto obliga al Alto Tribunal a deslindar supuestos en que tal conocimiento experto se produce o no, tratando de buscar una *ratio* o hilo conductor que dote de coherencia a supuestos resueltos con anterioridad en un sentido o en otro.

A) Primera fase (2013-2019): creación y consolidación del control abstracto y objetivo de transparencia

52. La STS 241/2013, de 9 mayo creó para el ordenamiento español el control de transparencia, dentro del contexto de una acción colectiva, “como parámetro *abstracto* de validez de la cláusula predisuelta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del ‘error propio’ o ‘error vicio’” (§ 210); es más, apuntó ya al estándar del “consumidor medio”, al indicar que el art. 3 de la Directiva 93/13 “delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula” y la referencia europea y española a la buena fe “no es posible limitarla a la esfera subjetiva”, pues (§253) “antes bien, es necesario proyectarla sobre *el comportamiento que el consumidor medio puede esperar* de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre”. La STS (Pleno) 464/2014, de 8 de septiembre, al conocer varias acciones individuales acumuladas contra una cláusula suelo, refrendó la distinción de este control objetivo del subjetivo propio de los vicios del consentimiento y afirmó que “el control de transparencia *se proyecta de un modo objetivable* sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de compren-

¹¹⁰ STJUE 14 diciembre 2023, C-28/22, *TlyWE vs. administrador concursal de Getin Noble Bank S.A.*, ECLI:EU:C:2023:992, § 80: “si bien corresponde a las entidades de crédito organizar sus actividades de conformidad con la Directiva 93/13 (...) una entidad de crédito no está obligada a comprobar si un consumidor con el que ha celebrado un contrato de préstamo hipotecario tiene conocimiento de los efectos de la supresión de las cláusulas abusivas contenidas en dicho contrato”, ni tampoco de la imposibilidad de que el contrato siga siendo vinculante si tales cláusulas se suprimen (§ 81).

sibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada”¹¹¹. Por su parte, la STS 138/2015, de 24 de marzo (acción colectiva) retoma la idea de que el control abstracto de validez debe tomar el punto de vista del consumidor medio y rechaza la alegación de que el control de transparencia sólo pueda ser apreciado caso por caso, porque eso impediría el control abstracto propio de los procesos colectivos¹¹². En la STS (Pleno) 139/2015, de 25 de marzo, ya versando sobre una acción individual, añadió que las cláusulas suelo “en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información” (FD 10).

53. Internándose ya en la cuestión específica de los conocimientos concretos de un consumidor, con toda corrección la STS 222/2015, de 29 de abril, estableció que el hecho de “que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general (...) sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas”¹¹³.

54. En este contexto de consolidación del canon objetivo se deslizó la STS 123/2017, de 24 de febrero¹¹⁴, que apuntó la posibilidad de una comprobación subjetiva de la transparencia, al menos en acciones individuales, al admitir medios de prueba distintos de los documentales, como la advertencia del notario autorizante sobre la existencia de una cláusula suelo¹¹⁵.

55. Sin embargo, esa aproximación subjetivista no fue seguida en su *ratio decidendi* por la importante STS (Pleno) 367/2017, de 8 de junio. Esta resolución admitió la condición de consumidor de un

¹¹¹ FD 2.7, que continúa: “Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado (...)”.

¹¹² Así, según el FD 5.7 de esta sentencia, “de acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales (...) porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería” (desestima el argumento apuntando que, de seguirlo, no podría haber acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, confusión marcaria o competencia desleal e impondría obligar a cada consumidor a litigar para conseguir la nulidad, obstáculo no acorde con la protección de los consumidores). Según el FD 7.3, por tanto, el control de transparencia debe practicarse de forma igual en ejercicio de una acción colectiva o de una acción individual.

¹¹³ Continuaba el FD 9 (§§ 8 y 10): “si el consumidor tuviera una cierta formación, un empleo estable un sueldo mínimo y hubiera contratado unos productos bancarios y de ahorro básico, ya no concurriría el requisito de la imposición. Tampoco esta tesis es correcta (...). La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en ellos una situación de desvalimiento o ignorancia”.

¹¹⁴ Fue una de las dos primeras SSTS que rectificaron, tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, la cuestión relativa a la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo y de las primeras que señalaron que una cláusula suelo podía ser transparente, como dictaminó en el caso.

¹¹⁵ Según esta sentencia, FD 2.5: “En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba”; y FD 2.7: “En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia”. Cfr. la STS 334/2017, de 25 de mayo, del mismo ponente. Para un análisis de estas sentencias y una crítica del control subjetivo hasta 2017, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., “Las (seis) SSTS posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva (Comentario a las SSTS de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 42, Junio 2017, pp. 1736-1758, disponible en https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2017_Camara_Comentario_SSTS_2017_transparencia_post_STJUE_21_12_2016.pdf, también publicado en CÁMARA LAPUENTE, S., *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Olejnik, Santiago de Chile, 1998, pp. 353-385. Una buena síntesis de las sentencias recaídas sobre esta materia hasta 2020, en AGÜERO ORTIZ, A., “Transparencia en la contratación de consumo”, en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dir.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 187-229, en especial, pp. 205-210. Para una revisión jurisprudencial actualizada de diversos aspectos del principio de transparencia, PÉREZ GIL, A., “El principio de transparencia y su relación con la abusividad de las cláusulas insertas en préstamos hipotecarios”, *REDUR (Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja)*, 21, diciembre 2023, pp. 125-196 (disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/6049>).

abogado que asesoraba a empresas que querían establecerse en Méjico, el cual suscribió con su esposa para fines privados un préstamo hipotecario, pues “no basta que el consumidor tenga una cierta cualificación profesional, incluso relacionada con el mundo del Derecho o de la empresa, para considerarle un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia de una cláusula suelo” (FD 2.11). Eso sí, *obiter dicta*, esta sentencia dejaba abierta la puerta a soluciones distintas en casos más extremos, al afirmar que:

“cuando consten en el litigio *circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente* o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, *que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio* y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual¹¹⁶. En concreto, pueden ser relevantes circunstancias tales como *que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos* o que Banco Popular hubiera suministrado una información precontractual adecuada en la que se resaltara (...)”¹¹⁷.

56. Aparece, por tanto, por primera vez, un nuevo canon subjetivo que se aparta del metro del consumidor medio y que el TS llama “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”, aunque en el caso no considera tal a un abogado de empresa; aquel sintagma será recuperado en fallos posteriores a partir de 2019 y, como se ha visto, realmente no se acompasa con las declaraciones del TJUE¹¹⁸ sobre este tipo de supuestos, ni en 2017, ni en 2024, por más que el TS trata de acotarlo al máximo para casos realmente límites en los que, en puridad, existe un abuso de derecho por parte del consumidor, como luego se verá.

57. En esta incipiente línea subjetivista cabe mencionar también la *STS 642/2017, de 24 de noviembre*, en la que, de nuevo de una manera un tanto *obiter*, prudente e hipotética, se menciona que ciertas personas necesitarían menos información precontractual por ser ya avezadas en la materia, pero lo descarta en el caso para una *empleada de banca* cuyo cometido no es la gestión de créditos hipotecarios, en un banco en que precisamente no incluía cláusulas suelo en sus préstamos; no obstante este resultado final, la STS anota:

“Es cierto que *un empleado de banca familiarizado con estos contratos*, aunque tenga la condición de consumidor cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la adquisición de una vivienda, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, *precisa de menos información (sobre todo precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo*. Pero, aunque *no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor*, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa, en este caso no es así”.

58. En cualquier caso, diversos fallos posteriores siguieron apostando decididamente por el estándar objetivo; así, por ejemplo, la *STS 356/2018, de 13 de junio*, indicó que ni la profesión de ingeniero de telecomunicaciones que solicitó un préstamo desmerecía su condición de consumidor (por la posibilidad de tener conocimientos financieros) ni tampoco lo haría la posibilidad de haber sido asesorado por un experto inmobiliario (FD 4.2); y añadió, tras citar la STJUE de 25 de enero de 2018

¹¹⁶ Conviene precisar el inciso: era el momento en que el TS trataba de dilucidar el impacto de sus propias resoluciones adoptadas para atender acciones colectivas sobre cláusulas suelo en las resoluciones posteriores que versaban sobre las mismas cláusulas suelo pero en litigios iniciados por una acción individual. La referencia al posible perfil del cliente que se aparten del estándar medio fue utilizada con claro carácter *obiter dicta* (y sin la referencia a la “persona con conocimiento experto” que se impondría más tarde) en otras sentencias inmediatamente posteriores, como, *ad ex.*, la *STS 643/2017, de 24 de noviembre*.

¹¹⁷ FD 2.10, énfasis en cursiva añadido.

¹¹⁸ Por eso no es correcta la referencia general que hace la *STS 55/2020, de 23 de enero* a la jurisprudencia comunitaria para tratar de refrendar la posición jurisprudencial española creada por la *STS 367/2017, de 8 de junio*, que también cita, en estos términos: “la posibilidad de tomar en consideración la cualificación profesional del consumidor (...) ha sido admitida por esta sala, *de conformidad con la jurisprudencia del TJUE [sic]*, en sus sentencias 367/2017, de 8 de junio y 605/2019, de 12 de noviembre”.

(Schrems), que “este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre”¹¹⁹.

59. En relación con el funcionamiento del control de transparencia supuestos en que el consumidor se subrogó en el préstamo concedido al promotor, como dijera la STS 643/2017, de 24 de noviembre, la entidad bancaria no está eximida de suministrar al consumidor la información pertinente, pues de lo contrario se privaría de eficacia al control de transparencia y convertiría la obligación de información precontractual del predisponente “en una obligación del adherente de procurarse tal información”, lo cual es contrario a la jurisprudencia del TS y del TJUE, pues a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente “siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta la información”, tesis que esta STS califica de inadmisibles; como se ve, el eje del deber de transparencia radica en la obligación informativa del empresario, no en la información y conocimientos que por su cuenta pueda recabar el propio consumidor, como tantas veces ha repetido el TJUE y se ha recogido en el apartado anterior. En la misma línea (y con la conocida apostilla correctiva de la afirmación de la subjetivista STS 123/2017, de 24 de febrero acerca del valor de la intervención notarial, insuficiente para cumplir la transparencia exigida al banco), la STS 216/2018, de 11 de abril, la STS 334/2018, de 4 de junio, entre otras muchas posteriores.

B) Segunda fase (2019-2024): decisiones excepcionales, basadas en conocimientos especiales o empleos jurídicos o financieros del consumidor: delimitando la “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”

60. En esta fase podemos encontrar tres líneas jurisprudenciales que conviven, algo incomunicadas, en función del tipo de cláusula en examen: en primer lugar, en relación con la impugnación de cláusulas suelo por falta de transparencia, la STS 605/2019, de 12 de noviembre, inaugura por primera vez la vía entreabierta por la STS 367/2017, para declarar la validez por transparente de la cláusula suelo dados los conocimientos expertos de un subdirector de oficina bancaria fiador de su hija; a partir de ahí, el TS irá, casuísticamente, declarando en una decena de sentencias la validez o nulidad de la cláusula suelo en función del carácter más experto o menos del consumidor del caso concreto. En segundo lugar, en relación con préstamos multidivisa, el canon objetivo basado en el “consumidor medio” –término apenas citado en la línea sobre cláusulas suelo– se mantiene a plenitud en las declaraciones expresas del tribunal (bien es cierto, que no se ve expuesto a las situaciones tan límite por las características de los consumidores demandantes de la línea relativa a cláusulas suelo): así, entre otras, la STS 642/2020, de 27 de noviembre y la STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo. En tercer lugar, en algunos fallos, no enfrentados en su *ratio decidendi* con la consideración del perfil concreto del consumidor, se siguen encontrando las declaraciones, similares a las del TJUE, a favor del estándar objetivo (v. gr., STS 250/2022, de 29 de marzo [FD 3.3 y 3.4] o cfr. *infra*, STS 627/2023, de 26 de abril; STS 692/2024, de 20 de mayo¹²⁰). En todo caso, sigue incólume la separación entre el control subjetivo del consentimiento concreto de un consumidor por la vía del error vicio y el control objetivo de transparencia¹²¹; esto es, no se aplican, tam-

¹¹⁹ El mismo aserto y cita de sentencias se hace en la STS 594/2017, de 7 de noviembre (sobre esposa fiadora no considerada consumidora por tener vínculos funcionales con la empresa deudora prestataria).

¹²⁰ Con cita, entre otras, de la STJUE 3 septiembre 2015 (*Costea*), para afirmar que el TJUE “objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación” y, concluir, en el caso, que son consumidores y debe anularse la cláusula suelo del préstamo hipotecario en que aunque el destino del préstamo concertado por los demandantes fuera entregarlo a su hija para ayudarla a comprar una farmacia, ellos no eran farmacéuticos, ni intervinieron en la compra ni tienen vinculación funcional con el negocio de farmacia de la hija.

¹²¹ V. gr., STS 47/2021, de 2 de febrero, que aplica el control de transparencia y consiguiente nulidad de un *swap* o permuta de tipos de interés, después de descartar la ineficacia por vía de error (acción ejercida y caducada) y teniendo en cuenta que “la

poco en las sentencias que optan por valorar especialmente los conocimientos expertos de un concreto consumidor, los requisitos del error en el consentimiento a estos casos, resueltos en el sentido de estimar que hubo información suficiente para ese tipo de consumidor experto.

61. Si examinamos ahora el origen y consolidación del nuevo canon parcial y excepcionalmente subjetivo acuñado por el TS, esto es, el de la “*persona con conocimiento experto en este tipo de contratos*”, creado y desarrollado dentro del examen de la transparencia de las cláusulas suelo, es obligado comenzar con la STS 605/2019, de 12 de noviembre. En ella, el Alto Tribunal entiende que la exigencia de transparencia se cumplió por “la relevante intervención del padre del actor en el proceso de contratación”, pues no solo era fiador, sino que “el padre había sido hasta hace poco subdirector de oficina de la misma entidad y las negociaciones de la hipoteca contratada se mantuvieron con quien ocupaba ese cargo en la oficina en el momento de contratar, el padre conocía las características del producto contratado, incluida la cláusula impugnada, que la entidad

llevaba años utilizando. Es decir, *no se tiene en cuenta el mero hecho de que el padre del actor fuera empleado de la entidad, sino que hubiera sido precisamente subdirector de oficina, así como que su presencia debió ser decisiva para la concesión del préstamo hipotecario en atención a la situación laboral del actor [desempleado] y a que por esa misma razón asumía la responsabilidad de la deuda en caso de insolvencia de su hijo*”. Por lo tanto, como puede apreciarse, en la argumentación se aprecia que la denegación de la tutela consumerista en este caso no se basa tanto (o sólo) en los conocimientos expertos del padre fiador, sino en su papel en la entera “negociación” del contrato; y sabido es que si las cláusulas son negociadas no entra en juego el régimen de la Directiva 93/13. Desde esa sentencia, el TS ha ido refinando su argumentación en relación con los empleados de entidades financieras (que constituyen un primer grupo de sentencias)¹²², con otros expertos financieros¹²³, con personas implicadas en el sector inmobiliario¹²⁴, con prestatarios que compran inmuebles de la promotora inmobiliaria a cuya estructura pertenecen y en cuyo préstamo hipotecario se subrogan¹²⁵ y, finalmente, para cerrar el círculo iniciado (*obiter dicta*) por la STS (Pleno) 367/2017, de 8 de junio¹²⁶, con abogados¹²⁷. La conclusión que puede extraerse es que el TS sólo ha considerado transparente la cláusula suelo por tener el prestatario conocimientos expertos cuando estos son específicos y prominentes sobre el contrato celebrado, sin bastar que su profesión esté relacionada de alguna manera con ese sector de la contratación.

62. a) En relación con *empleados de entidades financieras*, tras las SSTS 642/2017, de 24 de noviembre (cláusula nula) y STS 605/2019, de 12 de noviembre (cláusula válida), el Tribunal Supremo ha entendido que la cláusula era válida por cumplirse la transparencia a la luz del perfil experto del empleado bancario en, al menos, dos ocasiones más, por dedicarse su labor precisamente a la gestión, negociación o comercialización de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Así, en la STS 487/2022, de 16 de junio, el prestatario era director de una oficina bancaria¹²⁸ y constituía parte de su actividad promover la contratación de préstamos hipotecarios que solían incluir la misma cláusula suelo impug-

cuestión debatida en este recurso es si la ausencia de información precontractual es relevante únicamente respecto de la acción de anulación de un contrato por error vicio del consentimiento, como afirma la Audiencia Provincial, o lo es también para el control de transparencia de las cláusulas no negociadas”, como acaba estableciendo el TS. Sobre el alegato de error, dolo y transparencia, *vid.* entre otras muchas, STS 639/2017, de 23 de noviembre (caso de “auto-promotor”) o, sobre multidivisa, STS 642/2020, de 27 de noviembre, STS 660/2020, de 10 de diciembre, STS 666/2020, de 11 de diciembre,

¹²² STS 642/2017, de 24 de noviembre; STS 605/2019, de 12 de noviembre; STS 487/2022, de 16 de junio; STS 130/2023, de 31 de enero; STS 237/2023, de 14 de febrero.

¹²³ STS 55/2020, de 23 de enero.

¹²⁴ STS 517/2022, de 1 de julio.

¹²⁵ STS 856/2022 de 30 de noviembre y STS 181/2023, de 7 de febrero.

¹²⁶ Por más que casi todas las sentencias posteriores citan como referencia inicial la STS 642/2017, de 24 de noviembre, al ser la primera que aplicó el criterio de los conocimientos expertos a un empleado de banca.

¹²⁷ STS 581/2022, de 26 de julio y STS 658/2024, de 13 de mayo.

¹²⁸ Previamente, en 2006, al contratar su inicial préstamo hipotecario era empleado de otra entidad financiera; al pasar a la dirección de una oficina de otro banco, obtuvo ofertas vinculantes de ambos bancos, para proceder a la novación del préstamo en la entidad para la que en ese momento trabajaba, incluidas ventajas para empleados, pero con cláusula suelo. Al ser despedido años después, impugnó esta cláusula.

nada, por lo que, según la sentencia, “es lógico que esta circunstancia influya en este caso a la hora de corroborar la suficiencia de la información precontractual recibida”; *estos conocimientos expertos* frente al banco en que trabajaba, “aunque no conste acreditado el contenido concreto de la información precontractual que en ese momento se le suministró (...) *dispensaban a la prestamista de tener que explicarle lo que era obvio que conocía perfectamente*”. En la STS 130/2023, de 31 de enero, “el demandante era empleado del banco prestamista, licenciado en empresariales” y “la información precontractual sobre las condiciones generales de la contratación del banco demandado eran dadas por el actor a los clientes de la entidad”; por todo ello, por ser claros sus conocimientos expertos respecto a los préstamos hipotecarios con cláusula suelo a los que dedicaba su cometido profesional, la exigencia de transparencia se entendió cumplida¹²⁹. En cambio, en sentencia dictada un mes después, con circunstancias ligeramente distintas, la STS 237/2023, de 14 de febrero anuló por falta de transparencia la cláusula suscrita por una empleada bancaria, pues esta profesión¹³⁰, *per se*, para el TS, no es suficiente para enervar la protección que merece todo consumidor, al no constar prueba de que aquella “participara en el diseño, gestación y negociación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo”, por lo que no cabe presumir que tuviera información sobre la naturaleza y efectos de la cláusula litigiosa”, lo cual, sumado a la oferta vinculante entregada a la par que la firma de la escritura, en la que hay mera mención a la cláusula suelo, no permiten concluir que se le ofreciera la información precontractual necesaria.

63. b) Respecto a *otro tipo de especialistas en finanzas*, la STS 55/2020, de 23 de enero resolvió que carecía de conocimientos expertos sobre cláusulas suelo el prestatario “en su condición de Interventor del Cabildo Insular de Tenerife (profesionales dedicados a la contabilidad y fiscalización de fondos públicos)”¹³¹.

64. c) La *pertenencia al consejo de administración de una inmobiliaria* (que no es la misma vendedora del inmueble para cuya compra se solicita el préstamo hipotecario) no se considera un puesto que le convierta en un consumidor experto en este tipo de contratos y no exonera a la entidad financiera de cumplir sus deberes de información y transparencia, pues lo contrario (*vid. supra*) implicaría trasladar al adherente la obligación de procurarse esa información; así lo sancionó la STS 517/2022, de 1 de julio, que recordó la distinción entre el contrato de préstamo inicial al promotor y el contrato (éste sí de consumo) de subrogación en él por parte de un consumidor. En cambio, en dos sentencias en que *el comprador era socio de la promotora inmobiliaria vendedora, en cuyo préstamo se subrogaba* el consumidor –cuya condición de tal no se pone en cuestión por los fines personales de la adquisición– esto se considera por la STS 856/2022 de 30 de noviembre y por la STS 181/2023, de 7 de febrero como una circunstancia que impide al consumidor ejercitar “una acción basada justamente en la falta de información que, como comprador que se subroga en dicho préstamo debió recibir sobre las condiciones del préstamo”. Ambas SSTs, que enjuiciaron hechos casi idénticos, disocian los deberes informativos tanto de la prestamista como de la sociedad vendedora prestataria hacia el consumidor que compra y se subroga en el préstamo inicial a promotor: “que la entidad bancaria tenga el deber de informar a los consumidores (...) no releva a la promotora de su obligación de facilitar esa información”; “en este caso, la falta de transparencia por el déficit de información precontractual y contractual, de haberse producido, es también imputable a la promotora vendedora, y el comprador, en tanto que consejero delegado de tal promotora, *sería también responsable de dicha falta de información*, que no puede esgrimir como base de la acción de nulidad de la cláusula suelo” (FD 3 de ambas SSTs de 2022 y 2023). La doctrina del perfil del consumidor experto se aporta, a mayor abundamiento, para confirmar que, teniendo ya en su poder la escritura de préstamo inicial, podía, con un mínimo de diligencia, conocer la existencia y trascendencia de la cláusula en cues-

¹²⁹ Adicionalmente, el director de la sucursal le advirtió de que aunque fuera empleado del banco y contase con ciertas ventajas en las estipulaciones no le liberaban de la cláusula suelo que conocía.

¹³⁰ El TS rechaza el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el error de hecho de que la empleada en realidad no era directora de una sucursal, sino “empleada de mesa”, pues esa circunstancia no fue decisiva para el fallo.

¹³¹ La STS inadmite el recurso de casación por no cumplir requisitos mínimos de formulación y recalca que la SAP no basó su decisión ni exclusiva ni principalmente en la cualificación profesional del prestatario.

ción¹³². Por lo tanto, podría añadirse, más que por ser experto en el tipo de contratos, en este tipo de supuestos lo que penaliza al consumidor es su falta de diligencia al tener esa información a su disposición con antelación y en virtud de su propio desempeño como profesional.

65. d) El amplio rango de conocimientos y especialización que puede comprender la profesión de la *abogacía* hace que el TS haya acotado mucho su excepcional parámetro de ser el consumidor “persona con conocimiento experto en este tipo de contratos”. Si en la pionera *STS 367/2017, de 8 de junio*, consideró que no lo era un abogado asesor de inversiones empresariales en otro país¹³³, en cambio, en la *STS 581/2022, de 26 de julio (FD 2.2)*, sí consideró concurrente esa calidad en un “abogado en ejercicio, asesor y administrador de sociedades inmobiliarias y se publicita asimismo en Internet como experto en derecho bancario y en concreto en cláusulas suelo. Es lógico que estas circunstancias influyan en este caso a la hora de corroborar la suficiencia de la información precontractual recibida”. En su última sentencia hasta la fecha, la *STS 658/2024, de 13 de mayo*, que cuenta con cierta vocación de clarificar a la luz de precedentes anteriores lo limitado de este nuevo canon subjetivo, entiende que no cuenta con ese conocimiento experto y, por ende, a falta de información *ad hoc* suministrada por el banco predisponente, la cláusula suelo no supera el control de transparencia, una abogada dedicada al Derecho de la competencia con solo dos años de ejercicio y su padre, fiador, también abogado, especializado en Derecho laboral, quien representó en la firma a la prestataria, “*la demandante no tienen una especial cualificación en derecho bancario, sino que es especialista en competencia desleal, su cometido profesional es ajeno a la información precontractual sobre las condiciones de los préstamos hipotecarios ofertados por el banco, y a la cláusula contractual no se le presta la importancia contractual que merece (...). Una cosa es que la demandante y su padre presten servicios en distintos despachos, que abarquen diferentes ramas y especialidades del derecho, y otra que sean especialistas en la materia objeto del recurso, máxime además cuando la demandante iniciaba su andadura profesional y no se había dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo*” (FD 3); el banco, por lo tanto, no se hallaba liberado de sus obligaciones precontractuales de información.

66. Si ahora abandonamos el campo abonado de las cláusulas suelo en que ha florecido la tesis del consumidor con “conocimiento experto” y verificamos el tratamiento del estándar empleado al enjuiciar otras cláusulas propias de los préstamos hipotecarios, encontramos un enfoque algo distinto y más continuista con la idea del “consumidor medio” y el control abstracto de transparencia. Así, en relación con los *préstamos multidivisa*, la *STS 642/2020, de 27 de noviembre* entendió que, en el caso, estaba documentado el intercambio de correos electrónicos, que el consumidor tomó la iniciativa al solicitar el préstamo con la modalidad multidivisa, que negoció a la vez con otro banco e intentó asegurar algunas condiciones ventajosas, con lo que demostró un conocimiento previo de las condiciones y riesgos de la hipoteca multidivisa. Ante estas evidencias, el TS concluye que:

“Aunque el *juicio* propio del control de transparencia *es abstracto*, en cuanto que la información exigible *es la que un consumidor medio necesitaría* para poder conocer cómo opera la hipoteca multidivisa y los riesgos que entraña, en el presente caso, los conocimientos mostrados por el consumidor y las comunicaciones mantenidas durante la fase precontractual, ponen en evidencia que *la información prestada permitió, a la vista de las circunstancias concurrentes, alcanzar ese grado de conocimiento suficiente*” (FD 2.4 *in fine*).

En la *STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo (FD 7.12)*, que constituye una excelente sentencia de resumen de la situación jurisprudencial actual (del TJUE y del TS) sobre el control de transparencia

¹³² En la *STS 181/2023, de 7 de febrero*, se agrega que el demandante era “socio de la sociedad promotora-vendedora, esposo de la administradora social de esa sociedad y quien personalmente gestionó y negoció el préstamo al promotor en el que figuraba la cláusula suelo y en el que él mismo, como comprador, posteriormente se subrogó, conlleva que presentaba unas condiciones que hacían suficiente esa información”.

¹³³ En concreto, el marido de la demandante, que suscribió junto con esta un préstamo hipotecario en 2007, era licenciado en Derecho por una universidad mejicana, con título homologado en España y trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas que quisieran establecerse en Méjico.

se toma hasta en tres ocasiones sin ambages la referencia del consumidor medio (en relación con préstamos multidivisa y con el “documento de primera disposición”), en estos términos: “*un consumidor medio no puede prever, sin la información adecuada, que, pese a pagar regularmente las cuotas del préstamo y pese a que el bien hipotecado conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa y ejecutar la hipoteca*” y cita, en relación con la doctrina del consumidor medio, la ya expuesta en la STJUE de 10 de junio de 2021 (*BNP Paribas*); “le resulta sorpresivo porque el predisponente no le facilitó la información precontractual adecuada sobre una cláusula que creaba *un riesgo que un consumidor medio no podía razonablemente prever*” (FD 7.27); y, por lo tanto, “sin necesidad siquiera de entrar en la difícil intelección de las cláusulas cuestionadas *para un consumidor medio*, dados los términos en que están redactadas, las mismas han de ser consideradas abusivas” (FD 7.32)¹³⁴.

No obstante, también es posible encontrar, más aisladamente, alguna brevísima referencia a la posibilidad de tener en cuenta el perfil experto del consumidor, especialmente en alguna sentencia próxima al momento en que esta idea se comenzaba a asentar en la línea jurisprudencial del TS sobre la cláusula suelo; así, la *STS 660/2020, de 10 de diciembre*, (FD 4.2) afirma que no es incompatible ser consumidor e inversor, ni ser consumidor y al mismo tiempo cliente minorista siempre que la inversión no tenga carácter profesional, como siempre ha dicho el TJUE; pero (añade esta STS) “ello no impide que el perfil inversor del consumidor pueda ser tenido en cuenta a efectos de comprobar si hubo transparencia en la contratación”¹³⁵.

67. En cuanto a la *comisión de apertura*, en tanto que la STJUE de 16 de marzo de 2023 había apelado en todo momento a la percepción del consumidor medio, la *STS 816/2023, de 29 de mayo* afirma (FD 8.1) que “no cabe una solución unívoca sobre la validez o invalidez de la cláusula que establece la comisión de apertura, puesto que dependerá del *examen individualizado de cada caso*, conforme a la prueba practicada”; tras cotejar si se cumplen los requisitos del TJUE en el caso enjuiciado, se afirma (FD 8.8): “De todo lo cual¹³⁶, cabe concluir que, en este concreto caso, la cláusula que impuso el pago de la comisión de apertura fue transparente y no abusiva”.

68. En relación con el *IRPH*, el Tribunal Supremo rescata la mención al consumidor medio en los pronunciamientos del TJUE para corroborar (*STS 42/2022, de 27 de enero*, FD 3.2) que “un primer parámetro de transparencia vendría constituido por la publicación del IRPH en el BOE, que permite al *consumidor medio* comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios (...). De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH¹³⁷”.

69. Por último, como anticipábamos, existen algunos otros fallos cercanos a la cuestión del consumidor medio, incluso del consumidor medio de un grupo, en los que el TS no se aparta del estándar

¹³⁴ Cfr., recientemente, entendiendo en cambio que en un préstamo multidivisa de una entidad bancaria el documento es de fácil comprensión, los ejemplos son sencillos y “contiene datos meramente aritméticos sobre la influencia de la fluctuación de la divisa en la cuota y en el capital pendiente, *para cuyo entendimiento no hace falta ningún tipo de conocimiento financiero*”, por lo que las cláusulas multidivisa superan el control de transparencia según la *STS 685/2024*.

¹³⁵ Y concluye “que para valorar el nivel de información que tenían los prestatarios y su conocimiento sobre los riesgos de la modalidad de préstamo hipotecario contratada la Audiencia Provincial tuviera en cuenta la actividad empresarial del demandante o sus conocimientos financieros, no quiere decir que le niegue la cualidad de consumidor”.

¹³⁶ Con juicios que entreveran una suerte de estimación de lo comprensible a criterio del tribunal con los datos fácticos del caso (sin alusión alguna al “consumidor medio”), v. gr.: “en cuanto a la posibilidad de que el consumidor pueda entender la naturaleza de los servicios prestados en contrapartida a la comisión de apertura (...) queda claro, mediante una lectura comprensiva, que consiste en un pago único e inicial si se dispone de una sola vez de la totalidad del crédito, tal y como sucedió. Y respecto de lo que supone económicamente, también es fácilmente comprensible en cuanto a su coste, que está predeterminado e indicado numéricamente, y además los prestatarios supieron de su cobro en la misma fecha, puesto que se les detrajo del total dispuesto.”

¹³⁷ Ya en las *SSTS* de 12 de noviembre de 2020 (v. gr., *STS 698/2020, de 12 de noviembre*, FD 4.1.a) se resumía y parafraseaba similarmente la doctrina creada por el TJUE: “puesto que el índice estaba publicado en el BOE (...) *Lo que permita a un consumidor razonablemente atento y perspicaz (es decir, el consumidor medio y no necesariamente el concreto consumidor del caso)* comprender que el referido índice se calculaba

objetivo. Así, la STS 627/2023, de 26 de abril se enfrenta a un supuesto en que existe un convenio entre la Jefatura Superior de Policía de una provincia y una Caja de Ahorros, al que se ajusta un préstamo hipotecario concedido a un policía adscrito a esa Jefatura, sin que conste que esta persona interviniera en la negociación de tal convenio, de modo que tuviera un conocimiento detallado de su contenido. Por eso, “el mero hecho de pertenecer al colectivo afectado por tal convenio no supone que sus integrantes tengan conocimiento de las cláusulas que pueden afectar negativamente a la carga jurídica y económica del contrato y que la entidad bancaria quede relevada de informar adecuadamente sobre su existencia y trascendencia”, sobre una cláusula suelo, en el caso.

4. Contraste y balance final (¿otras opciones?)

70. Del análisis efectuado se concluye que es notorio que existe en la actualidad una cierta divergencia entre el planteamiento del TJUE y del TS. Mientras el Tribunal europeo ha adoptado el estándar del consumidor medio y el control objetivo de transparencia, sin que los conocimientos superiores de un consumidor concreto enerven los deberes informativos del empresario predisponente ni rebajen en modo alguno el control de transparencia, ni siquiera en casos de abogados (STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Costea*) ni de empleados de banca con experiencia en la materia del contrato (STJUE de 21 de septiembre de 2023, *mBank*), el Tribunal Supremo español ha tratado de mantener el canon del control objetivo de transparencia como regla de principio, pero ha encontrado en el parámetro de la “persona con conocimiento experto” precisamente en el tipo de contrato litigioso una vía desestimar las pretensiones de un aprovechamiento ventajista del Derecho de consumo por parte de algunos profesionales especializados cuando concluyen para fines personales actos propios del núcleo de su profesión. Ciertamente es que el TS está tratando, con prudencia, de limitar al máximo la excepción que ha creado al control objetivo de transparencia, pero no deja de ser una construcción que se aparta por el momento de la del TJUE. No se aprecia ninguna vocación de desatención de la jurisprudencia del TJUE, sino más bien la voluntad de alcanzar la justicia material del caso concreto en supuestos lindantes con el abuso de derecho. Sin embargo, confrontado el parámetro subjetivista del “conocimiento experto en el tipo de contrato” en una potencial cuestión prejudicial con la jurisprudencia comunitaria, es muy posible que aquel criterio sea considerado opuesto a la interpretación del TJUE de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13.

71. Para evitar esa potencial nueva corrección de la jurisprudencia española por parte del TJUE, es posible pensar en alternativas para resolver ese pequeño grupo de casos de consumidores muy especializados que impetran el control de transparencia cuando ellos mismos son perfectos conocedores, por su profesión, de la información que habían de recibir. Y esas alternativas, acaso menos expuestas al revés del TJUE, podrían ser:

- a) *La vía de la “negociación”* probada. En la narrativa de las circunstancias de algunos de los casos expuestos se aprecia que la posición del prestatario (o del fiador del prestatario) fue determinante a la hora de la concesión del préstamo o del contenido de algunas de sus cláusulas¹³⁸ o, en otros casos, el consumidor demostró un papel tan activo comparando y negociando con diversas entidades que demostró haber comprendido a la perfección las características y riesgos de lo finalmente contratado¹³⁹. Si el cauce argumental puede reconducirse a negociación, el régimen íntegro de las cláusulas abusivas (incluido el control de transparencia) queda desactivado. Naturalmente, no todos los supuestos podrán reconducirse a esta vía, pero sí algunos.
- b) *La vía del examen de “todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración”* del contrato (art. 82.3 TRLGCU y art. 4.1 Directiva 93/13), que demuestren que fue suficiente toda la información dada para que un consumidor *medio* comprendiera el alcance jurídico y económico de las cláusulas en cuestión.

¹³⁸ *Vid. supra*, STS 605/2019, de 12 de noviembre y STS 487/2022, de 16 de junio.

¹³⁹ STS 642/2020, de 27 de noviembre.

- c) *La vía del “abuso de derecho”* por el consumidor que impetra auxilio judicial con base en una acción fundada en un déficit de información, cuando, por circunstancias muy específicas (y nunca en términos generales que generen una obligación en el adherente de procurarse la información él mismo, lo cual desnaturalizaría inaceptablemente el control de transparencia), esa información estuviera ya en su poder –v. gr., cuando la genera él mismo como profesional del ramo en contratos similares, en casos en que negoció como profesional el préstamo en el que ahora se subroga como consumidor–; en el fondo, esa *ratio* del abuso de derecho, sin ser mencionada en los fallos, parece subyacer en muchos de ellos, como en los supuestos de comprador que era a la vez socio de la promotora inmobiliaria vendedora¹⁴⁰ o de directores de sucursal bancaria que comercializan en su día a día con cláusulas suelo¹⁴¹. Esta vía, además de los problemas procesales y sustantivos nacionales con que cuenta de suyo, tendría también el trance de afrontar, en un eventual escrutinio ante el TJUE, el *contraste con los principios de efectividad y de equivalencia*, que quizás tampoco hiciesen prosperar el argumento del abuso de derecho por considerarlo una vía que afronta la efectividad de la Directiva 94/13 y el carácter disuasorio de sus remedios frente a los empresarios.
- d) Por último, me atrevería a sugerir como preferible dentro del camino iniciado por el TS, *la vía del “consumidor medio del grupo al que va dirigida la oferta”*. De esta manera, el Alto Tribunal no se saldría del estándar del consumidor medio trazado por el TJUE (que ha rechazado de plano que el tener conocimiento experto pueda reducir las exigencias del control de transparencia y de los deberes empresariales); pero a la vez aprovecharía matiz de la normativa de la UE y de la propia jurisprudencia del TJUE sobre prácticas comerciales desleales. Ciertamente este subestándar del consumidor medio está más bien pensado para proteger a consumidores “vulnerables”, por lo tanto, más desprotegidos que un consumidor medio, pero al crearse legal y jurisprudencialmente la categoría del consumidor medio de un grupo, en principio, nada obstaría, acaso, si ese grupo es muy determinado, homogéneo e identificable, a exigir unos estándares de transparencia *ad hoc*. Entiendo que este estándar del consumidor medio del grupo al que va dirigida la oferta se podría aplicar a los supuestos de empleados bancarios que gozan de unas especiales ventajas y condiciones en los préstamos hipotecarios que suscriben con las entidades financieras para las que trabajan¹⁴²; forman un grupo adornado de unas especiales características, cuentan, como media, con unos conocimientos muy superiores por su práctica laboral diaria a los de un consumidor medio, etc. Ciertamente, el patrón creado por el TS cuenta con la ventaja de afinar más, dentro de este grupo medio, quiénes tienen un conocimiento aún más experto y también permite privar de la protección de la transparencia a abogados muy especializados a los que no parece tan sencillo englobar en un grupo destinatario de un tipo de contratos. No obstante, ante los riesgos de que el nuevo canon del TS pueda ser impugnado por el TS, si esos casos extremos deben tener un tratamiento *ad hoc*, quizás convenga explorar la vía o vías enunciadas, siempre dentro de la excepcionalidad de los casos que se abordan.

72. Una vez enunciadas estas alternativas, constructivas, pensadas para el dilema al que se ven enfrentados los tribunales al haber de aplicar la perspectiva del consumidor medio en casos ciertamente extremos, retornamos a sintetizar los argumentos, que, a nuestro juicio, avalan rectamente el control objetivo de transparencia defendido por el TJUE frente a propuestas más subjetivistas y contrarias al canon del consumidor medio (apartado V), para analizar por último si dos casos importantes en curso de decisión por el TJUE, *Caixabank et. al.* (apartado VI) y *Compass Banca* (apartado VII), refrendarán estos argumentos o virarán en algún sentido, incluida la noción de consumidor medio –en un sentido

¹⁴⁰ STS 856/2022 de 30 de noviembre y STS 181/2023, de 7 de febrero.

¹⁴¹ STS 487/2022, de 16 de junio.

¹⁴² Las circunstancias fácticas que rodean los supuestos de las STS 487/2022, de 16 de junio y STS 130/2023, de 31 de enero son un buen ejemplo del proceder habitual de los bancos en relación con las ventajas de sus empleados en los préstamos hipotecarios (sin que eso comporte eliminación de cláusulas suelo u otras cláusulas de potencial abusivo).

distinto, más hacia la vulnerabilidad que hacia el consumidor medio altamente cualificado y racional dentro de un grupo específico—.

V. Argumentos a favor del control objetivo de transparencia basado en el consumidor medio y propuestas alternativas.

1. Justificación

73. A mi juicio, estos son los argumentos que avalan, frente a otras tesis que doctrinalmente se proponen (*infra*, sub V.2), el referido control objetivo:

a) *El fundamento del control de transparencia radica en los especiales deberes de información del predisponente hacia todo consumidor, no en la evaluación del consentimiento de cada concreto consumidor.* La distinción entre “conocimiento”, “comprensión”, “negociación” y “consentimiento/adhesión”¹⁴³ resulta crucial para deslindar correctamente las bases del control de transparencia. El conocimiento, que el considerando 20º de la Directiva 93/13 cifra en “la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas”, lo cual tendría su encaje en Derecho español en el control de incorporación, se ha reformulado por el TS como el “control de cognoscibilidad”; la negociación, característica del concurso de voluntades entre partes en igualdad de condiciones que emiten su consentimiento (marco propio del Código civil), puede distinguirse de la “adhesión” en relación con cláusulas no negociadas, predispuestas e impuestas, en el sentido de que el consumidor/adherente “no haya podido influir sobre su contenido” (art. 3.2 Directiva 93/13). La comprensión es distinta del conocimiento: comporta, en el ámbito de la transparencia, que la cláusula sea comprensible para el adherente medio en las circunstancias del caso, *no* que *ese* consumidor concreto comprendiese, pues entonces lo que se estaría evaluando es su consentimiento y para eso ya existe el cauce de la anulabilidad por vicios en el consentimiento provocados por error o dolo. En el diseño de la transparencia realizado por el TJUE, lo que se comprueba es el grado de cumplimiento de los deberes informativos para que cualquier consumidor normal, en un caso como ese, con esa información, en ese momento y con esas circunstancias y tipo contractual, hubiese advertido la importancia y alcance de la cláusula; por eso son irrelevantes la formación, conocimientos y experiencia del consumidor concreto del caso¹⁴⁴, pues junto con la restauración de la justicia contractual, se busca también con la transparencia depurar el mercado de actividades contrarias a la buena fe: la transparencia contractual redundaría en la transparencia del mercado y la competencia. De ahí que el fundamento ubicado en comprobar los deberes informativos de quienes compiten en el mercado con ofertas que han de ser comparables y no, por tanto, en comprobar la comprensión de cada concreto consumidor tenga unas consecuencias coherentes, como son:

- El control de transparencia (que aboca en la abusividad y nulidad de la cláusula) puede y debe ser efectuado *de oficio*, incluso en procedimientos en que el consumidor adherente está declarado *en rebeldía*¹⁴⁵, cosa que no podría suceder si el objeto de evaluación fuese el consentimiento del concreto consumidor.

¹⁴³ Me he ocupado de la distinción de estas cuatro nociones, en particular, en CÁMARA LAPUENTE, “Las (seis) SSTS...”, cit., p. 1784 y ss. (reproducido en ID., *Contratos y protección jurídica...*, cit., pp. 376-386) y en ID., “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios (vLex)*, (nº especial), marzo 2021, pp. 26-43 (disponible en https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/transparencia_camara_2021.pdf), en particular, pp. 27-32.

¹⁴⁴ También los conocimientos expertos por encima de los propios de un consumidor medio.

¹⁴⁵ *Vid.* STJUE 4 junio 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, ECLI:EU:C:2020:431, § 52: una disposición nacional no puede impedir al juez adoptar las diligencias de prueba necesarias para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula cuando el consumidor demandado se encuentra en rebeldía.

- Igualmente, *puede practicarse en procesos colectivos* y no sólo en acciones individuales, con independencia del número de consumidores afectados por la acción colectiva planteada por las entidades habilitadas al efecto.
 - Dado que los conocimientos y experiencia previa del consumidor no desempeñan un papel en el control de transparencia basado en el consumidor medio, *tampoco son relevantes en caso de empresario inexperimentado o que actúa fuera del núcleo central de su negocio o profesión*, pero con finalidad profesional. Es decir, el control objetivo basado en el consumidor medio es plenamente coherente con que el empresario adherente, también objetivamente considerado, no merece protección desde la tutela propia de los consumidores, aunque tenga un conocimiento “no experto”.
- b) *El estándar objetivo del consumidor medio es el mismo empleado (por vía jurisprudencial europea) en las principales Directivas de protección del consumidor contratante*, en la fase de formación del contrato, en relación con la información “clara y comprensible” que debe suministrarse, en particular en relación con la fijación del precio, la obligación de pago y otras circunstancias fundamentales del compromiso adquirido: así ocurre en relación con las directivas transversales y comunes que hemos identificado como núcleo de esta protección contractual¹⁴⁶, como la Directiva 2011/83 sobre Derechos del consumidor¹⁴⁷ o con la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales.
- c) *La relación e interacción entre la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas*, en particular por omisión de información relevante o presentación engañosa (poco transparente) de la misma, habla también a favor de la adopción del mismo estándar de consumidor (medio) cuya percepción de la carga jurídica y económica puede alterarse con ese tipo de prácticas o cláusulas no transparentes¹⁴⁸.
- d) *La interpretación trasversal y coherente de la noción de “consumidor” en diversas directivas y normas interrelacionadas es un objetivo asentado en el TJUE*. Si bien en inicio este tribunal tendió a patrocinar interpretaciones autónomas de los conceptos de cada norma de la UE, desde hace unos años viene sosteniendo que “para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el legislador europeo en el sector de los contratos celebrados por los consumidores y la coherencia del Derecho de la Unión, procede tener en cuenta el concepto de “consumidor” contenido en otras normativas del Derecho de la Unión”¹⁴⁹. Esta perspectiva de interrelación ha producido recientemente un ejemplo notable de las consecuencias de esa permeabilidad: la STJUE de 8 de junio de 2023 (*IS*)¹⁵⁰ sostiene que para conseguir esos objetivos y coherencia, *en relación con el concepto de consumidor de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, “la Directiva 2011/83 es particularmente pertinente a este respecto”* (§ 41), pues no solo contienen definiciones equivalentes y con el mismo objetivo (§ 42), sino que además están estrechamente vinculadas, pues esta modificó a aquella y ambas

¹⁴⁶ *Vid. supra*, apartados III.3 y IV.1.

¹⁴⁷ Recuérdense la STJUE de 7 de abril de 2022, *Fuhrmann*, y la STJUE 5 mayo 2022 (*absoluts-bikes/Victorinox*). O, en el ámbito de la información precontractual sobre los honorarios de abogados y su potencial carácter abusivo, la STJUE de 22 de septiembre de 2022 (*Vicente*) o la STJUE de 12 de enero de 2023 (*DV*).

¹⁴⁸ Sobre la relación de ambas Directivas en este punto (*supra*), *vid.* las citadas STJUE 15 marzo 2012 (*Pereničová*) y STJUE 22 septiembre 2022, C 335/21 (*Vicente*).

¹⁴⁹ STJUE 25 enero 2018 (*Schrems*) § 28 y STJUE 10 diciembre 2020 (*Personal Exchange*), §§ 44-45, ambas citadas *supra*. El estándar del consumidor medio también es usado por el TJUE en la interpretación de la noción de consumidor de otras normas, como el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, sobre competencia judicial, particularmente en asuntos en que también está en juego el carácter abusivo de alguna cláusula: *vid. supra*, cit., STJUE 3 octubre 2019 (*Petruchová*) § 55, y STJUE 2 abril 2020 (*Reliantco*) § 55.

¹⁵⁰ STJUE 8 junio 2023, C-570/21, *I.S., K.S. vs. YYY. S.A.*, ECLI:EU:C:2023:456: además de recordar el carácter objetivo de la noción de consumidor, independiente de los conocimientos concretos de una persona o de la información que realmente disponga (§ 30) aborda como cuestión central la interpretación del concepto de consumidor de la Directiva 93/13 con los parámetros de la Directiva 2011/83: §§ 40-45 y descarta la interpretación más restrictiva de normas sobre competencia, de interpretación más estricta (§§ 50 y 51), por lo que no aplica el concepto estricto sobre contratos de doble finalidad adoptado en la STJUE 20 enero 2005 (*Gruber*).

pueden aplicarse al mismo contrato (§ 43); de donde concluye que para resolver cuál debe ser el criterio a aplicar en los contratos de doble finalidad al amparo de la Directiva 93/13, que no los aborda, “procede tener en cuenta el considerando 17 de la Directiva 2011/83”, de manera que si el objeto comercial del contrato “es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor” (§ 44) y esta interpretación debe ser corroborada por los considerandos de otras normas europeas en sentido similar¹⁵¹: “estos considerandos son testimonio de la determinación del legislador de la Unión Europea de dar un alcance horizontal a esa definición”.

- e) *La noción de “consumidor medio” no es tan distinta de la más proteccionista de “consumidor vulnerable”* según el tipo de contrato que se afronte o el canal de contratación empleado, dado que, en la actualidad, en algunos ámbitos, como el digital, los estudios empíricos han demostrado que todos los consumidores resultan vulnerables de una u otra forma¹⁵² y, además, según las últimas declaraciones del legislador europeo, precisamente en el considerando 34 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores –empleada por el TJUE para interpretar el concepto de consumidor como se acaba de ver–, tras citar las circunstancias de vulnerabilidad (similares a las recogidas en la Directiva 2005/29), establece: “*la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores*”. Por lo demás, en el ámbito de los préstamos hipotecarios, en que se ha desarrollado principalmente la jurisprudencia examinada, un cierto estándar de cultura financiera media no parece tan difícil de constatar, como el propio TS afirma según el tipo de cláusula en cuestión (prominencia de la comisión de apertura, cálculo de intereses a los que se renuncia en una novación, comprensión del IRPH, etc.).
- f) El empleo del estándar del “consumidor medio”, aplicado también al control de transparencia de las cláusulas no negociadas tiene la virtud de alcanzar un *equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los empresarios predisponentes*: dado su carácter de promedio *ni todos los consumidores* (descuidados, negligentes, poco atentos) quedarán protegidos por este control *ni los requisitos de su aplicación son tan exigentes* que dejen fuera un número importante de adherentes (recuérdese la obligación de conocer el derecho aplicable, pero no de realizar “investigaciones jurídicas” por el consumidor medio)¹⁵³. En este sentido, a cambio de una muy necesaria seguridad jurídica que aporta el canon objetivo, el precio a pagar serían los supuestos muy marginales en que un consumidor particularmente perspicaz, con conocimiento experto por su profesión, pueda beneficiarse de este patrón de medición, aunque quizás para este tipo de contratos puedan encontrarse otras vías de solución a través

¹⁵¹ Considerando 18 de la Directiva 2013/11, considerando 13 del Reglamento (UE) 524/213, que versan sobre litigios de consumo, cita esta STJUE. Véanse también en el mismo sentido, cabe añadir, en el plano de la protección contractual sectorial de consumo, el considerando 12 de la Directiva 2014/17 sobre contratos de crédito inmobiliario, el 17 de la Directiva 2019/770 sobre contratos de contenidos y servicios digitales y el 22 de la Directiva 2019/771 sobre compraventa de bienes. Por este afán de interrelacionar, tiene también en cuenta la colación de las referencias al consumidor medio y al vulnerable en las Directivas posteriores a la Directiva 93/13 (*supra*, III.3).

¹⁵² En particular, con la posibilidad de aprovechar los sesgos cognitivos a partir del perfilado y personalización derivado de la vigilancia y recolección omnipresente de datos personales. Sobre esta cuestión de la vulnerabilidad digital omnicompreensiva, *vid.* HELBERGER, N., ZUIDERVEEN BORGESIU, F., REYNA, A., “The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law”, *Common Market Law Review*, 54-5, 2017, p. 1448 y ss. También, por todos, HELBERGER, N., MICKLITZ, H.-W, SAX, M., STRYCHARZ, J., “Part I. Surveillance, consent and the vulnerable consumer. Regaining citizen agency in the information economy”, en BEUC (HELBERGER, N., LYNKEY, O. MICKLITZ, H.-W, et al.), *EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, Brussels, Marzo 2021, en especial, p. 14 y ss.; en p. 24 se puede leer: “Singling out and labelling particular groups of consumers as vulnerable by considering all other digital consumers as ‘normal’ is also not in line with our findings that digital vulnerability is essentially a universal condition that potentially applies to all consumers in the digital marketplace”). Sobre lo inapropiado de la indagación de la formación de la voluntad de un concreto usuario y no del usuario medio, en particular en relación con la “intencionalidad” dolosa o la “culpa” del empresario en este contexto me he pronunciado en CÁMARA LAPUENTE, S., “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿Navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)?”, en GÓMEZ POMAR, F., FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (Dirs.), *Estudios de Derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405, en particular, p. 394 y ss. (y sobre la pregunta de si el contrato de adhesión es un auténtico contrato, *vid.* pp. 360-367).

¹⁵³ *Supra*, IV.2.C.

del abuso de derecho o la delimitación del consumidor medio dentro del grupo homogéneo al que va dirigida la oferta, entre otros¹⁵⁴.

2. Alternativas doctrinales

74. Se acaban de anticipar los argumentos por los cuales no se comparte la posición de dos orientaciones doctrinales que propugnan descartar parámetro del consumidor medio en el ámbito de las cláusulas abusivas. Quienes abogan por este descarte, lo hacen por razones distintas: para unos porque lo que debería ser objeto de control de transparencia es el consentimiento de cada concreto consumidor y, para otros, porque el estándar debería ser el de la protección del consumidor vulnerable y no el del medio. De justicia es dejar reflejo de ambas posiciones, que, por las razones expuestas, no resultan suficientemente convincentes para quien esto escribe (ni, cabe decir, para la mayoría de la doctrina, que no ha abrazado estos postulados alternativos)¹⁵⁵.

A) El control subjetivo del consentimiento por error o dolo incidental

75. Voces muy autorizadas han sostenido, especialmente desde 2017 que, en relación con las cláusulas que describen el objeto principal del contrato, su validez se deriva no de su aceptación por el consumidor, sino porque “reflejan el acuerdo consentido por el consumidor” y si se apartan de lo que razonablemente hubiera podido ser consentido no valdrán, precisamente por un control del consentimiento, cuya prueba corresponderá al empresario predisponente¹⁵⁶. Evaluándose el consentimiento, el mecanismo lógico sería aplicar el *error esencial*, se sostiene, en un ámbito, el de los elementos centrales del contrato en que “debe jugar la autonomía privada (las reglas de los artículos 1091 y 1255 CC): el legislador quiere que el consumidor lea y comprenda bien el sentido de las referidas cláusulas”¹⁵⁷. Esta aproximación inicial, al encontrarse con algunos problemas, como que no cabe la nulidad parcial del contrato al aplicar el error en el consentimiento –y al consumidor puede interesarle mantener la validez

¹⁵⁴ *Supra*, IV.4.

¹⁵⁵ Así, una crítica del control subjetivo de la transparencia basado en los vicios del consentimiento, en MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual”, *Revista de Derecho Civil*, VI.1., 2019, pp. 361-397, en especial, p. 383; o en VAQUER ALOY, A., “El control de transparencia”, en MORALES MORENO, A.-M., *Estudios de Derecho de contratos*, BOE, Madrid, 2022, p. 1307 y ss., en especial, pp. 1324-1327; PÉREZ GIL, *op. cit.*, pp. 168-170.

¹⁵⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, en Almacén de Derecho, 21 marzo 2017 (disponible en: <https://almacendederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato>); con antelación, el prof. ALFARO ya había apelado, siguiendo a la doctrina alemana y desde sus primeros trabajos, a la necesidad no practicar un control abstracto en relación con las cláusulas sorprendentes, cuya finalidad de protección es, a su juicio, solo individual, en tanto que el control de contenido (abusividad) permitiría el control abstracto. Así lo recuerda en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo”, *Almacén de Derecho*, 14 enero 2017 (disponible en <http://almacendederecho.org/la-proxima-sentencia-del-tribunal-supremo-las-clausulas-suelo>).

¹⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, *Almacén de Derecho*, 12 marzo 2017, en la que fue su primera entrada sobre la materia, (disponible en: <https://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>), ahora también recogido en *Id.*, *Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores*, Comares, Granada, 2023, p. 1. Sin haber alterado su posición sobre lo relativo a un preferible control vía dolo incidental (y en sus propuestas de *lege ferenda* aboga por la desaparición del control concreto/individual de la abusividad de los *core terms*, sustituido por las normas sobre el error y el dolo como vicios del consentimiento, dejando sólo el control abstracto para las acciones colectivas que, a su juicio, habrían de presumirse transparentes en caso de haber cumplido el empresario los deberes sectoriales de información precontractual [*Id.*, *Las cláusulas abusivas...*, cit., pp. 30-31]), en una de sus posteriores entradas, se lee (*Id.*, *Las cláusulas abusivas...*, cit., p. 59, de las últimas sobre “el control de transparencia” en el libro citado): si las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se encuentran exceptuadas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 “es porque, respecto de aquellas (y a diferencia de lo que ocurre con las cláusulas accesorias), la competencia en el mercado puede funcionar de manera eficiente sobre la base de que el consumidor estándar (‘un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz’) cuente con información precontractual bastante para valorar correctamente las consecuencias económicas y jurídicas que tendrán para él” (cursiva añadida) [“Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13”, *Almacén de Derecho*, 9 marzo 2020 (disponible en: <https://almacendederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>).

del contrato pese a la cláusula nula—, se transformó en una propuesta favorable a entender que se produce en realidad un *dolo incidental*, pues pese a las maquinaciones insidiosas del predisponente que presentó una cláusula poco transparente, sin que esta fuese decisiva de la contratación —dado que el consumidor sí quiere contratar, pero no en los términos acordados mediante una cláusula sorprendente o poco transparente—, la solución no debería ser la anulación del contrato en su conjunto, sino el reajuste del contrato para que su contenido se alinee con las legítimas expectativas del consumidor, con base en el art. 1270 CC (que obliga sólo a indemnizar daños y perjuicios a quien lo padeció), con la consecuencia de que al ser anulables y no nulas de pleno derecho, no podrían ser objeto de control de oficio y estarían sometidas al plazo de caducidad del Código Civil¹⁵⁸. Algunos autores se han sumado también al control subjetivo añadiendo otros argumentos¹⁵⁹, pero incluso cuando se apela a los problemas procesales del control de transparencia en acciones colectivas, parece volverse a reconocer que el canon del consumidor medio acaba imponiéndose¹⁶⁰. Ni que decir tiene que esta doctrina no comparte la idea de que el control de transparencia deba aplicarse tanto a elementos esenciales como accesorios, frente a lo que siempre ha dicho el TJUE¹⁶¹ y, recientemente, por fin, el TS¹⁶², ni otros argumentos hoy ya consolidados en la jurisprudencia del TJUE antes reproducidos.

¹⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, “Diez tesis...”, cit. (e ID., *Las cláusulas abusivas...*, cit., pp. 2-3; ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cláusulas predispuestas que describen...”, cit. Con interesantes matices respecto al error, se adhiere preferentemente a la tesis del dolo incidental MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Indret*, 2/2018, en especial, pp. 33-41, con un detenido análisis que significativamente rotula “3.4. Fundamento de este control: la necesidad de proteger el consentimiento (rectius, libertad de saber) del adherente”.

¹⁵⁹ Con posterioridad al ensayo citado en la nota anterior, el prof. MIRANDA ha vuelto a abordar la cuestión en MIRANDA SERRANO, L. M., “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: a propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 4, julio-diciembre 2022, pp. 111-156, en especial, p. 118, 125 y 140 y ss.; en la página 118 se lee como argumento que le hace decantarse: “a mi juicio, esta concepción subjetiva de la transparencia es la aceptable. La objetiva no llega a convencerme porque la convierte en una modalidad de control de transparencia formal, pero de carácter cualificado; algo así como una prolongación de los requisitos de inclusión o de incorporación pero reforzados”. Sostiene también, el citado especialista (como los profs. ALFARO y PANTALEÓN) que no debe ser idéntico el control de transparencia de elementos accesorios y principales y, en su tesis de ser preferible el control subjetivo apunta (p. 143) que no sería lo mismo seguir la tesis del consentimiento viciado (acción de anulabilidad en cuatro años) que concebirlo como una falta de consentimiento (por entender no incluida la cláusula no transparente en la oferta del contrato), en cuyo caso la apreciación del carácter no transparente sí podría realizarse de oficio por el juez. Por su parte, con renovadoras reflexiones, el prof. RUIZ ARRANZ, A., “Sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas”, *Almacén de Derecho*, 21 febrero 2023 (<https://almacenederecho.org/sobre-el-control-de-transparencia-de-la-clausulas-predispuestas>), aboga por sostener que “la transparencia solo se proyecta sobre cláusulas completamente accesorias o sobre cláusulas accesorias que afectan al objeto principal del contrato”, y ese control ha de ser abstracto, objetivo debiendo quedar reservado al examen de las cláusulas que definen el objetivo principal del contrato un control subjetivo basado en el consentimiento y en la idea del error o el dolo (por entender que estas cláusulas están directamente excluidas de la Directiva, que sólo se ocuparía de las accesorias en general o de las que pueden alterar el precio en particular) o en el control de incorporación.

¹⁶⁰ Es el caso de reconocidos procesalistas, pese a abogar por el control subjetivo; se reproducen a continuación las palabras de Díez-PICAZO, I., “Sobre la prueba de la cognoscibilidad razonable de los consumidores”, *Almacén de Derecho*, 23 mayo 2024 (disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-prueba-de-la-cognoscibilidad-razonable-de-los-consumidores>): “Cabe plantearse si los elementos que el tribunal puede tener en cuenta para formular su juicio de cognoscibilidad han de referirse necesaria y exclusivamente al concreto consumidor (juicio subjetivo y concreto), o si es admisible que tengan un alcance mayor (juicio objetivo y general). Aquí suele entrar en escena la ideal del *consumidor medio*, ese ser hipotético del que se predica ser “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. En mi opinión, esta cuestión engloba un falso problema. A mi juicio, la idea del *consumidor medio* es innecesaria, porque se llega a la misma conclusión sin hacerlo intervenir. En principio, *si el consumidor es Ticio, la cognoscibilidad objeto de prueba es la de Ticio, no la del consumidor medio*. Ahora bien, es obvio que cognoscibilidad no es conocimiento. En el caso del derecho a reclamar, la cognoscibilidad derivará del grado de difusión de ciertos datos e informaciones. Y por la naturaleza de las cosas la prueba de la cognoscibilidad será la misma para Ticio que para el conjunto de los afectados. Por tanto, la prueba puede razonablemente desplegarse sobre la generalidad de los afectados, sin que eso signifique que no se está probando la cognoscibilidad de Ticio” (énfasis del propio autor).

¹⁶¹ STJUE 30 abril 2014 (*Kásler*), § 69; STJUE 20 septiembre 2017 (*Andriiciuc*), § 43, ATJUE 22 febrero 2018 (*Lupean*), § 23; STJUE 3 marzo 2020 (*Gómez del Moral Guasch*), § 46; o las sentencias sobre la comisión de apertura: STJUE 16 julio 2020 (*Caixabank*), § 66 y STJUE 16 marzo 2023 (*Caixabank*), § 28.

¹⁶² STS (Pleno) 418/2023, de 28 de marzo, FD 7.20 (*vid.* también los §§ 15 y ss. y 22).

A) El estándar más proteccionista del consumidor vulnerable frente al estándar medio

76. Desde una perspectiva completamente diferente y, por ahora, muy minoritaria¹⁶³ se ha sostenido que la noción del consumidor medio es insuficiente para el control de transparencia, por ser preciso ajustar ésta al consumidor vulnerable, que supone un estándar más exigente para no dejar sin protección a determinados usuarios no cubiertos por la media. En opinión de estos autores, la extrapolación de la noción de “consumidor medio”, procedente de las prácticas comerciales desleales, se hizo al ámbito de la transparencia de las cláusulas no negociadas a partir de 2014, como ya vimos, por el TJUE sin una mayor elaboración ni justificación¹⁶⁴; el modelo del consumidor medio ha sido muy criticado por los juristas que aplican los resultados de las ciencias económicas del comportamiento humano, por no tener en cuenta la realidad, menos racional de lo que marca el estándar, de la conducta actual de los consumidores, lo que dejaría desprotegidos a los consumidores vulnerables. A juicio de estos autores, ni el tenor literal de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva de cláusulas abusivas, ni su interpretación sistemática (pues no se menciona en ningún pasaje al consumidor medio) avalan ese paso, en tanto que se propone teleológicamente y de acuerdo con el principio de eficacia de la Directiva que se garantice un nivel de protección mayor teniendo en cuenta a los consumidores vulnerables¹⁶⁵. Según sus conclusiones, el entendimiento común de los arts. 6 y 9 de la Directiva 2005/29 implica que para impugnar una práctica comercial como engañosa o agresiva sólo se puede usar el estándar del consumidor medio y eso no debería ser así, dado que conforme al criterio general del art. 5 los consumidores deben probar que la práctica es contraria a la diligencia profesional y que puede distorsionar el comportamiento del consumidor medio dentro de un grupo vulnerable; a su entender, es preferible que los tribunales empleen el test del equilibrio/justicia (*fairness*) antes que el de la diligencia profesional¹⁶⁶. Otras voces se preguntan por la pertinencia de mantener el concepto general de consumidor (esto es, el que actúa al margen de una actividad profesional) por el extenso nivel de protección y seguridad que otorga o bien si lo oportuno es diversificar la definición y contextualizarla para los nuevos escenarios de la digitalización y la sostenibilidad¹⁶⁷.

VI. ¿Ha de mantenerse? (Conclusiones de la AG en el asunto C-450/22, 18.1.2024): el control abstracto y objetivo a prueba de acciones colectivas, complejidad, número, circunstancias y tiempo

77. Como exponíamos al inicio de este ensayo, ante el ejercicio de una acción colectiva de cesación de cláusula suelo emprendida por una asociación de consumidores contra más de un centenar de entidades financieras de nuestro país¹⁶⁸, el Tribunal Supremo solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión

¹⁶³ Fundamentalmente me refiero a ESPOSITO, F., GROCHOWSKI, M., “The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration”, *European Review of Contract Law*, 18.1, 2022, pp. 1-31, quienes en p. 11 señalan que la justificación del estándar del consumidor medio prácticamente no ha atraído la atención de la doctrina, que raramente cuestiona la *communis opinio*.

¹⁶⁴ ESPOSITO/GROCHOWSKI, *op. cit.*, p. 9, que denuncian que esas bases conceptuales también estuvieron ausentes de las conclusiones del AG WAHL en el asunto *Kásler*, con el cual el consumidor mencionado en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 pasó a convertirse en el “consumidor medio”.

¹⁶⁵ *Idem*, pp. 18-20. Acto seguido abogan por aplicar una “teoría del daño” para fomentar el bienestar de los consumidores como punto de referencia en una economía de mercado.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 31: si se asume que los elementos esenciales tienen que ser transparentes para el consumidor vulnerable, éste no tendrá que argumentar que la práctica puede distorsionar su comportamiento, argumentan. Sobre la relación entre vulnerabilidad a raíz de su incorporación en el art. 3 TRLGDCU y su potencial aplicación a la transparencia de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento, con la nueva mención del art. 60.1, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, “Hacia el carácter abusivo directo...”, *cit.*, pp. 31-32, donde se alerta de lo inadecuado de usar la noción de consumidor vulnerable en un sentido distinto, para rebajar la protección ya existente para el consumidor medio.

¹⁶⁷ MAK, “How Can Consumer Interests be Protected...”, *cit.*, pp. 58-59 y 61, pero sin dar una respuesta clara, que requiere, según la autora, una mayor investigación.

¹⁶⁸ ADICAE ejercitó la acción colectiva de cesación inicialmente contra 48 entidades financieras que operaban en España. Además, acumuló a la acción de cesación una acción de restitución de cantidades indebidamente pagadas y, posteriormente, amplió su demanda en dos ocasiones hasta dirigirse contra 101 demandadas. Más de 800 consumidores se personaron en apoyo de estas pretensiones.

Europea mediante el ATS de 29 de junio de 2022 decisión prejudicial, en esencia, sobre dos cuestiones: si una acción colectiva de cesación es un mecanismo procesal adecuado para realizar el control de transparencia de cláusulas contractuales (*ex arts. 4.1 y 7.3 Directiva 93/13*), cuando el enjuiciamiento abstracto afecta a millones de contratos de más de un centenar de entidades financieras, “sin tener en cuenta el nivel de información precontractual ofrecido (...) ni el resto de circunstancias concurrentes en cada caso”?; y, en segundo lugar, si el control abstracto de transparencia es posible desde la perspectiva del consumidor medio cuando hay ofertas dirigidas a distintos grupos de consumidores, cuando son múltiples y diversas las entidades predisponentes y cuando el conocimiento público sobre esas cláusulas fue evolucionando a lo largo de un período largo de tiempo (*ex arts. 4.2 y 7.3 Directiva 93/13*).

78. En esencia, *la AG MEDINA responde a ambas cuestiones (§ 94) que es perfectamente posible realizar ese control abstracto de transparencia y, además, que es el único coherente con la normativa en vigor*; así, por una parte, para considerar en un proceso colectivo todas las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato, la AG contesta que “incumbe al órgano jurisdiccional nacional revisar las prácticas contractuales y precontractuales estandarizadas de cada entidad financiera afectada a la luz del estándar objetivo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Y, por otra parte, los arts. 4.2 y 7.3 son “son compatibles con un control abstracto de la transparencia, desde la perspectiva del consumidor medio. El consumidor medio es un estándar objetivo relativo a la apreciación de las cláusulas contractuales tipo, al margen de las características o del número de consumidores afectados”; tampoco el número de entidades financieras ni el tiempo largo durante el que se introdujeron esas cláusulas “incide, en cuanto tal, en el concepto de consumidor medio”. Veamos sintéticamente los argumentos que aduce en favor de estas respuestas.

79. La Directiva 93/13 descansa en dos tipos de acciones, individuales y colectivas, que se consideran complementarias (§§ 30 y 35). El control abstracto es específico de las acciones colectivas y solo resulta adecuado tener en cuenta todas las circunstancias particulares de un contrato en el contexto de una acción individual (§ 33); “los requisitos aplicables a una acción individual, en particular, la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias particulares del contrato no impiden que se ejercite una acción colectiva, que es independiente de cualquier controversia concreta y de circunstancias individuales” (§ 35). Tras sugerir que la Directiva llega a enunciar un “principio fundamental” de transparencia (§ 39) y distinguir entre transparencia formal y material que tienen el mismo alcance en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva (§§ 40-42), la AG apunta que el TJUE ha examinado hasta ahora sobre todo la exigencia de transparencia en procedimientos individuales y, sobre todo, en contratos de préstamo (§ 44) y se centra en cómo ha de realizar el órgano jurisdiccional nacional el control de transparencia: atendiendo a todas las circunstancias que concurrieron en la celebración de ese contrato (§ 45). Pero, añade, “dicho esto, debe observarse que *muchos de los elementos que conforman la apreciación judicial de la transparencia se basan en una apreciación objetiva*. El juez nacional *examina una cláusula contractual tipo incluida en documentación precontractual y contractual normalizada*, redactada de antemano por el prestamista en relación con préstamos propuestos a un número indeterminado de consumidores. Además, el criterio de referencia que se emplea en el control de transparencia no es un consumidor individual específico, sino el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” (§ 45). Acto seguido, delimita en qué consiste la “ficción jurídica” en que estriba el consumidor medio, que se adapta comportamiento del consumidor en el marco de la contratación estandarizada, en un párrafo interesante que será citado después (*infra* apartado VII en el asunto *Compass Banca* al abordar la noción en el contexto de las prácticas comerciales desleales); según el § 46, reiterado en el § 81 (cursiva de la propia AG):

“El concepto de consumidor medio es una ficción jurídica que intenta reducir a un denominador común una realidad muy diversa. En cuanto tal, es un criterio objetivo. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el respeto de la exigencia de transparencia debe comprobarse en relación con el *estándar objetivo* del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No puede entenderse que ese estándar corresponde, en particular, con el consumidor menos perspicaz que el consumidor medio ni con el consumidor más perspicaz que este último.”

80. Y para concluir el examen de la transparencia, más ceñido al ámbito de las acciones individuales, acaba con la justificación que la doctrina que acabamos de referir, reclamaba al TJUE: “cuanto *más alto* es el umbral para cumplir la exigencia de transparencia, *menores* serán las expectativas que cabe albergar acerca del consumidor medio. Además, el profesional está obligado a acreditar ante el juez el correcto cumplimiento de sus obligaciones precontractuales y contractuales relacionadas con la exigencia de transparencia (...). Al fijarse un estándar objetivo para el modelo del consumidor medio y al establecerse un umbral elevado para el cumplimiento de la exigencia de transparencia, el control judicial de la transparencia de las cláusulas contractuales se ha tornado *más objetivo*, basándose en la *estandarización de la contratación*”¹⁶⁹.

90. A continuación, la AG MEDINA pasa a justificar la *adecuación de la acción colectiva* para realizar igualmente el control de transparencia, con un primer silogismo, a mi juicio, irrefragable a la luz de la normativa existente: en el sistema protector de la Directiva 93/13, el control judicial del carácter abusivo de las cláusulas y de su transparencia no depende del tipo de acción que se ejercite, ya sea individual o colectiva (§ 52); nada en la Directiva apunta a que no se pueda hacer el examen de transparencia en el contexto de una acción colectiva, pues si no las cláusulas esenciales, sí sometidas a transparencia *ex art. 4.2*, quedarían excluidas de esos procedimientos (§ 53); es más, el art. 5 de la Directiva no distingue entre acciones individuales y colectivas, con la excepción de la regla de interpretación aplicable (§ 54). Excluir el examen de transparencia de acciones colectivas también sería incoherente con el refuerzo de los mecanismos procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores, que se aplican también a la Directiva 93/13 (*vid.* la Directiva 2020/1828 sobre acciones de representación) (§ 59).

91. Por lo tanto, en lugar de excluir el examen de transparencia en las acciones colectivas, el control judicial debe adaptarse a la finalidad y efectos jurídicos de estas y extrapolar los rasgos de la transparencia diseñados para acciones colectivas, “con las adaptaciones necesarias en función del mecanismo procesal utilizado” (§§ 56 y 60); y aquí deslinda entre los elementos específicos de una acción individual, como la consideración de todas las circunstancias que concurrieron en cada concreto, que no son aplicables en procesos colectivos, en los que en cambio, sí son aplicables los elementos objetivos, “debido a la *estandarización de la contratación*, que queda reflejada en la interpretación objetiva del criterio del consumidor medio” (§ 60), por lo que “el control judicial debe centrarse en los *documentos tipo* y en las *prácticas contractuales y precontractuales estandarizadas*, adoptadas por el profesional frente al consumidor medio cuando promociona y ofrece el contrato” (§ 61); es pertinente también identificar si cada banco cumplió o no el criterio de transparencia en sus prácticas¹⁷⁰.

92. Fijado que el control de transparencia puede hacerse en el contexto de acciones colectivas, las conclusiones de la AG se centran en el examen de las “particularidades cuantitativas” del litigio principal que podrían obstaculizar el control abstracto. En cuanto al *elevado número de entidades financieras demandadas*, se rechaza que exista en la Directiva 93/13 y en la Directiva 2009/22 un requisito de “homogeneidad” de circunstancias como requisito de admisión y si el Derecho procesal nacional lo exigiera¹⁷¹ no podría interpretarse de manera que se requiriera que todas las circunstancias de la acción sean idénticas (§§ 69, 70 y 74). Sin embargo, “la envergadura del litigio no debería mermar el derecho de cada entidad a la tutela judicial efectiva (...). Cada entidad financiera debe tener la posibilidad de demostrar que su propia práctica estandarizada cumplía el criterio de la transparencia” (§ 76, similarmente, § 63 y § 85). En cuanto al *elevado número y diversidad de consumidores y contratos afectados*, procedentes de territorios distintos, grupos de consumidores difícilmente estandarizables, etc., la AG

¹⁶⁹ *Idem*, §§ 49 y 50 de las conclusiones de la AG MEDINA, énfasis en cursiva suyo.

¹⁷⁰ Según el § 63, “cuando el control judicial afecta a más de un demandado, es importante identificar con respecto a cada banco si cumplió o no el criterio de transparencia en su práctica contractual”, refrendando así (también en § 65) el criterio de la SAP de Madrid 603/2018, de 12 de noviembre (ECLI:ES:APM:2018:12842), § 28, que examinó “el diferente grado [de] esfuerzo” de cada banco.

¹⁷¹ Como está ocurriendo en algunos Derechos nacionales al transponer la Directiva 2020/1828, no aplicable al litigio principal.

MEDINA sostiene que el criterio del “consumidor medio” es perfectamente aplicable (§§ 81 y 93) y realiza dos precisiones de enjundia, sobre los conocimientos particulares y sobre la posibilidad y límites de crear subgrupos de consumidores. En cuanto a lo primero, recalca, de conformidad con la jurisprudencia ya dictada por el TJUE, que el criterio objetivo del consumidor medio se basa en el concepto general de “consumidor” que depende del propósito con que actúe la persona física “y no de los conocimientos particulares de que disponga” (§ 82) y añade *a fortiori*:

“Dado que los conocimientos específicos que cabe entender que tiene un consumidor en el contexto de un procedimiento individual no pueden justificar apartarse del estándar del consumidor medio, lo mismo debería regir en lo que respecta a las características individuales de los distintos consumidores en el contexto de un procedimiento colectivo. El concepto objetivo de consumidor medio corresponde a la contratación estandarizada, al margen de las características o del número de consumidores afectados.”¹⁷²

93. En cuanto a la segmentación de consumidores por grupos, en concreto, por grupos de contratos para hallar el consumidor medio por grupo, las conclusiones de la AG traen a colación las observaciones del Gobierno polaco de que “cuando un contrato de préstamo se celebre utilizando un determinado modelo destinado a un colectivo específico de consumidores, el concepto de consumidor medio se corresponde con el miembro medio del colectivo con quien se celebraron los contratos” (§ 86); la AG admite la posibilidad de clasificación pero fija unos límites muy estrictos (§ 87, cursiva mía):

Si dicho juez considera que las circunstancias fácticas y jurídicas de la acción ponen de manifiesto la existencia de una práctica estandarizada y que *clasificar a los consumidores en distintos grupos* facilita la apreciación, *debe poder hacerlo*. Sin embargo, es preciso recordar que el concepto de consumidor medio es independiente del conocimiento o de las capacidades de cada consumidor. Así, la clasificación de los consumidores que participan en el procedimiento colectivo por categorías *no puede hacerse sobre la base de criterios que contradigan el estándar objetivo del consumidor medio*. Por consiguiente, *no se pueden crear subcategorías en función del distinto grado de conocimiento de los consumidores o de su edad o profesión* (en la medida en que actúen fuera de su ámbito profesional).

94. Por lo que hace a la última cuestión planteada, esto es, la incidencia del tiempo transcurrido a efectos de la aplicación del concepto de consumidor medio, cita de Heráclito aparte (§ 89), “el concepto de consumidor exige cierta estabilidad para garantizar la seguridad jurídica”; si algún acontecimiento particular ha alterado “significativamente” la percepción que tiene el consumidor de las cláusulas suelo (un cambio legal o una sentencia que marca un hito) puede ser particularmente relevante (§ 90). Sin embargo, en el litigio principal no aprecia que hayan concurrido esas circunstancias que el consumidor medio de 2010 tuviera más conocimientos que el de 2000 (§ 91) y reconduce la cuestión no tanto al transcurso del tiempo, sino a si el consumidor medio que celebró un contrato después de 2009 o 2010 (caída de los tipos de interés, posible confusión sobre legalidad de las cláusulas, incidencia de la STS de 9 de mayo de 2013, etc.) debe ser tratado de forma distinta que al que lo celebró antes (§ 93). El hecho de que “las cláusulas controvertidas hayan sido introducidas en los contratos durante un largo período de tiempo no incide, en cuanto tal, en el concepto de consumidor medio” (§ 93).

VII. Otra vuelta de tuerca para el consumidor medio desde las prácticas comerciales desleales (Conclusiones del AG en el asunto C-646/22, 25.4.2024): la “racionalidad limitada”

95. La solución final del asunto *Compass Banca* puede tener un impacto futuro muy relevante en la interpretación de otras directivas y, señaladamente, en la forma de enjuiciar la transparencia material de las cláusulas no negociadas. El caso versa sobre la práctica comercial de un banco italiano que consiste en

¹⁷² § 83, cursiva, en este caso, mía. El § 84 asume la observación de ADICAE de que “las diferencias en la edad de los consumidores, en su nivel educativo o en su profesión no pueden ser criterios determinantes para trazar diferencias entre ellos y conformar distintos grupos de consumidores”.

vender una póliza de seguro a clientes que están en proceso de contratar un préstamo personal. La autoridad italiana encargada de la defensa de la competencia (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) consideró que esa venta cruzada o conjunta puede constituir una práctica agresiva, especialmente por la forma de presentarla al consumidor (oferta y firma simultánea al préstamo, cobertura de circunstancias personales del prestatario que afectarían a su capacidad para reembolsar el préstamo, percepción de ser de obligada contratación para obtener el préstamo). Ciertamente, este proceder está extendido en el mercado del préstamo europeo y, desde el prisma del control de transparencia de cláusulas de este tipo de seguros ya ha sido enjuiciada con anterioridad por resoluciones como la STJUE de 23 de abril de 2015 (*Van Hove*) –una de las pioneras sobre el control de transparencia, *supra*– o por la STJUE de 20 de abril de 2023 (*Ocidental*)¹⁷³ –una de las últimas, *supra*–, que han colegido el carácter poco transparente y abusivo de algunas cláusulas insertas en tales seguros relacionados de alguna manera con el préstamo. La cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano invita al TJUE a pronunciarse sobre la noción del “consumidor medio”, pero planteando relegar el tradicional enfoque de considerar a este como un *homo economicus* racional –término nunca empleado por el TJUE pero, como vimos, siendo esta la concepción de la economía neoclásica que sí maneja–, para dar preeminencia a la llamada “teoría de la racionalidad limitada” (*bounded rationality*) fundada en los estudios modernos de los economistas del comportamiento (*behavioural economics*)¹⁷⁴. El AG EMILIOU se muestra totalmente favorable a ese cambio de paradigma en el concepto de “consumidor medio”, dada la flexibilidad del concepto.

96. Vista la relación de la noción gestada en el seno de las prácticas comerciales desleales con el régimen de las cláusulas abusivas, vista su interconexión con el concepto de vulnerabilidad, vista la interpretación transversal del concepto de consumidor empleada en diversas Directivas de Derecho contractual de consumo, la solución final que el TJUE adopte al respecto reviste el máximo interés también para el futuro examen judicial de la transparencia de las cláusulas no negociadas. Veamos la argumentación que ofrecen las conclusiones del AG.

97. La noción consolidada del “consumidor medio”, recogida también en el antes transcrito considerando 18 de la Directiva 2005/29, “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” se refiere, en palabras del AG EMILIOU, “a una persona racional que adopta una actitud proactiva en la obtención de toda la información pertinente, procesa racionalmente la información que se le facilita y, por lo tanto, puede tomar decisiones con conocimiento de causa (en línea con el modelo del «homo economicus»)” (§ 35), busca maximizar su beneficio y tienen plena conciencia de la consecuencia de sus elecciones (§ 33). En cambio, la teoría de la “racionalidad limitada” estima que “las personas tienen una

¹⁷³ En este caso no se explicó ni dio el contrato de seguro al consumidor prestatario que se adhirió a él a requerimiento del banco portugués. En su § 32, la STJUE establece que la obligación de transparencia de las cláusulas establecida por la Directiva 93/13 “no puede quedar dispensada por el hecho de que exista un régimen jurídico especial aplicable a un determinado tipo de contrato”, en este caso, de seguro. Al afirmar el consumidor que se “exigió” la firma del seguro, sin prueba en contrario, y no dársele información sobre su clausulado, la STJUE 20 abril 2023 concluye (§ 50) que “al no permitir al consumidor en cuestión tener conocimiento, antes de la celebración del contrato, de la información relativa a dichas cláusulas contractuales y a todas las consecuencias de la celebración del referido contrato, el profesional hace recaer total o, al menos parcialmente sobre el consumidor ese riesgo derivado de una eventual incapacidad permanente” y concluye que al no conocer la cláusula antes de contratar “con mayor razón” incluso que una falta de transparencia, la ausencia total de conocimiento puede abocar al carácter abusivo de la cláusula (§ 41).

¹⁷⁴ Resulta de lectura obligada el ensayo de GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT I GOLOBARDES, M., “Rational Choice and Behavioural Approaches to Consumer Issues” en MICKLITZ, H.-W., SIBONY, A.-L., ESPOSITO, F. (dirs.), *Research Methods in Consumer Law. A Handbook*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 119-164, con completas referencias, donde los autores ya abogaban por la compatibilidad entre el modelo racional y el modelo comportamental y sugerían primar uno u otro, sin una sola solución apriorística, dependiendo de varios factores. Desde el plano del análisis económico del Derecho, *vid.* también GÓMEZ POMAR, F., ARTIGOT I GOLOBARDES, M., “Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria”, *Anuario de Derecho Civil*, LXXIII.1, 2020, pp. 7-100. Naturalmente, a partir de los estudios ya clásicos de KAHNEMAN, D., SLOVIC, P., TVERSKY, A., *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, New York, 1982, o KAHNEMAN, D., *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011, la bibliografía sobre este asunto, aplicada al Derecho y, en particular, al Derecho contractual de consumo ha crecido mucho desde el libro de BAR-GILL, O., *Seduction by Contract. Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

capacidad limitada para asimilar información compleja y que no siempre toman decisiones con toda la información que se les proporciona o de la que disponen”, de manera que no siempre toman las mejores decisiones para sí mismo, incluso aunque se les presente toda la información pertinente (§ 34). En pura teoría, si el consumidor medio fuera racional y proactivo, la forma de presentación de la información por el empresario no podría “distorsionar de manera sustancial” su comportamiento económico como si fuera un individuo con racionalidad limitada (§ 36). El AG llega a la misma conclusión que el Gobierno italiano y la Comisión Europea en este punto (§ 38):

“el «consumidor medio», en el marco de la aplicación de la Directiva 2005/29, no es necesariamente un individuo que responda al modelo del *«homo economicus»*. Este concepto es suficientemente flexible para ser percibido, en determinadas situaciones, como un individuo con una «racionalidad limitada» que actúa sin obtener toda la información pertinente o es incapaz de procesar racionalmente la información que se le facilita”.

98. A partir de ahí, da una serie de razones, a mi juicio bien fundadas, que apuntalan esa conclusión. En primer lugar, el concepto del consumidor medio de la Directiva 2005/29 es un concepto flexible y adaptable a las circunstancias: por la complejidad de la materia, por los conocimientos medios (que no son una referencia estadística) respecto a un producto concreto y por la probabilidad de estar sujeto a un sesgo cognitivo, un consumidor medio puede actuar racionalmente en unas situaciones, mientras que en otras puede considerarse que es incapaz de hacerlo (§ 40). En segundo lugar, para apreciar el carácter desleal de una práctica ha de ponderarse la “reacción típica” de un “consumidor típico”; al efecto recuerda que el “consumidor medio” constituye una ficción jurídica, que adopta un criterio objetivo y, repitiendo las consideraciones de la AG MEDINA en el caso *Caixabank* (§ 46) reproducidas en el epígrafe anterior y en la STJUE de 21 de septiembre de 2023 (*mBank*) §§ 65-66, sostiene que no se corresponde ni con el menos informado ni con el mejor informado y concluye que ese criterio, asentado para las cláusulas abusivas (*mBank* y AG en *Caixabank*), debería interpretarse igual para la Directiva 2005/29 (§ 42 AG EMILIOU). Es decir, vuelve a proponerse una interpretación transversal y homogénea del concepto de consumidor medio. Añade que la expresión “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, no busca “subir el listón” en cuanto a lo que cabe esperar de un consumidor típico en relación con una práctica comercial determinada, exigiéndole que sea, como mínimo, un individuo sistemáticamente racional, que adopta una actitud proactiva” y toma decisiones fundadas, sino que “esta expresión pretende más bien *garantizar que los tribunales y autoridades nacionales no adopten la perspectiva de un consumidor tan poco informado, atento y perspicaz que no sería razonable ni proporcionado protegerlo*” (§ 43). Acto seguido refuta la idea de que al contener la Directiva 2005/29 una disposición específica sobre la protección de grupos de consumidores “especialmente vulnerables”, eso signifique el consumidor medio es un individuo capaz de actuar racionalmente en cualquier circunstancia –es decir, una interpretación errada, sugerida por *Compass Banca* y favorable al predisponente que no se encuentra en la Directiva¹⁷⁵–, pues (§ 44):

“el hecho de que el legislador de la Unión haya querido conceder una mayor protección a los «grupos especialmente vulnerables» de consumidores no significa que no tuviera la intención de garantizar un nivel elevado de protección a los consumidores que no forman parte de esos grupos o los considerara personas invulnerables y perfectamente racionales en toda circunstancia”.

99. En tercer lugar, argumenta el AG que el objetivo de la Directiva 2005/29 era conseguir “un alto nivel de protección del consumidor” que no tendría sentido, ni se hubiera adoptado la Directiva si el legislador hubiera considerado que los consumidores son siempre capaces de actuar racionalmente (§ 45); la propia norma europea contiene términos que indican que los consumidores pueden ser manipulados por explotación de sus sesgos cognitivos (“ejercer presión”, “distorsionar de manera sustancial”, “inducir a error”, “indebida influencia”) (§ 46). Por todo ello, concluye (§ 49 y propuesta de respuesta nº 1 para el TJUE, énfasis aquí añadido) que:

¹⁷⁵ Como la que también referíamos (supra VI) al aplicar la noción de consumidor vulnerable del art. 3 TRLGDCU al contexto del control de transparencia en CÁMARA LAPUENTE, “Hacia el carácter abusivo directo...”, cit., pp. 31-32.

“el «consumidor medio», que la Directiva 2005/29 obliga a los tribunales y autoridades nacionales a utilizar como «referencia», *no es necesariamente un individuo racional* que adopta una actitud proactiva en la obtención de la información pertinente, procesa racionalmente la información que se le facilita y, por lo tanto, puede tomar decisiones con conocimiento de causa. Si bien, en determinadas situaciones, el «consumidor medio» puede ser un individuo de este tipo, *el concepto es suficientemente flexible para ser percibido, en otras situaciones, como una persona con una «racionalidad limitada» que actúa sin obtener toda la información pertinente o es incapaz de procesar racionalmente la información que se le facilita* (incluida la información que le presenta el comerciante)”.

VIII. Conclusión

100. El estándar del control objetivo de transparencia, independiente de los conocimientos, experiencia o profesión del consumidor, fundado en la noción del “consumidor medio” es preferible a las tesis subjetivistas que proponen el examen del consentimiento del concreto consumidor, tanto en procedimientos originados por acciones individuales como por acciones colectivas, mientras no se reforme el marco legal establecido en la Directiva 93/13¹⁷⁶. El fundamento del control de transparencia se encuentra, desde su inicial diseño judicial y así lo ha confirmado el TJUE, en la verificación de que se cumplen los deberes informativos por parte de los predisponentes, a la luz de lo que requeriría la comprensión de un consumidor medio en cada tipo de contrato y sector económico, y no en la evaluación del consentimiento del contratante concreto, lo cual tiene su cauce propio (y compatible) en los vicios del consentimiento consagrados en el Código civil.

101. La esmerada y prudente construcción de la “persona con conocimiento experto en ese tipo de contrato” creada por el Tribunal Supremo para evitar que, en ciertos casos muy extremos y acotados, algunas personas, como algunos empleados de banca o abogados especializados en cláusulas bancarias abusivas, puedan beneficiarse del control de transparencia no está en sintonía con la invariable jurisprudencia del TJUE, que con su defensa del estándar objetivo medio, establece que también esos supuestos merecen protección. Aunque el TS está empleando ese nuevo estándar de forma muy restrictiva y cautelosa, ante la posibilidad de que sea desautorizada por el TJUE existen otras vías que acaso podrían explorarse¹⁷⁷, como el abuso de derecho o el concepto de consumidor medio del grupo al que va dirigida la oferta, aunque no están exentas de problemas técnicos en su contraste con el Derecho de la UE.

102. El vigente estándar objetivo del consumidor medio, pendiente de confirmación por el TJUE en relación con complejos procesos colectivos relacionados con cláusulas abusivas como el que dio lugar al asunto C-450/22, no necesariamente tiene que mantenerse invariable en relación con un consumidor racional, proactivo y resolutivo en su propio beneficio sin influencia de probados sesgos cognitivos propios de la conducta humana, sino que cabe perfectamente integrar en ese consumidor medio de nuestros días, asiduamente manipulado por eficaces técnicas de mercadotecnia (como los patrones oscuros en las interfaces digitales de las empresas que ofrecen sus productos y servicios), unas vulnerabilidades tan extendidas en nuestra sociedad actual, que bien puede considerarse que integran ya el estándar del consumidor medio, siempre que ese nuevo estándar sea relacional y dinámico, adaptado al contexto, al tipo de contrato y al canal de contratación de cada supuesto o grupo de casos. Es decir, que junto con la oportunidad de emplear las posibilidades que ofrece el concepto del “consumidor medio de un grupo especialmente al que va dirigida la oferta” (siempre que ese concepto no se use para minar o rebajar la protección que la Directiva 93/13 dispensa al “consumidor medio” en materia de transparencia), es posible también, como propone el AG del asunto *Compass Banca*, considerar que el “consumidor medio” puede ser una persona con “racionalidad limitada” en algunas situaciones, especialmente según se le presente –de forma no transparente– la información necesaria para tomar su decisión de contratar. Sería

¹⁷⁶ La síntesis de los argumentos de apoyo que he ofrecido en estas páginas se encuentra en el apartado V.1, por lo que no se reproducen en esta sede conclusiva.

¹⁷⁷ *Supra*, IV.4.

una forma de incorporar la noción de vulnerabilidad al estándar del consumidor medio, pues no se trata de parámetros necesariamente comunicados, sin perjuicio de mantener la primera su ámbito de aplicación en situaciones más excepcionales, aunque cada vez más mencionadas y atendidas en el Derecho privado de la Unión Europea.

103. A la espera de las próximas e inminentes resoluciones del TJUE y del TS, por el momento el empleo del estándar del consumidor medio, en su diseño clásico o en su potencial variante de defensa ante ciertas vulnerabilidades y sesgos extendidos, aplicado también al control de transparencia de las cláusulas no negociadas, cuenta con la doble virtud de la seguridad jurídica y de alcanzar un equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los empresarios predisponentes.

Poliedricità della clausola d'eccezione

Versatility of the exception clause

CRISTINA CAMPIGLIO

*Professore ordinario di Diritto internazionale
Università degli studi di Pavia (Italia)*

Recibido: 18.05.2024 / Aceptado: 05.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8909

Riassunto: Lo studio è dedicato alla clausola d'eccezione, di cui i legislatori – nazionali o internazionali – si servono per introdurre flessibilità nel sistema di diritto internazionale privato, apprestando un correttivo della rigida localizzazione della fattispecie operata dalle norme di conflitto. Le origini della clausola d'eccezione si collocano in ambito contrattuale, al di fuori dello spazio giudiziario europeo (e più precisamente in Svizzera), dove fanno la loro prima apparizione nel 1980. La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali attinge dall'esperienza elvetica non solo il criterio della prestazione caratteristica ma anche, appunto, la clausola d'eccezione che consente di applicare una legge diversa da quella in principio applicabile quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese. La clausola figura oggi nei regolamenti sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali e contrattuali, alle successioni *mortis causa* e ai rapporti patrimoniali di coppia. Anche le Convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori (1996) e degli adulti (2005) prevedono una clausola d'eccezione, che si distingue da quella europea (che potremmo definire *proximity-focused*) per il fatto di essere dichiaratamente person-centered: la clausola, infatti, opera solo “nella misura in cui la protezione della persona o dei beni” del minore o dell'adulto lo richieda.

Parole chiave clausola d'eccezione, regolamenti europei, Convenzioni Aja protezione minori/adulti, collegamento più stretto, protezione del minore/adulto.

Abstract: The purpose of this study is to explore the exception clause, which national or international legislators use to introduce flexibility into the system of private international law, providing a corrective to the rigid localization of the case brought about by the conflict rules. The origins of the exception clause lie in the contractual field, outside the European judicial area (and precisely in Switzerland), where they made their first appearance in 1980. The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations draws from the Swiss experience not only the connecting factor (the characteristic performance of the contract) but also precisely the exception clause which allows the application of a law different from that in principle applicable when it appears from the overall circumstances that the contract has a closer connection with another country. The clause now appears in the regulations on the law applicable to non-contractual and contractual obligations, successions *mortis causa* and marital property relationships. The Hague Conventions on the protection of minors (1996) and adults (2005) also provide for an exception clause, which differs from the European one (which we could define as *proximity-focused*) due to the fact that it is declaredly person-centered: the clause, in fact, operates only “to the extent that the protection of the person or property” of the minor or adult requires it.

Keywords: exception clause, European regulations, Hague Conventions for the protection of child/adult, closer connection, protection of minors/adults.

Sumario: I. Introduzione. II. Le origini della clausola d'eccezione. III. La clausola d'eccezione nei regolamenti europei... IV. ... e nelle Convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori e degli adulti. V. Osservazioni conclusive.

I. Introduzione

1. Tra i tantissimi temi al cui studio - nella sua lunga carriera - il Prof. Alfonso-Luis Calvo Caravaca si è dedicato, figura anche la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 in materia di competenza, legge applicabile, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori.

In un contributo destinato a un volume collettaneo pubblicato nel 2012, il nostro Collega e amico analizza alcune questioni di metodo¹ segnalando, tra le altre, una delle disposizioni convenzionali sicuramente più interessanti. Affermato il ricorso alla *lex fori* da parte delle autorità nazionali competenti, al fine evidente di facilitare il compito del giudice nell'adottare un provvedimento destinato presumibilmente ad essere eseguito nel foro stesso (par. 1), l'art. 15 prevede che le autorità nazionali "nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda, ... possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame" (par. 2).

L'art. 15 par. 2 contiene una clausola d'eccezione che, secondo il nostro Collega, opera ove concorrano un elemento materiale (l'interesse superiore del minore) e un elemento spaziale (lo stretto legame della situazione con un certo Stato). Essendo – appunto – d'eccezione, la clausola deve essere interpretata restrittivamente² e – come suggerisce anche il Rapporto Lagarde³ – applicata nell'interesse superiore del minore.

2. Anche per ragioni affettive⁴, vorrei dedicare le mie riflessioni alle clausole d'eccezione per evidenziarne la versatilità, con particolare riguardo alle soluzioni accolte dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

II. Le origini della clausola d'eccezione

3. Con le clausole d'eccezione, i legislatori – nazionali o internazionali – introducono flessibilità nel sistema, apprestando un correttivo della rigida localizzazione della fattispecie operata dalle norme di conflitto⁵, cercando di garantire nel contempo un certo grado di prevedibilità (essendo necessario uno stretto nesso tra l'oggetto del contendere e l'ordinamento richiamato). Stante la loro genericità, da un lato, e la già ricordanza esigenza di interpretazione restrittiva, dall'altro, è particolarmente importante definire contorni e portata di tali clausole, ripercorrendone brevemente la storia.

Le origini della clausola d'eccezione si collocano in ambito contrattuale, al di fuori dello spazio giudiziario europeo. È infatti principalmente in Svizzera che, in assenza di disciplina normativa⁶, la giurisprudenza è arrivata a "costruire" la clausola. Per molto tempo il Tribunale federale svizzero ha applicato la legge dello Stato con cui il contratto presentava "la connessione spaziale più stretta", legge solitamente coincidente con quella del domicilio della parte tenuta alla prestazione caratteristica: prestazione successivamente tipizzata per le varie tipologie contrattuali (*Vertragstypenformel*) e fatta per lo più coincidere con la prestazione non pecuniaria. Una nota di flessibilità è stata successivamente introdotta nel sistema, in realtà già abbastanza elastico, in quelle situazioni in cui "i fatti del caso par-

¹ A. CALVO CARAVACA, "El Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 y la ley aplicable a la protección de los niños. Algunas cuestiones de método", in C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 433-457.

² A. CALVO CARAVACA, *op. cit.*, pp. 444-445.

³ Rapport explicatif de Paul Lagarde, La Haye, 1996, punto 89.

⁴ Il mio primo scritto giovanile è infatti dedicato proprio a questo tema: C. CAMPIGLIO, "L'esperienza svizzera in tema di clausola d'eccezione: l'art. 14 del progetto di riforma del diritto internazionale privato", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, pp. 47-88.

⁵ Così D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours general", *Recueil des cours*, 2000, vol. 287, pp. 9-426, a p. 253 ss.

⁶ L'allora vigente legge federale del 25 giugno 1891 sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti, infatti, non regolava i contratti.

ticolare (indicassero) la presenza tra il contratto ed un paese diverso di legami speciali, più stretti di quelli ordinari⁷⁷. Ma è solo all'inizio degli anni Ottanta che si inizia a parlare espressamente di clausola d'eccezione (*Ausweichklausel*)⁸.

4. Non è quindi un caso se il primo legislatore nazionale a prevederla, generalizzandola, sia stato quello elvetico. La legge di diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987, all'art. 15, sotto la rubrica "clausola d'eccezione", dispone infatti: "1. Il diritto richiamato dalla presente legge è, per eccezione, inapplicabile qualora dall'insieme delle circostanze risulti manifesto che la fattispecie gli è esigualmente connessa, ma più strettamente connessa con un altro. 2. La presente disposizione non si applica nel caso in cui il diritto applicabile sia stato scelto dalle parti".

I lavori del Consiglio federale svizzero che hanno portato alla legge del 1987 si sono svolti in parallelo a quelli avviati dalla Comunità europea per la codificazione delle norme di conflitto in materia contrattuale. Di qui la reciproca influenza, anche per quanto riguarda la clausola d'eccezione di cui troviamo traccia in due disposizioni (gli artt. 4 e 6) della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Stabilita, in assenza di scelta ad opera delle parti, l'applicazione della legge del paese col quale il contratto presenta il collegamento più stretto (par. 1), l'art. 4 della Convenzione fissa una serie di presunzioni a partire da quella incentrata sulla residenza abituale/amministrazione centrale della parte tenuta alla prestazione caratteristica (parr. 2-4), presunzioni che peraltro "vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese (par. 5). Per quanto concerne specificamente i contratti di lavoro, l'art. 6 richiama - in mancanza di *optio legis* - la *lex loci laboris* o la legge del luogo in cui ha sede il datore di lavoro "a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese (perché in tal caso) si applica la legge di quest'altro paese" (par. 2).

La Convenzione di Roma testimonia così — per riprendere le parole di Edoardo Vitta — la propria "origine composita" in quanto "(a)l criterio pan-europeo, se così può dirsi, della volontà delle parti, si affianca quello, d'origine svizzera (paese europeo, ma non comunitario) della prestazione caratteristica, nonché quello del collegamento più stretto, che si ricollega all'analogo criterio denominato negli Stati Uniti dei contatti più significativi (che, a sua volta, ha lontani precedenti europei)"⁹.

Il ricorso alla clausola d'eccezione non può essere giustificato da ragioni di mera opportunità ma presuppone un bilanciamento di fattori di diversa natura: oltre al già ricordato fattore spaziale (il collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato dalla norma di conflitto), occorre insomma valutare anche la prevedibilità delle soluzioni (le aspettative delle parti), l'armonia interna e internazionale, l'economicità del processo. Si tratta di un processo di *counting and weighing contacts*, tipico della cultura giuridica anglosassone, da attuare con un approccio empirico, caso per caso: una comparazione di tutte le rilevanti circostanze che connettono situazioni e leggi, alla luce di tutte le circostanze del caso, ivi comprese eventuali altre situazioni giuridiche collegate al caso. Non esistono contatti *a priori* rilevanti né una loro gerarchia, fermo restando che il contatto casuale ha ovviamente un peso minore del contatto obiettivo.

III. La clausola d'eccezione nei regolamenti europei ...

5. Nel diritto europeo la clausola compare nel 2007, in occasione dell'adozione del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile

⁷⁷ Sentenza 10 giugno 1952, in BGE 78 II, 190 ss., a 191

⁸ Cfr. C.E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Georg & Cie, Genève, 1983, p. 56; F. KNOEPFLER, "Utilité et danger d'une clause d'exception en droit international privé", in *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1982, p. 113 ss., spec. p. 118 ss.

⁹ E. VITTA, "Influenze americane nella Convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1983, pp. 261-278, a p. 275.

alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)¹⁰. Dopo aver stabilito come regola generale – in materia di obbligazioni derivanti da illecito - l'applicazione della legge del *locus damni* o della residenza abituale comune delle parti (parr. 1 e 2), l'art 4 prevede che “(s)e dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso”, come può essere il collegamento fondato “su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto”, si applica la legge di quest'altro paese (par. 3).

6. Quanto alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, nella proposta di regolamento presentata dalla Commissione del 2005¹¹ la clausola era stata espunta. Avendo, in nome della certezza del diritto, trasformato le presunzioni contenute nell'art. 4 parr. 2-4 della Convenzione di Roma in norme codificate, si è pensato infatti di sopprimere la clausola di eccezione (“poiché la chiave di volta dello strumento è la libertà di scelta, è opportuno che le norme applicabili in mancanza di scelta siano quanto più precise e prevedibili possibile, in modo che le parti siano in grado di decidere se esercitare o meno questa libertà”). Quello del collegamento più stretto è stato così relegato a criterio meramente residuale (art. 4 par. 4). L'espunzione della clausola è stata però oggetto di critiche in nome della flessibilità e della piena applicazione del principio del collegamento più stretto¹² e così oggi una “clausola di salvaguardia” (questa la denominata nel considerando 20) figura nell'art. 4 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)¹³. Al par. 3 si prevede che, “(s)e dal complesso delle circostanze del caso risulta *chiaramente* che il contratto presenta collegamenti *manifestamente* più stretti con un paese diverso” da quello a cui in principio il regolamento rimanda in mancanza di *optio legis* “si applica la legge di tale diverso paese”. La formulazione della norma lascia intendere la sua cogenza, nel senso che l'interprete gode di discrezionalità soltanto nella verifica dell'esistenza di collegamenti manifestamente più stretti con altra legge¹⁴: una volta compiuta la verifica, deve applicare d'ufficio la clausola (le parti possono invocarla, certo, ma non grava su di loro alcun onere)¹⁵.

A quella dell'art. 4 par. 3 (richiamato dall'art. 6 par. 3 per talune ipotesi relative a contratti conclusi da consumatori) si affiancano poi clausole specificamente dedicate ai contratti di trasporto (art. 5 par. 3) e di assicurazione (art. 7 par. 2 ult. frase), come pure ai contratti individuali di lavoro (art. 8 par. 4)¹⁶.

¹⁰ GUUE L 199 del 31 luglio 2007, p. 40.

¹¹ COM (2005) 650 def. *sub* Art. 4.

¹² Si veda il parere del Comitato europeo economico e sociale, in *Gazzetta Ufficiale Comunità Europea* n. C-318 del 23 dicembre 2006, p. 56 ss.; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, pp. 225-344, a p. 257 ss.; P. MANKOWSKI, “Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, pp. 101-113, a p. 104 ss.

¹³ GUUE L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

¹⁴ Secondo U. MAGNUS (“Art. 4”, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, pp. 263-441, a p. 323) è preferibile riferirsi al momento di conclusione del contratto più che al momento in cui opera l'interprete.

¹⁵ Cfr. P. RÉMY-CORLAY, “Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois”, *Revue critique de droit international privé*, 2003, pp. 37-76, a p. 45.

¹⁶ Nella Convenzione di Roma, ove le parti non avessero scelto la legge applicabile, il collegamento più stretto con altro paese valeva – ai sensi dell'art. 4 par. 5 - ad escludere le presunzioni di cui ai parr. 2-4 dello stesso art. 4: dal momento però che l'art. 4 già richiamava la legge dello Stato con cui il contratto presentava il collegamento più stretto, non si trattava di una vera e propria eccezione. Comunque, vale la pena di ricordare che - come si legge in Corte di Giustizia (Grande Sezione), 6 ottobre 2009, *ICF*, C133/08, punti 53 ss. [ECLI:EU:C:2009:617] - dalla Relazione Giuliano e Lagarde risulta che l'art. 4, n. 5, della Convenzione lasciava al giudice “un certo margine di discrezionalità quanto alla presenza, nella fattispecie, dell'insieme delle circostanze che giustificano la non applicazione delle presunzioni di cui ai paragrafi 2, 3 e 4” e che una siffatta disposizione costituiva “[l]’inevitabile contropartita di una norma di conflitto a carattere generale, destinata a trovare applicazione per quasi tutte le categorie di contratti”. L'art. 4, n. 5, della Convenzione aveva lo scopo di controbilanciare il regime delle presunzioni risultante dallo stesso articolo, conciliando le esigenze di certezza del diritto, cui rispondevano i nn. 24, con la necessità di prevedere una certa flessibilità nella determinazione della legge che presentasse effettivamente il collegamento più stretto con il contratto in questione. Infatti, dato che lo scopo principale dell'art. 4 della Convenzione consisteva nel far applicare al contratto la legge del paese più strettamente collegato, il n. 5 doveva essere interpretato nel senso di consentire al giudice adito di applicare, in ciascuna fattispecie, il criterio che permettesse di determinare l'esistenza di tale collegamento più stretto, disapplicando le presunzioni ove esse non designassero il paese con il quale il contratto presentava concretamente il legame

7. Il 2021 segna l'approdo della clausola d'eccezione in una materia diversa da quella delle obbligazioni. La clausola compare infatti nel regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo¹⁷, che vi introduce però un elemento di novità. A differenza delle precedenti clausole, in cui decisivo era l'elemento *oggettivo* (il fatto illecito, il contratto), ai fini dell'art. 21 par. 2 del regolamento dirimente è l'elemento *soggettivo*: viene infatti dato rilievo allo Stato con cui il defunto (e non la successione) ha un collegamento manifestamente più stretto¹⁸.

8. Decisamente atipica è infine l'ultima nata nel mondo europeo delle clausole d'eccezione. Si tratta della clausola contenuta nei regolamenti (UE) 2016/1103 e 1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attuano la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e, rispettivamente, di effetti patrimoniali delle unioni registrate¹⁹. L'art. 26 par. 3 del regolamento n. 1103 (a cui, anche se con alcune differenze, corrisponde l'art. 26 par. 2 del regolamento n. 1104) così recita: "In via di eccezione e su richiesta di uno dei coniugi, l'autorità giurisdizionale competente a decidere su questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi può decidere che la legge di uno Stato diverso da quello la cui legge è applicabile ai sensi del paragrafo 1, lettera a), disciplini il regime patrimoniale tra coniugi se l'istante dimostra che: a) i coniugi hanno avuto l'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato per un periodo significativamente più lungo di quello di residenza abituale comune nello Stato designato al paragrafo 1, lettera a); b) entrambi i coniugi hanno fatto affidamento sulla legge di tale altro Stato nell'organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali. La legge di tale altro Stato si applica dalla conclusione del matrimonio, salvo disaccordo di uno dei coniugi. In quest'ultimo caso, la legge di tale altro Stato ha effetto a decorrere dallo stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato. L'applicazione della legge dell'altro Stato non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge applicabile ai sensi del paragrafo 1, lettera a). Il presente paragrafo non si applica se i coniugi hanno concluso una convenzione matrimoniale prima della data di stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato".

Si tratta evidentemente di una clausola d'eccezione *sui generis*. Introdotta solo in un secondo tempo (non figurava infatti nella proposta della Commissione)²⁰, è caratterizzata da una formulazione decisamente più articolata di quella tradizionale. Limitandoci all'essenziale²¹, una prima peculiarità consiste nel fatto che la clausola è applicabile esclusivamente "su richiesta di uno dei coniugi/partner": dal canto suo il giudice (che non può applicarla d'ufficio) gode di discrezionalità, nel senso che non è obbligato a discostarsi dalla legge in principio applicabile ("l'autorità giudiziaria competente a decidere ... può decidere che la legge di uno Stato diverso..."). La seconda peculiarità riguarda l'ambito di applicazione della clausola, che è limitato all'ipotesi di coniugi che, dopo la celebrazione delle nozze, abbiano avuto una residenza abituale comune (ipotesi contemplata dal par. 1 lett. a). La clausola mette

più stretto. Una clausola d'eccezione compariva invece nella Convenzione di Roma del 1980 in relazione al contratto di lavoro (art. 6, par. 2, ultima frase, su cui v. Corte di Giustizia, 12 settembre 2013, *Schlecker*, C64/12, [ECLI:EU:C:2013:551]): per una recente applicazione da parte della Cassazione francese v. P. CORLAY, "Le contrôle de l'application de la clause d'exception par la Cour de cassation", *Revue critique de droit international privé*, 2020, pp. 159-164.

¹⁷ GUUE L 201 del 27 luglio 2012, p. 107.

¹⁸ "Se, in via eccezionale, dal complesso delle circostanze del caso concreto risulta chiaramente che, al momento della morte, il defunto aveva collegamenti manifestamente più stretti con uno Stato diverso da quello la cui legge sarebbe applicabile ai sensi del paragrafo 1, la legge applicabile alla successione è la legge di tale altro Stato".

¹⁹ GUUE L 183 del 8 luglio 2016, p. 1 e rispettivamente p. 30.

²⁰ COM (2011) 126 final.

²¹ Per un'analisi più accurata e ulteriori riferimenti bibliografici v. S. MARINO, "I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea", Milano, 2019, pp. 186-193; D. MARTINY, "Art. 26. Applicable law in the absence of choice by the parties", in I. VIARENGO, P. FRANZINA (Eds), *The EU Regulations on the property regimes of international couples. A Commentary*, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2020, pp. 241-259, a p. 256 ss.; e A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, n. 2, pp. 10-109, a p. 105 ss.

insomma fuori gioco solo la legge dello Stato di prima residenza abituale comune dei coniugi, e non quella dello Stato di cittadinanza comune (par. 1 lett. b) né quella dello Stato “con cui i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto al momento della conclusione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze” (par. 1 lett. c)²². È infine richiesta la sussistenza di due requisiti sostanziali. Il primo, di natura temporale, è rappresentato dall'ultima residenza abituale comune dei coniugi nell'*altro* Stato “per un periodo significativamente più lungo di quello di residenza abituale comune nello Stato” la cui legge sarebbe altrimenti applicabile (Stato di prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio: par. 1 lett. a). Il secondo requisito è l'aspettativa delle parti di veder applicata la legge dell'*altro* Stato (sulla quale “hanno fatto affidamento”): di qui la inapplicabilità della clausola ai rapporti patrimoniali convenzionalmente regolati dai coniugi prima di trasferirsi nello Stato di ultima residenza abituale.

IV. ... e nelle Convenzioni dell'Aja sulla protezione dei minori e degli adulti

9. Già prima di approdare a Bruxelles, la clausola d'eccezione era però arrivata all'Aja. Risale infatti al 1994 l'avvio dei lavori di revisione della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori. Riguardo alla legge applicabile, viene prospettato l'inserimento di una clausola d'eccezione “based not on the principle of proximity (the closest connection), but on the best interests of the child”²³. Questa clausola figura nel già ricordato (*supra* par. 1) art. 15 par. 2 che consente alle autorità nazionali “nella misura in cui la protezione della persona o dei beni del minore lo richieda ... (di) eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato col quale la situazione presenti uno stretto legame”. Prevedendo che le autorità adite “*possono* eccezionalmente” applicare una legge diversa da quella altrimenti applicabile, la Convenzione configura quella d'eccezione come clausola facoltativa (a differenza, ad esempio, dal regolamento Roma I, art. 4 par. 3).

10. Già da una prima lettura, due elementi balzano all'occhio.

Il primo è senz'altro la ponderazione di interessi materiali più che internazionalprivatistici: decisivo, infatti, non è tanto la prossimità con un ordinamento diverso da quello in principio competente (la nozione di collegamento più stretto, del resto, è stata da taluni criticata per la sua vaghezza²⁴), quanto piuttosto l'esigenza di proteggere il minore, nella sua persona o nei suoi beni²⁵. Il Rapporto Lagarde riporta l'esempio della richiesta di autorizzazione alle autorità dello Stato di residenza abituale del minore per la vendita di un bene ubicato in altro Stato: ancorché la *lex fori* consentisse la vendita senza necessità di autorizzazione, questa dovrebbe essere concessa - nell'interesse del minore - ove la *lex rei sitae*, al contrario, la richiedesse.

Potremmo dire di essere in presenza di una clausola d'eccezione “funzionale”, *child-centered*. Non va dimenticato, d'altronde, che pochi anni prima il *best interest of the child* era assunto a principio informatore di tutte le decisioni riguardanti i minori (il riferimento è naturalmente all'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989)²⁶. Ma, vale la pena di sottolinearlo, la Conven-

²² Per una critica, soprattutto in merito all'esclusione dell'ipotesi di cui al par. 1 (b), v. F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola d'eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, pp. 356-371, a p. 370 s.

²³ Art. 11 par. 2: v. SPECIAL COMMISSION, “Report”, in *Hague Conference on private international law, Proceedings of the Eighteenth Session, 30 September to 19 October 1996*, Tome II, Protection of Children, 1998, p. 171

²⁴ F.-K. JUENGER, “Parteiautonomie und objective Anknüpfung in EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1982, pp. 57-83, p. 72 (“non rule”).

²⁵ Si veda *supra* nota 3.

²⁶ “1. In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”.

zione dell'Aja non sovrastima l'eventuale stretto legame del *minore* con uno Stato diverso da quello del foro²⁷, valorizzando piuttosto lo stretto legame della *situazione* con altro Stato: dirimente dunque è, come da tradizione, l'elemento *oggettivo*. La valutazione al riguardo va ragionevolmente riferita al momento in cui opera l'interprete e non già al momento in cui la situazione è sorta²⁸.

11. Il secondo dato distintivo è la previsione, oltre che del ricorso a una legge diversa da quella in principio applicabile, della sua mera "presa in considerazione". L'espressione ("prendere in considerazione") è stata probabilmente ripresa dalla legge svizzera sopra richiamata, dove è utilizzata a proposito delle norme di applicazione necessaria di uno Stato terzo (diverso cioè sia da quello del foro che da quello la cui legge è chiamata a disciplinare la questione)²⁹. Certo, la vaghezza dell'espressione non incentiva l'utilizzo di questa opzione, che tra l'altro si presta ad arbitrarie operazioni interpretative e manipolative.

Al di là del dato testuale, l'originalità della soluzione sta – a mio avviso – innanzi tutto nel contesto in cui è inserita: molto prima del legislatore europeo (2012), infatti, la Conferenza dell'Aja impiega la clausola d'eccezione nel delicato ambito del diritto delle persone e della famiglia. È questa una scelta che sarebbe stata confermata pochi anni dopo in materia di protezione internazionale degli adulti. L'art. 13 par. 2 della Convenzione del 13 gennaio 2000 (incorporata nella recente proposta di regolamento UE sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di protezione degli adulti) prevede infatti che "qualora la protezione della persona o dei beni dell'adulto lo richieda" le autorità nazionali "possono eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato con il quale la situazione presenti uno stretto legame."

12. L'art. 15, par. 2 della Convenzione del 1996 (al pari dell'art. 13 par. 2 della Convenzione del 2000) si configura in definitiva come una clausola d'eccezione "aperta"³⁰, "porosa"³¹, che introduce flessibilità attraverso l'applicazione/presa in considerazione in particolare della legge nazionale del soggetto che si vuole tutelare³². La *ratio* è introdurre un correttivo compensativo all'appiattimento sulla *lex fori* in situazioni connesse ad altri ordinamenti. Ricordando che, stante la sua eccezionalità, la dis-

²⁷ Come si legge nel Manuale pratico relativo al funzionamento della Convenzione dell'Aja (punto 13.94) "lo Stato contraente che esercita la competenza può eccezionalmente applicare o prendere in considerazione la legge di un altro Stato con il quale *la situazione* presenti uno stretto legame": la situazione, appunto, e non il minore.

²⁸ V., d'altra parte, *supra* nota 14.

²⁹ Si tratta dell'art. 19 della legge 18 dicembre 1987 che nella versione francese così recita: "1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. 2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit". Utilizza invece, sempre a proposito delle norme imperative di uno Stato terzo, l'espressione "dare efficacia" (*donner effet*) l'art. 7, par. 1 Conv. Roma. La medesima espressione compare nell'art. 9 par. 3 Roma I con riferimento alle "norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto". Tale disposizione, secondo la Corte di Giustizia (grande sezione), 18 ottobre 2016, *Nikiforidis*, C135/15 [ECLI:EU:C:2016:774], deve essere interpretata nel senso che "essa esclude che norme di applicazione necessaria diverse da quelle dello Stato del foro, o dello Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, possano essere applicate, in quanto norme giuridiche, dal giudice del foro, ma non osta a che quest'ultimo prenda in considerazione siffatte altre norme di applicazione necessaria in quanto elementi di fatto nei limiti in cui ciò è previsto dal diritto nazionale applicabile al contratto in forza delle disposizioni di tale regolamento". In materia di legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, l'art. 17 Roma II allude invece all'obbligo di tenere conto (*tenir compte*) delle norme di sicurezza e di condotta del *locus delicti*, ma solo "quale dato di fatto e ove opportuno".

³⁰ R. HAUSMANN, *Internationales und Europäisches Familienrecht*, 2 ed., C.H. Beck, München, 2018, punto 629, parla di "offen formulierte Ausweichklausel".

³¹ "schwammige Ausweichklausel": così KEGEL, SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9 ed., C.H. Beck, München, 2004, § 20 XI. 5. b), p. 940.

³² Vale la pena ricordare che, in base alla vecchia Convenzione dell'Aja del 1961, la legge nazionale del minore era chiamata a regolare il riconoscimento dei rapporti di pieno diritto, tra genitori e figli. Così, tra altri, K. SIEHR, *Internationales Privatrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2001, par. 44, I.4.

posizione in esame va evidentemente applicata dopo attenta valutazione caso per caso circa l'esistenza dello stretto legame con uno Stato³³.

Nonostante sia in vigore da oltre vent'anni (e precisamente dal 1° gennaio 2002) questa clausola è stata assai poco sfruttata.

Tra i pochi noti, si segnalano due casi tedeschi³⁴ in cui il giudice si è cimentato in un'operazione di "presa in considerazione" della legge polacca allo scopo di "adattarvi" la *lex fori*, attraverso un'operazione di coordinamento delle due discipline. Risultato di questo adattamento è, con tutta evidenza, una disciplina artefatta (frutto della manipolazione della legge locale) e discriminatoria rispetto alle situazioni interne allo Stato del foro. In entrambi i casi, si trattava di controversie di natura patrimoniale in ambito successorio, dove d'altronde lo stesso legislatore UE ha espressamente previsto una forma di adattamento (art. 31 reg. CE n. 650/2012)³⁵.

Certamente più difficile è procedere all'adattamento ove si tratti di questioni squisitamente familiari come il diritto di visita. Così, in una decisione recente riguardante il diritto di visita di una cittadina italiana in relazione alla figlia della ex compagna tedesca (nata in Germania nell'ambito di un progetto genitoriale da quest'ultima condiviso con la ex moglie tedesca, madre adottiva)³⁶, il Tribunale di Milano ha utilizzato l'art. 15 par. 2 della Convenzione per richiamare la legge tedesca (anziché adattarvi la *lex fori* italiana) ritenendo "opportuno applicare alla protezione di minori stranieri la loro legge nazionale se risulta che tali minori faranno a breve rientro nel loro paese d'origine", soprattutto per evitare l'adozione di una misura di protezione che non potrà ottenere esecuzione in quel paese. Decisivo risulta essere stato "il del tutto provvisorio radicamento della bambina in Italia ... coincidente con la cessazione del rapporto sentimentale tra la madre biologica e la partner/asserita madre sociale"³⁷. Ma, al di là dei possibili inconvenienti derivanti dall'impiego della legge italiana, sono stati valutati "gli effetti maggiormente positivi per la tutela della persona del minore che discendono dalla applicazione della legge dell'altro Stato" (Germania), che consente di concedere giudizialmente a persona strettamente legata al minore (*enge Bezugsperson des Kindes*) un diritto di visita (*Umgang*) in presenza di comprovato rapporto socio-familiare ed effettiva responsabilità (art. 1685, par. 2 BGB). Nell'ordinamento italiano, al contrario, in caso di dissidi familiari, il figlio ha diritto di "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" solo "con ciascuno dei genitori" (art. 337-ter cod.civ.): né – sottolinea il Tribunale – è possibile fornire di detta disposizione un'interpretazione costituzionalmente orientata, tale da includere nell'area di protezione la relazione tra minore e genitore sociale³⁸.

³³ Così il "Manuale pratico" della Convenzione (punto 13.95): "Il fatto che un minore, o una situazione, presenti uno "stretto legame" con uno Stato deve essere valutato caso per caso. Esempi di Stati con i quali il minore può presentare uno "stretto legame" sono: lo Stato di precedente residenza abituale del minore, lo Stato nel quale vivono i familiari del minore che sono disposti a farsene carico, in caso di separazione dei genitori lo Stato nel quale vive il genitore al quale sono conferiti i diritti di visita/contatto, o lo Stato nel quale vivono altri parenti del minore che quest'ultimo visita regolarmente".

³⁴ OLG Koblenz, 19 marzo 2018, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2019, pp. 539-540; OLG Hamm, 4 maggio 2020, in *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2022, pp. 642-643, con commento di C. BENICKE, N. SUCHOCKI, *Die Genehmigung bder Erbausschlagung durch deutsche Gerichte bei polnischen Erbfällen*, pp. 603-611 (il caso riguardava la restituzione di un'eredità in Polonia da parte di un minore residente in Germania).

³⁵ "Se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile alla successione e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti."

³⁶ Trib. Milano, 6 luglio 2023, decr., con commento di C. CAMPIGLIO, "Il riconoscimento del diritto di visita della terza madre di minore straniera: applicazione di una clausola "d'eccezione" per un caso eccezionale", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2023, pp. 1319-1333.

³⁷ Non può pertanto essere accolta la contestazione della madre biologica che produce due pareri *pro veritate*, secondo cui la clausola d'eccezione convenzionale opera non tanto in presenza di legami più intensi del caso con una legge diversa dalla *lex fori* quanto in presenza di un legame tra il caso e il paese in cui la misura richiesta al giudice è destinata a trovare attuazione. La legge tedesca, in altre parole, andrebbe applicata solo dopo aver accertato che l'applicazione della *lex fori* produrrebbe inconvenienti evitabili ove si applicasse una legge diversa (quella tedesca, nel caso di specie).

³⁸ Quest'ultimo potrebbe solo sollecitare un ricorso del Pubblico Ministero nei confronti del genitore biologico per comportamento pregiudizievole al figlio ex art. 333 cod. civ., con possibile intervento dei servizi sociali: risultato "nocivo" per il minore e di difficile attuazione in Germania.

V. Osservazioni conclusive

13. Sorta nell'ambito delle obbligazioni, la clausola d'eccezione ha progressivamente trovato spazio a livello internazionale anche in materia di diritto delle persone, della famiglia e delle successioni. Ma mentre la Comunità/Unione europea ha continuato a vedervi uno strumento di localizzazione spaziale per così dire *proximity-focused*, la Conferenza dell'Aja ha caricato la clausola di una valenza materiale, a tutela della parte debole del rapporto da regolare. Questo approccio, che possiamo definire *person-centered*, trova d'altronde giustificazione in ragione della materia trattata (la protezione, appunto, dei minori o degli adulti vulnerabili).

In ogni caso, la clausola d'eccezione implica l'esercizio di un'ampia discrezionalità da parte dell'interprete, ponendo di conseguenza a rischio prevedibilità delle soluzioni e certezza del diritto³⁹. Sono richiesti sensibilità ed equilibrio, nell'esercizio di un'attività creativa volta a contemperare giustizia internazionalprivatistica (ricerca dell'ordinamento astrattamente più adatto a disciplinare la fattispecie) e giustizia materiale (ricerca della soluzione concretamente migliore).

Anche alla luce di questi sviluppi, possiamo dire che non è un caso se la clausola d'eccezione è nata in Svizzera, dove il codice civile (art. 1, par. 2) consente al giudice di decidere "secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore".

³⁹ Di ciò il legislatore belga ha voluto dare conto, nel codice di diritto internazionale privato del 2004, di cui si riporta l'art. 19: "§ 1er. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l'application de l'alinéa 1er, il est tenu compte notamment : - du besoin de prévisibilité du droit applicable, et - de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement. § 2. Le § 1er n'est pas applicable en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci". Da segnalare è la mancata previsione di una clausola d'eccezione del progetto di codice di diritto internazionale privato francese pubblicato nel 2022.

Reflexiones sobre el certificado de nacimiento a propósito de los casos *Pancharevo y Rzecznik*

Reflections on the birth certificate in relation to the Pancharevo and Rzecznik cases

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ*

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9737-5316

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 21.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8911

Resumen: En los casos Pancharevo y Rzecznik se plantea un problema a propósito del certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas con respecto a sendas menores, hijas de parejas del mismo sexo, nacidas en nuestro país. Las consideraciones que realiza el TJUE en relación con la expedición de un nuevo certificado de nacimiento o su inscripción en el Estado miembro del que son nacionales las madres y los problemas asociados a la libertad de circulación y residencia, son objeto de análisis en este trabajo desde la perspectiva española. También se plantean las novedades que en relación con estas cuestiones puede aportar la propuesta de reglamento sobre filiación.

Palabras clave: certificado de nacimiento, libertad de circulación y residencia, registro civil, reglamento sobre filiación.

Abstract: In the Pancharevo and Rzecznik cases, a problem arises regarding the birth certificate issued by the Spanish authorities with respect to minors, daughters of same-sex couples, born in our country. The considerations made by the CJEU in relation to the issuance of a new birth certificate or its registration in the Member State of which the mothers are nationals and the problems associated with the freedom of movement and residence, are analyzed in this work from the Spanish perspective. The novelties that the proposal for a regulation on parenthood may bring in relation to these issues are also raised.

Keywords: birth certificate, freedom of movement and residence, civil registry, regulation on parenthood.

Sumario: I. Introducción. II. El certificado de nacimiento en los casos Pancharevo y Rzecznik. 1. La Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C 490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”. 2. El Auto del TJUE de 24 de junio de 2022, C-2/21, Rzecznik Praw Obywatelskich. II. El certificado de nacimiento en relación con el ejercicio de la libertad de circulación y residencia. III. El certificado de nacimiento y su inscripción en el Registro Civil. 1. Presentación del marco normativo. 2. Los requisitos de traducción y legalización. 3. Los requisitos específicamente exigidos en relación con la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros. IV. Presentación de las novedades que aporta la propuesta de reglamento sobre filiación. V. Conclusiones.

*El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación *Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración* [ref. PID2020-113444RB-I00], financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

I. Introducción

1. El TJUE está teniendo un protagonismo importante en relación con cuestiones vinculadas al estatuto personal, que no han sido objeto de armonización o unificación a nivel europeo: a las decisiones sobre el nombre de las personas físicas, le han seguido otras sobre temas más delicados, por las fuertes divergencias que muestran los Estados miembros, como son el matrimonio entre personas del mismo sexo o la filiación con respecto a parejas del mismo sexo o, la que se espera próximamente, sobre cambio de sexo. El derecho a la libertad de circulación y residencia, del que gozan todos los ciudadanos europeos, ha llevado al TJUE a tener que realizar en sus decisiones un difícil equilibrio entre este derecho y el respeto a la identidad de los Estados miembros, como tendremos oportunidad de comprobar en las líneas que siguen.

2. En el ámbito de la filiación, la Comisión Europea ha pretendido dar un paso más allá, con la presentación, como veremos, de una propuesta de reglamento con la que se pretende ofrecer una solución que supere la limitada respuesta del TJUE, vinculada a la libertad de circulación y residencia. Esta Propuesta también surge en un contexto donde el método de reconocimiento de situaciones jurídicas constituidas en el extranjero, sin el control de su validez y eficacia a través de las normas de conflicto del foro, sigue sin ser plenamente aceptado.

3. Se trata de cuestiones muy vivas, donde se entremezclan las decisiones del TJUE, la propuesta de la Comisión y los planteamientos doctrinales. Sirvan las reflexiones que siguen como agradecimiento y reconocimiento al Profesor Calvo Caravaca por su magisterio, pues sus trabajos siempre han sido un faro por el que guiarnos en el complejo mundo del Derecho internacional privado.

II. El certificado de nacimiento en los casos Pancharevo y Rzeznik

1. La Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”

4. La Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”¹, se refiere a un litigio que surge a propósito de la negativa del Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo” (municipio de Sofía, Distrito de Pancharevo, Bulgaria) a expedir un certificado de nacimiento a la hija de V. M. A. y su esposa. Vamos a presentar a continuación brevemente los hechos, dado que se trata de un caso ya muy conocido²:

¹ ECLI:EU:C:2021:1008.

² Para un análisis de esta Sentencia, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 1 de abril de 2022, pp. 1 y ss.; L. BRACKEN, “Recognition of LGBTIQ+ parent families across European borders”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, Vol. 29 (3), pp. 399 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea. El caso de la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, Pancharevo”, *Accursio DIP blog*, <http://accursio.com/blog/?p=1450>; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, Pancharevo”, *Crónica de Derecho internacional privado*, *REEI*, nº 43, 2022, pp. 8 y ss.; N. GOÑI URRIZA, “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pancharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.”, *CDT*, 2023, Vol. 15, nº 1, pp. 970 y ss.; M. GRASSI, “Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all’interno dell’Unione Europea”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, nº 3, pp. 591-609; J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens – Brief comments on the CJEU’s Pancharevo Judgment”, *EAPIL*, 3 febrero 2022, <https://eapil.org/>; L.A. PÉREZ MARTÍN, “¿Y si el TJUE hubiese reconocido la homoparentalidad? Hipótesis, retos, problemas y oportunidades”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, P. DIAGO DIAGO, M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (dirs.), *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 301 y ss.; N. RUSINOVA, “Recognition and registration of same-sex parentage established abroad as mission impossible for the Bulgarian authorities”, *EAPIL*, 14 abril 2021, <https://eapil.org/>; M.J. SÁNCHEZ CANO, “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos

5. V. M. A., nacional búlgara, y su esposa K. D. K., nacional del Reino Unido, residían en España, donde tuvieron una hija, S. D. K. A. En el certificado de nacimiento, expedido por las autoridades españolas, constaba V. M. A. como “madre A” y “K. D. K.” como “madre”. Cuando V. M. A. solicitó en el municipio de Sofía que se expidiera a S. D. K. A. un certificado de nacimiento, dado que era necesario para obtener un documento de identidad búlgaro, acompañando a su solicitud de una traducción jurada del certificado de nacimiento de la menor expedido por las autoridades españolas, se le requirió para que presentase, en un plazo de siete días, pruebas de filiación de S.D. K. A., relativas a la identidad de su madre biológica. Al no aportarse, el municipio de Sofía se negó a expedir el certificado de nacimiento, basándose en la falta de información sobre la identidad de la madre biológica, así como en el hecho de que la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitoras de sexo femenino era contrario al orden público de Bulgaria. V.M.A. interpuso un recurso ante el Administrativen sad Sofia-grad (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Sofía, Bulgaria), que decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE pues, por una parte, estaba el derecho de la menor a la vida privada y a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 21 TFUE), pero por otra, también se planteaba el respeto a la identidad nacional búlgara (art. 4.2 TUE).

6. La Sentencia del TJUE partió de que S.D.K.A. tenía por nacimiento la nacionalidad búlgara, conforme a las apreciaciones realizadas por el órgano jurisdiccional remitente (pár. 39), aunque se expresaron dudas a este respecto. De hecho, debemos señalar que en la solución final del caso por parte de los tribunales de Bulgaria, tras la Sentencia del TJUE, se afirmó que la menor no tenía la nacionalidad de este país³. Pero vamos a seguir exponiendo el razonamiento del TJUE, tal como se recoge en la Sentencia, a efectos del análisis que desarrollaremos en los epígrafes posteriores.

7. El TJUE señaló que estábamos ante una persona que gozaba del estatuto de ciudadana de la Unión (párrs. 40-41). La menor S.D. K. A. podía invocar por tanto el derecho a la libertad de circulación y residencia que contempla el art. 21 TFUE, pues esta disposición, según se señala en la Sentencia, también se aplica a los ciudadanos de la Unión nacidos en el Estado miembro de acogida de sus progenitores (pár. 42). Y dado que el art. 4.3 de la Directiva 2004/38/CE⁴ obliga a los Estados miembros a expedir a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o pasaporte en el que conste su nacionalidad para que puedan ejercer su derecho a la libertad de circulación y residencia (pár. 43), el TJUE concluyó que las autoridades búlgaras estaban obligadas a hacerlo, haciendo constar los apellidos tal como figuraban en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas (pár. 44), sin supeditarlos a la expedición de un nuevo certificado de nacimiento en Bulgaria. Tal como se deduce de las Conclusiones de la Abogada General Sra. J. KOKOTT, la expedición de un certificado de nacimiento crearía obligaciones para Bulgaria en el ámbito del Derecho de familia, que es una materia sensible, caracterizada por una diversidad de concepciones y valores en los Estados miembros y en las sociedades que los componen. En este ámbito, señala la Abogada General, la definición en sentido jurídico de qué es una familia y de los miembros que la integran puede formar parte de la identidad nacional de un Estado miembro (párrs. 77-79), a diferencia del reconocimiento de los vínculos de parentesco al

modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo”, *CDT*, 2022, Vol. 14, nº 2, pp. 1223 y ss.; A. TRYFONIDOU, “The cross border recognition of the parent-child relationship in rainbow families under EU Law: a critical view of the ECJ’s V.M.A. ruling”, *European Law Blog*, 2021.

³ El tribunal búlgaro apuntó que la menor podía tener nacionalidad española en base al art. 17.1.c) CC, citando el párrafo 53 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. J. KOKOTT, donde se recoge que el Gobierno español confirmó en la vista que, en el supuesto de que la menor no pudiera obtener la nacionalidad búlgara, ni la del Reino Unido, podría reivindicar la nacionalidad española. Una traducción al inglés de la decisión del tribunal búlgaro (Decisión nº 2185, de 1 de marzo de 2023), puede encontrarse en H. LUKU, “The Supreme Administrative Court of Bulgaria’s final decisión in the Pancharevo case: Bulgaria is not obliged to issue identity documents for baby S.D.K.A. as she is not Bulgarian (but presumably Spanish)”, Post May 22, 2023, <https://conflictoflaws.net>

⁴ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) Nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DOUE núm. L 158, de 30 de abril de 2004.

objeto, únicamente, del ejercicio de los derechos resultantes de un acto de Derecho derivado, como es la Directiva 2004/38/CE (pár. 110)⁵.

8. El TJUE prosiguió señalando que el documento de identidad o pasaporte, por sí solo o en combinación con otros, como podía ser un documento expedido por el Estado miembro de acogida de la menor, debía permitir a la menor S. D. K. A. ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros con cada una de sus dos madres (pár. 46). Y en cuanto a cómo debía ser el documento adicional que acompañara al documento de identidad o pasaporte, el TJUE se refirió a la necesidad de que las dos progenitoras aparecieran mencionadas y habilitadas para viajar con la menor, añadiendo que podían ser las autoridades del Estado miembro de acogida las mejor situadas para expedir este documento y que podía ser incluso el certificado de nacimiento (pár. 50).

9. En TJUE añadió, siguiendo la estela del caso Coman⁶, que la obligación de un Estado miembro de expedir un documento de identidad o pasaporte a una menor nacional de ese Estado miembro, en cuyo certificado de nacimiento se designa como progenitoras a dos personas de sexo femenino, y de reconocer el vínculo de filiación entre la menor y cada una de esas dos personas a efectos de que pueda ejercer los derechos derivados del art. 21 TFUE, no vulneraba la identidad nacional búlgara (art. 4.2 TUE), ni amenazaba el orden público de este país (pár. 56). En palabras de J. MEEUSEN, el TJUE ofreció una respuesta funcional, para asegurar el derecho a la libertad de circulación y residencia, pero sin obligar a Bulgaria a reconocer la homoparentalidad más allá de lo necesario⁷.

10. En el caso Pancharevo también se planteó la posibilidad de que la menor S.D.K.A. no tuviese la nacionalidad búlgara, que, como ya hemos visto, fue la opción por la que se decantaron finalmente los tribunales de Bulgaria. En palabras del TJUE, se trataría en esta hipótesis de una menor cuya condición de ciudadana de la Unión no estaría acreditada, pero que al disponer de un certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes de un Estado miembro, en el que se designa como progenitoras a dos personas del mismo sexo, una de las cuales es ciudadana de la Unión, debería ser considerada por el conjunto de los Estados miembros como descendiente directo en el sentido de la Directiva 2004/38/CE, a efectos de ejercer los derechos conferidos por el art. 21.1 TFUE y actos de derecho derivado correspondientes (pár. 68).

2. El Auto del TJUE de 24 de junio de 2022, C-2/21, Rzecznik Praw Obywatelskich

11. Con posterioridad, el TJUE tuvo que enfrentarse a un caso muy similar en el Auto de 24 de junio de 2022, C-2/21, Rzecznik Praw Obywatelskich⁸. Se trataba de dos mujeres, K.S. y S.V.D., de nacionalidad polaca e irlandesa respectivamente, que también habían tenido una hija en España, S.R.S.-D., que fue inscrita en el Registro Civil español. Cuando solicitaron la inscripción del certificado de nacimiento en Polonia, se les denegó por ser contrario a los principios fundamentales del ordenamiento

⁵ Conclusiones de la Abogada General Sra. J. KOKOTT, presentadas el 15 de abril de 2021, C490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo» (ECLI:EU:C:2021:296).

⁶ Como es bien sabido, la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, C 673/16, Coman y otros (ECLI:EU:C:2018:385), se refirió al matrimonio de personas del mismo sexo. Para un análisis de esta Sentencia, vid. E. BRIBOSA, I. RORIVE, “L’arrêt Coman: quand la Cour de Justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel”, *Journal de droit européen*, 2018, pp. 344 y ss.; J.Y. CARLIER, “Vers un ordre public européen des droits fondamentaux. L’exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sex dans l’arrêt Coman”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2019, pp. 203 y ss.; P. FARAGUNA, “L’amore vince (e l’identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di Giustizia”, *Quaderni costituzionali*, 2018/3, pp. 711 y ss.; D.V. KOCHENOV Y U. BELAVUSAU, “After the celebration: marriage equality in EU law post-Coman in eight questions and some further thoughts”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, Vol. 27 (5), pp. 549 y ss.; M.D. ORTIZ VIDAL, “El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 62, 2020, pp. 127 y ss.

⁷ J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens – Brief comments”, op. cit.

⁸ ECLI:EU:C:2022:502

jurídico de este país. En este Auto del TJUE, haciendo continuas referencias al caso Pancharevo, se ofreció la misma solución

II. El certificado de nacimiento en relación con el ejercicio de la libertad de circulación y residencia

12. Como se ha visto, en la Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo», se barajaron dos supuestos con respecto a la menor: el primero, basado en las apreciaciones realizadas por el órgano jurisdiccional remitente, que tuviera por nacimiento la nacionalidad búlgara; y el segundo, ante las dudas que se suscitaban, que no la tuviera. El Auto de 24 de junio de 2022, C-2/21, Rzecznik, se limitó al primer supuesto señalado, pues no se cuestionó que la menor tuviera la nacionalidad polaca.

13. En estas circunstancias, el TJUE se refirió a la obligación de reconocer el vínculo de filiación, tal como había sido determinado en el Estado miembro de origen (España), bien para que la menor pudiera ejercer sin obstáculos su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros con cada una de sus progenitoras, o bien, en el caso de que no tuviera la nacionalidad de un Estado miembro, para que pudiera ejercer ese derecho como descendiente de una ciudadana de la UE⁹. Como se ha visto, ello se vinculó con el art. 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE¹⁰, que se refiere en su Preámbulo al derecho que tiene todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros en condiciones objetivas de libertad y dignidad, reconociendo también este derecho a determinados “*miembros de la familia, cualquiera que sea su nacionalidad*” (Considerando 5).

14. Entre los miembros de la familia, el art. 2.2, letras c) y d), de la Directiva 2004/38/CE se refiere a los *descendientes directos* menores de 21 años o a cargo del ciudadano de la UE, y a los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b), así como a los *ascendientes directos* a cargo del ciudadano de la UE, y a los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b). En relación con los *ascendientes* resulta interesante la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004, C-200/02, Zhu y Chen¹¹, pues realizó una importante aclaración en el sentido de que una menor, que era hija de madre china y que tenía nacionalidad irlandesa por razón de su lugar de nacimiento, era titular del derecho a la libertad de circulación y residencia (pár. 20), derecho que se extendía a su progenitora (pár. 47), a pesar de que en este caso no se trataba de un ascendiente a cargo de un ciudadano de la Unión, sino de la situación inversa. Precisamente, en el caso Pancharevo se refleja la trascendencia de esta interpretación, cuando se alude al derecho que tienen las progenitoras de una ciudadana de la Unión menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva a acompañarla en el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación y residencia (pár. 48), teniendo en cuenta que una de ellas era nacional del Reino Unido¹². Por otra parte, en relación con el concepto de “descendiente” puede mencionarse la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, C-129/18, SM (Menor sometido a kafala argelina)¹³, en la que se precisó que el concepto de “descendiente directo” supone generalmente que existe un vínculo de filiación en línea directa que une al interesado con otra persona (pár. 52), que debe entenderse en sentido amplio, de modo que encaje cualquier vínculo de filiación, sea biológico o jurídico (pár. 54). Esta interpretación también se ve reflejada en el caso Pancharevo, con la precisión adicional de que el vínculo de filiación derivado de una relación homoparental también queda incluido a efectos de la aplicación de la Directiva 2004/38/CE.

⁹ En el asunto Pancharevo, párs. 48-40 y párs. 67-68; y en el asunto Rzecznik, párs. 42-43.

¹⁰ En el TFUE también se consagra la libre circulación de los trabajadores (art. 45), la libertad de establecimiento (art. 49) y la libre prestación de servicios (art. 56), que se hacen igualmente efectiva a través de la Directiva 2004/38/CE. Se añade que en el art. 45 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* se consagra el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros de todos los ciudadanos de la Unión.

¹¹ ECLI:EU:C:2004:639.

¹² La misma consideración se recoge en el asunto Rzecznik (pár. 40), si bien en este caso las dos progenitoras eran ciudadanas de la Unión Europea.

¹³ ECLI:EU:C:2019:248

15. En lo que a los aspectos documentales se refiere, el art. 4.3 de la Directiva 2004/38/CE obliga a los Estados miembros a expedir o renovar a sus ciudadanos, de acuerdo con su legislación, un documento de identidad o un pasaporte en el que conste su nacionalidad, a efectos de poder ejercer su derecho a la libertad de circulación y residencia. La precisión que aportan los casos *Pancharevo* (pár. 44) y *Rzecznik* (pár. 38) es que se debe hacer constar la nacionalidad y apellidos de la menor tal como resulta del certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas¹⁴, sin exigir la previa expedición o inscripción del certificado de nacimiento por las autoridades de la nacionalidad, como ya se ha visto¹⁵. A partir de aquí comienzan no obstante una serie de consideraciones que nos resultan menos claras.

16. Se señala que ese documento de identidad o pasaporte, por sí solo o en combinación con otros, en su caso un documento expedido por el Estado miembro de acogida, debe permitir a la menor ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, garantizado en el art. 21.1 TFUE, con cada una de sus dos madres (pár. 46 y pár. 40). Se pone después el foco en las progenitoras, para señalar que deben disponer de un documento que las mencione como personas habilitadas para viajar con la menor, que en este caso las autoridades del Estado miembro de acogida son las mejor situadas para expedir ese documento y que puede ser el certificado de nacimiento. Tenemos que decir que esta última precisión sólo se realiza en el caso *Pancharevo* (pár. 50).

17. Por otra parte, en el caso de que la menor no tuviera la nacionalidad de un Estado miembro, lo cual sólo se planteó en el caso *Pancharevo*, se alude al certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas, que designa como progenitoras a dos personas del mismo sexo, una de las cuales es ciudadana de la Unión, para concluir que la menor deberá ser considerado por el conjunto de los Estados miembros descendiente directo de esa ciudadana, en el sentido de la Directiva 2004/38/CE (pár. 68).

18. Pues bien, si contrastamos estas consideraciones del TJUE con la Directiva 2004/38/CE, encontramos varios aspectos interesantes. En sus arts. 4 y 5 se refiere al derecho de salida y entrada en los Estados miembros de todo ciudadano de la Unión en base a un documento de identidad o pasaporte válido, derecho que también tendrán los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que posean un pasaporte válido, con alguna precisión añadida sobre la posibilidad de exigir visado. En el art. 6 se reconoce un derecho de residencia a los ciudadanos de los Estados miembros de hasta tres meses, en base también a un documento o pasaporte válido, que también será extensible a los familiares que no sean nacionales de un Estado miembro. En el art. 7 se regula la residencia por más de tres meses de los ciudadanos de los Estados miembros, supeditándolo al cumplimiento de una serie de requisitos y contemplando, en el art. 8, la posibilidad de que se les exija registrarse en el Estado de acogida. Con respecto a la obligación de registro se prevé, en relación con los familiares que también sean ciudadanos de la Unión, que pueda exigírseles un documento que acredite la existencia de parentesco (art. 8.5). Estos mismos requisitos se exigirán para expedir una tarjeta de residencia a los familiares que no sean ciudadanos de la Unión (art. 10.2).

19. Valoraremos ahora la aplicación de estos preceptos en relación con las consideraciones que realiza el TJUE. En principio, para la libertad de circulación entre Estados miembros sería suficiente con un documento de identidad o pasaporte válido, si no fuera porque, al tratarse de una menor, puede haber controles adicionales cuando viajan solos o con un único progenitor, especialmente en el caso de que el documento de identidad o pasaporte no mencione a las dos progenitoras. A este problema parece apuntar la afirmación que hace el TJUE de que las progenitoras deben disponer de un documento que las mencione como personas habilitadas para viajar con la menor¹⁶. La referencia que se hace en el caso

¹⁴ En apoyo de esta afirmación se cita la famosa Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul* (ECLI:EU:C:2008:559)

¹⁵ En la solución final del caso *Pancharevo* por los tribunales de Bulgaria (vid. supra nota 3) ya hemos visto que se descartó que la menor tuviera la nacionalidad de este país, concluyéndose que sus autoridades no tenían que cumplir la obligación que impone el art. 4.3 de la Directiva.

¹⁶ La web oficial de la Unión Europea tiene un apartado dedicado a “Documentos para los menores que viajen dentro de la

Pancharevo a que este documento puede ser expedido por las autoridades del Estado miembro de acogida y que puede ser incluso el certificado de nacimiento, no nos parece, en este contexto de viaje, la mejor solución. Distinta sería la situación en la que se presente el certificado de nacimiento para períodos de residencia por más de tres meses, pues entendemos que los encargados de su tramitación sí estarán más acostumbrados a manejar este tipo de documentos para acreditar la relación de parentesco.

20. En la reciente Comunicación de la Comisión “*Orientaciones sobre el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE y sus familias*” (C/2023/1192)¹⁷ se ha tratado precisamente la cuestión documental en relación con la aplicación de la Directiva 2004/38/CE. Reflejaremos a continuación los aspectos que nos han parecido más relevantes¹⁸:

21. En primer lugar, los solicitantes tienen derecho a elegir los documentos justificativos con los que desean demostrar la aplicabilidad de la Directiva 2004/38/CE a su caso (a saber, pruebas del parentesco, dependencia...), sin que pueda exigírseles que el documento o la relación se registre inicialmente en el Estado miembro del que sea nacional el ciudadano de la Unión o en el Estado miembro de acogida de dicho ciudadano¹⁹. En segundo término, los documentos acreditativos de un vínculo de parentesco expedidos por un Estado miembro deberán ser aceptados en otro Estado miembro, aunque no reconozcan la relación familiar en cuestión²⁰. Y, en tercer lugar, las autoridades administrativas y judiciales de los Estado miembro están obligadas a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud. Esta afirmación está tomada de la Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1997, C-336/94, Dafeki (pár. 21)²¹.

Unión Europea”, Documentos para los menores que viajen dentro de la UE. Normas y autorizaciones necesarias. - Your Europe (europa.eu), en el que se señala que, además de su pasaporte o documento de identidad válidos, todos los niños que viajen solos, o en compañía de un adulto que no sea su tutor legal o en compañía solo del padre o de la madre, pueden necesitar otro documento oficial que autorice el viaje, firmado por los padres, el otro progenitor o las personas que tengan su custodia legal. Se señala que no hay normas de la UE al respecto y que cada país de la UE decide si exige que el menor disponga de una autorización oficial de su padre, madre o tutor, ofreciendo información a este respecto. Se advierte además de las peculiaridades que pueden exigir las distintas compañías aéreas. Por otra parte, el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de las personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE núm. 77, de 23 de marzo de 2016) prevé en su Anexo VII normas específicas para determinadas categorías de personas, entre las que figuran los menores (punto 6). Se señala que los guardias de fronteras prestarán una atención especial a los menores, vayan o no acompañados, y que los menores que crucen la frontera exterior estarán sometidos a los mismos controles de entrada y salida que los adultos, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento. En el caso de menores acompañados, el agente de la guardia de fronteras comprobará la patria potestad del acompañante, en particular, en caso de que el menor solo vaya acompañado por un adulto y haya razones de peso para creer que se ha privado ilícitamente de la custodia del menor a las personas que ejerzan legítimamente la patria potestad sobre el mismo. En el caso de los menores que viajen solos, los agentes de la guardia de fronteras deberán asegurarse, mediante una inspección minuciosa de los documentos y justificantes de viaje, de que los menores no abandonan el territorio contra la voluntad de las personas que ejercen la patria potestad. Asimismo, se prevé que los Estados miembros designen puntos de contacto nacionales a efectos de consulta sobre los menores, de los que informarán a la Comisión, y que, en caso de duda sobre alguna de las circunstancias señaladas, los agentes de la guardia de fronteras puedan realizarles consultas.

¹⁷ DOUE, Serie C, 22 de diciembre de 2023. Esta comunicación de la Comisión forma parte de un paquete de medidas que se adoptó con ocasión del 30º aniversario de la ciudadanía europea. Vid. EU citizenship - European Commission (europa.eu)

¹⁸ Vid. p 10 y pp. 21-22. En la Comunicación de la Comisión también se alude a los documentos acreditativos del parentesco expedidos en terceros Estados, contemplando los requisitos que en estos casos pueden exigirse.

¹⁹ En relación con esta precisión se puede consultar, referida a una unión de hecho, la Sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2022, C-731/21, Caisse nationale d'assurance pension, ECLI:EU:C:2022:969. Sobre la problemática que se venía planteando en relación con los matrimonios de españoles, vid. D. MARÍN CONSARNAU, “El documento público extranjero en el procedimiento de extranjería y la exigencia de inscripción del matrimonio mixto celebrado ante autoridad extranjera”, en M. FONT i MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, 2014, pp. 333 y ss.

²⁰ P. JIMÉNEZ BLANCO se ha referido a como en la práctica administrativa de extranjería los documentos públicos tienen un pleno efecto legitimador, haciendo prueba y otorgando eficacia administrativa del acto o vínculo familiar, sin quedar supeditados a las condiciones y métodos de reconocimiento de Derecho internacional privado, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEI*, N° 35, 2018, p 30.

²¹ ECLI:EU:C:1997:579.

22. En la Comunicación de la Comisión se cita el *Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012*²², que se ha aprobado sobre la base del art. 21.2 TFUE y que tiene como objeto favorecer la libertad de circulación y residencia²³. Este Reglamento parte de que en numerosas ocasiones los ciudadanos de la UE se ven en la obligación de presentar en otros Estados miembro certificados sobre cuestiones diversas vinculadas a su estatuto personal (nacimiento, matrimonio, unión de hecho registrada, filiación...), u otro tipo de documentos públicos (certificado de antecedentes penales, para ejercer el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones europeas...), y trata de facilitar los trámites administrativos. Para ello, en este Reglamento se establece un sistema de exención de la legalización o trámite similar (la fijación de la apostilla) y se simplifican otros trámites como la traducción, mediante la utilización de impresos multilingües²⁴. Se incorpora además un mecanismo para solicitudes de información y cooperación administrativa, al que pueden acudir las autoridades de los Estados miembros en caso de que alberguen dudas razonables sobre la autenticidad de un documento público o de su copia certificada.

23. En definitiva, que el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas se muestra como documento idóneo para acreditar el vínculo de parentesco a efectos de la Directiva 2004/38/CE, añadiéndose que puede beneficiarse de la simplificación de trámites administrativos que permite el Reglamento 2016/1191.

III. El certificado de nacimiento y su inscripción en el Registro Civil

1. Presentación del marco normativo

24. Como hemos tenido ocasión de reflejar, en la Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, C490/20, V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon “Pancharevo”, el litigio surge a propósito de la negativa del municipio de Sofía, distrito de Pancharevo (Bulgaria), a expedir a la menor un certificado nacimiento, basado en el previamente expedido por las autoridades españolas. Con posterioridad, en el Auto de 24 de junio de 2022, C-2/21, Rzecznik Praw Obywatelskich, también se planteó el problema con la denegación, en este caso en Polonia, de la inscripción del certificado de nacimiento que habían expedido las autoridades españolas. Estas circunstancias vamos a aprovecharlas para valorar la situación inversa, esto es, cuál habría sido la solución en el caso de que la solicitud de inscripción de un certificado de nacimiento extranjero se hubiera presentado ante los encargados de nuestro Registro Civil. Ello nos llevará a considerar lo dispuesto en *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*²⁵, en adelante LRC, ahora que por fin, y tras muchos años de espera, ha entrado en vigor.

²² DOUE núm. L 200, de 26 de julio de 2016.

²³ Para un análisis de este Reglamento vid. E. BONIFAY, “La circulation des citoyens européens entre États membres au lendemain de l’adoption du règlement documents publics”, *Journal du droit international*, n.º 2, 2017, pp. 515 y ss.; T. EVRARD, “Le Règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016: une simplification réussie des conditions de présentation des documents d’état civil?”, en P. WAUTELET y C. CIRSO (dirs.), *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, Bruylant, Bruselas, 2022, pp. 279 y ss.; M. FONT I MAS, “La autenticidad formal de los documentos públicos en España como obstáculo a las relaciones internacionales y la propuesta de reglamento sobre la simplificación de la aceptación de documentos públicos en la UE”, en M. FONT I MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Bosch editor, 2014, pp. 47 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER, “La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 41, 2017, pp. 161 y ss.; A. VETTOREL, “La circolazione dei documenti pubblici stranieri dopo il Regolamento (UE) N. 2016/1191”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4/2016, pp. 1060 y ss.

²⁴ A la incidencia de este Reglamento para eximir de la necesidad de aportar traducción se ha referido la *Instrucción DGM 2/2019 sobre la aportación de documentos en lengua extranjera en los procedimientos de extranjería*, del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

²⁵ Para una referencia a las características más novedosas de esta ley con respecto a la normativa anterior, vid. J.A. RUIZ DE LA HERMOSA GUTIÉRREZ, “La Ley 20/2011: el Registro de las personas”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, P. DIAGO DIAGO, M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia,

25. El art. 28 LRC dispone que, *para practicar inscripciones sin expediente, en virtud de certificación de Registro extranjero, será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España*. Contempla este precepto situaciones de estado civil que afectan a españoles y que han ocurrido en el extranjero, previendo su acceso a nuestro Registro Civil a través de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros. La competencia de nuestro Registro Civil se extiende a todo lo que afecta a los españoles, dentro o fuera de España (art. 9 LRC), por lo que no es de extrañar que concurra con la competencia de los Registros Civiles de otros países y que se prevea que la certificación registral extranjera puede ser título para la inscripción en España, sin necesidad de expediente²⁶.

26. Como se ha visto, el art. 28 LRC remite a la normativa aplicable, lo cual lleva a tener que considerar una pluralidad de disposiciones. El Título X “*Normas de Derecho internacional privado*”²⁷ de la LRC se inicia con el art. 94, que nos recuerda que las *normas del presente Título se aplicarán sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los tratados e instrumentos internacionales vigentes en España*. Son muchas las normas de origen internacional que de una forma u otra pueden afectar a hechos o actos inscribibles en el Registro Civil²⁸. Subsidiariamente, en el art. 95 LRC se determinan los requisitos que deben cumplirse en materia de “*traducción y legalización*”, y en el art. 98 LRC los requisitos que se exigen específicamente a la “*certificación de asientos extendidos en registros extranjeros*”²⁹.

27. Antes de pasar a su análisis, debe mencionarse que con la *Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* se introdujo una importante salvedad, pues se descartó que en estos casos pudiera solicitarse la inscripción en base a una certificación registral extranjera, exigiéndose una resolución judicial³⁰.

2023, pp. 253 y ss. G. PALAO MORENO también ofrece un análisis de la nueva normativa, más centrado en los aspectos de digitalización y su aplicación en un contexto internacional, “La digitalización de los Registros Civiles y la circulación internacional de sus certificaciones: regulación internacional y europea”, en R. RUEDA VALDIVIA (dir.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 395 y ss.

²⁶ En la *Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil* (BOE núm. 97, de 24 de abril de 2006) se alude a la posible concurrencia con Registros civiles extranjeros, ejemplificando una serie de situaciones en las que podría producirse: supuestos de doble nacionalidad, de filiación de padre y madre de distinta nacionalidad, de pérdida de la nacionalidad española por adquisición de otra distinta, de matrimonios entre cónyuges de distinta nacionalidad, hechos relativos a personas de una nacionalidad acaecidos en un país distinto al propio...

²⁷ Para un análisis de las normas de Derecho internacional privado de la LRC, vid. J.M. ESPINAR VICENTE, “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7771, 9 de enero de 2012; J.M. ESPINAR VICENTE y J.I. PAREDES PÉREZ, “Nota crítica a la Ley 20/2011 del Registro Civil desde la perspectiva internacional privatista”, *Anuario Jurídico Villanueva*, nº 7, 2013, pp. 249 y ss.; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “El acceso al registro civil de títulos extranjeros: problemas prácticos”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 135 y ss.

²⁸ R. RUEDA VALDIVIA realiza un exhaustivo análisis de los Convenios y Reglamentos que inciden en el Registro Civil, referido también a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras y documentos públicos, vid. “Artículo 94. Primacía del Derecho convencional y de la Unión Europea”, J.A. COBACHO GÓMEZ y A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1275 y ss.

²⁹ Conforme a lo dispuesto en el art. 21 LRC, la Oficina Central del Registro Civil será la encargada de practicar la inscripción de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros, salvo aquellos cuya competencia pueda corresponder a las Oficinas Consulares del Registro Civil. El art. 24 LRC, que concreta las funciones de las Oficinas Consulares del Registro Civil, se refiere, entre otras, a la inscripción de los hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular, así como de los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción.

³⁰ BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010. En la *Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019) se dejó sin efecto la *Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, volviéndose a lo dispuesto en la *Instrucción de 5 de octubre de 2010*. Como muestra de la limitación arriba señalada puede citarse, a modo de ejemplo, la Resolución de la DGSJFP de 20 de febrero de 2023 (3^a) (*Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, 2024, nº 2271, pp. 27 y ss.), donde se recuerda, en relación con un menor nacido en México mediante gestación por sustitución, que en ningún caso bastará la certificación registral extranjera. Para un completo y riguroso análisis del estado actual de esta cuestión vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1865 y ss.

2. Los requisitos de traducción y legalización

28. El art. 95 LRC dispone que los documentos no redactados en una de las lenguas oficiales españolas deberán acompañarse de traducción efectuada por órgano o funcionario competentes, a menos que al Encargado del Registro le constare el contenido del documento. Se añade que todo documento expedido por funcionario o autoridad extranjera se presentará con la correspondiente legalización, si bien quedarán eximidos de este requisito los documentos cuya autenticidad le constare al Encargado del Registro y aquéllos que llegaren por vía oficial o por diligencia bastante. Como cabe observar, el precepto se está refiriendo a los dos requisitos que se exigen habitualmente en relación con los documentos públicos extranjero que se presentan en nuestro país: traducción y legalización³¹.

29. En relación con la traducción de las certificaciones registrales extranjeras hay que destacar la importancia que pueden tener dos instrumentos internacionales. Por una parte, el *Convenio n° 16 sobre expedición de las certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil, hecho en Viena el 8 de septiembre de 1976*³², que ha sido uno de los convenios más exitosos de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)³³. En su art. 8 afirma que estas certificaciones plurilingües tendrán el mismo valor que las certificaciones expedidas conforme a las normas de derecho interno en vigor en el Estado en que tengan su origen, así como que serán aceptadas sin legalización ni formalidades equivalentes en el territorio de cada uno de los Estados vinculados por el Convenio. Por otra parte, en el epígrafe anterior ya hemos tenido oportunidad de referirnos al Reglamento (UE) 2016/1191, que además de eximir del requisito de la legalización, también ha previsto impresos estándar multilingües para que acompañen a los documentos públicos en relación con una serie de materias (arts. 6 y ss.), sin tener valor jurídico autónomo³⁴.

30. En relación con la legalización son numerosos los instrumentos internacionales susceptibles de aplicarse, tanto de carácter multilateral como bilateral, para atenuar o eximir de este requisito. Además del Convenio y Reglamento anteriormente mencionados a propósito de la traducción, en el ámbito multilateral destacan, por su importancia, el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros*³⁵, que atenúa el requisito mediante el establecimiento de la apostilla, así como el *Convenio n° 17, de la CIEC, sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977*³⁶.

³¹ R. RUEDA VALDIVIA también ha realizado un exhaustivo análisis de la incidencia que pueden tener los Convenios y Reglamentos UE en relación específicamente con los requisitos de traducción y legalización, referido tanto a las resoluciones judiciales, como a los documentos públicos y las certificaciones registrales extranjeras, “Artículo 95. Traducción y legalización”, J.A. COBACHO GÓMEZ y A. LECINENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1285 y ss.

³² BOE núm. 200, de 22 de agosto de 1983.

³³ Para una referencia a las actividades de la CIEC y a los distintos convenios que ha elaborado, vid. E. RODRÍGUEZ GAYÁN, *Derecho registral civil internacional*, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 73 y ss. Los convenios de la CIEC y sus estados de firmas, ratificaciones y adhesiones se pueden consultar a través de la página web de esta organización internacional (ciec1.org).

³⁴ N. NORD destaca la diferencia que existe entre el Convenio n° 16 de la CIEC, donde las certificaciones plurilingües tienen el mismo valor que las certificaciones expedidas conforme a las normas de derecho interno, y el Reglamento 2016/1191, donde los modelos plurilingües están previstos para acompañar a los documentos públicos, sin tener valor jurídico autónomo. En su opinión, esta diferencia lleva a que el recurso al Convenio de la CIEC, del que forma parte un elevado número de Estados miembros, siga siendo conveniente, “La circulation des actes de l'état civil au sein de l'Union Européenne”, en M.V. CUARTERO RUBIO y J.M. VELASCO RETAMOSA (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 99.

³⁵ La relación entre el Convenio n° 16 de la CIEC y el Reglamento 2016/1191 se aclara en el *Considerando 49* del Reglamento, que señala lo siguiente: “Dado que los impresos estándar multilingües contemplados en el presente Reglamento no tienen valor jurídico y no se solapan con los impresos estándar plurilingües previstos en los Convenios números 16, 33 y 34 de la CIEC, ni con los certificados de vida previstos en el Convenio número 27 de la CIEC, el presente Reglamento no debe afectar a la aplicación de dichos convenios entre los Estados miembros ni entre un Estado miembro y un país tercero”.

³⁶ BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978.

³⁷ BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1981.

31. La *Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil*³⁷, que recoge como anexo la *Recomendación (nº 9) de la CIEC relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y memoria explicativa adoptadas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005*, se ha referido no obstante a la necesidad de que los Estados miembros llamen la atención de sus autoridades, como destinatarias de documentos extranjeros del estado civil, incluso legalizados, acerca de diversos indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un acta del registro civil o de un documento presentado.

3. Los requisitos específicamente exigidos en relación con la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros

32. El art. 98.1 LRC se refiere a los requisitos que habrán de cumplir las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros para su inscripción en España: a) *Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado*; b) *Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española*; c) *Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado*; y d) *Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español*³⁸. El art. 98.2 LRC introduce una importante precisión, relativa a que en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro con arreglo a los procedimientos contemplados en el art. 96 LRC.

33. Vamos a referirnos a continuación algo más a los requisitos previstos en el art. 98 LRC³⁹:

34. Se requiere, en primer lugar, que la certificación registral extranjera haya sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado, lo cual debe conectarse con el control de autenticidad del documento. En opinión de J.M. ESPINAR VICENTE, este aspecto se solventa de forma más correcta en el art. 323 LEC relativo a la fuerza probatoria del documento público extranjero, cuando establece que será necesario que en el otorgamiento o confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país de origen, porque ello ya lleva implícito que se haya otorgado por una autoridad competente⁴⁰.

35. En segundo término, también se precisa que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. En la *Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de esta civil*, que ya hemos tenido ocasión de mencionar en diversas ocasiones, se justifica esta exigencia por los fuertes efectos jurídicos que la inscripción en el Registro Civil español tiene reconoci-

³⁷ BOE núm. 97, de 24 de abril de 2006.

³⁸ Se trata de requisitos coincidentes en buena medida con los previstos en el art. 97 LRC para los documentos públicos extrajudiciales. La diferencia se observa en relación con el aptdo. b) arriba señalado, que en el art. 97 LRC se sustituye por una referencia a que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate. El contenido del art. 97 LRC coincide con la DA 3ª de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, relativo a la inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros. El art. 60 de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil* también se refiere a la inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros extrajudiciales, remitiendo para ello a los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.

³⁹ Para un completo análisis del art. 98 LRC, vid. A. LARA AGUADO, "Artículo 98. Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros", J.A. COBACHO GÓMEZ y A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1347 y ss.

⁴⁰ J.M. ESPINAR VICENTE, "La Ley 20/2011 de Registro Civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción", op. cit., pp. 498-499.

dos en nuestro ordenamiento, al constituir prueba plena de los hechos inscritos (art. 17 LRC), mientras no sean rectificadas o canceladas con arreglo a los procedimientos previstos para ello. En cuanto a las garantías exigidas para la inscripción por la ley española, que se toman como marco de referencia para la inscripción de certificaciones registrales extranjeras, hay que referirse al principio de legalidad (art. 13 LRC) y al control de legalidad de los documentos (art. 30 LRC), conforme al cual los encargados del Registro Civil deben comprobar la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulten de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos⁴¹.

36. El art. 98 LRC requiere también que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. Se trata de dos requisitos que aparecen claramente desglosados en el nuevo precepto (aptdo. 1º, letras c y d), a diferencia de la normativa anterior que no era tan explícita a este respecto⁴².

37. En relación con estos requisitos se impone considerar el *método del reconocimiento de situaciones jurídicas*, conforme al cual se defiende el reconocimiento de situaciones que ya han cristalizado en un ordenamiento extranjero, gracias a la intervención de una autoridad pública, sin controlar su validez a través del recurso a las normas de conflicto del foro. Se trataría de emular, en relación con las situaciones jurídicas que surgen al margen de una resolución judicial, el sistema de reconocimiento que a éstas se les aplica, de modo que se distinguiría entre la creación de la relación o situación jurídica, sometida a las normas de conflicto del país donde tiene lugar, y sus efectos en los demás Estados, sometidos al método del reconocimiento⁴³. Se trata de un método que ha encontrado respaldo en algunos convenios internacionales, aunque de escaso impacto⁴⁴; en la jurisprudencia del TEDH, a propósito del debido respeto a determinados derechos⁴⁵; y en un ámbito que nos interesa a propósito de este trabajo, como es la ciudadanía europea y las libertades que conlleva.

⁴¹ En este sentido, A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 303-304. En relación con la equivalencia de garantías puede señalarse que la DGSJFP está dictando numerosas resoluciones en las que rechaza la inscripción de certificaciones registrales de nacimiento, cuestionando que ofrezcan las debidas garantías cuando han transcurrido varios años entre la fecha de nacimiento y la fecha de inscripción en el Registro que expide la certificación, entre otros aspectos. A modo de ejemplo, vid. Resolución de la DGSJFP de 12 de abril de 2023 (1ª), de 12 de abril de 2023 (6ª), de 24 de abril de 2023 (3ª), de 24 de abril de 2023 (11ª), de 24 de abril de 2013 (13ª) (Todas ellas publicadas en el *Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes*, Nº 2272, febrero 2024).

⁴² Vid. art. 23 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957) y arts. 81 y 85 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958). Para un análisis comparativo entre la normativa anterior y la actual, subrayando como en ésta se acoge claramente el sistema de reconocimiento conflictual, vid. J.I. PAREDES PÉREZ, “Espacios de desencuentro entre los métodos de reconocimiento y el método bilateral Una lectura desde la perspectiva del estatuto familiar”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 616-618.

⁴³ Sobre este método vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 878 y ss.

⁴⁴ Como ejemplos de Convenios que han acogido este método se pueden mencionar, promovido por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el *Convenio de La Haya de 14 de mayo de 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio*; y promovidos por la CIEC, el *Convenio (nº29) relativo al reconocimiento de decisiones constatando un cambio de sexo, firmado en Viena el 12 de septiembre de 2000*, el *Convenio (nº 31) sobre reconocimiento de nombres, firmado en Antalya el 16 de septiembre de 2005* y el *Convenio (nº 32) sobre el reconocimiento de parejas registradas, abierto a la firma en Múnich el 5 de septiembre de 2007*. España participa en alguno de los convenios mencionados (CIEC nº 29 y nº 32), pero se trata, en todos los casos, de instrumentos que tienen un impacto limitadísimo, pues en algunos casos ni siquiera han llegado a entrar en vigor.

⁴⁵ En Europa, el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950*, y particularmente su art. 8 relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, ha tenido una incidencia importante. El TEDH ha tenido ocasión de poner de manifiesto, en diversas ocasiones y con respecto a distintas situaciones jurídicas vinculadas al estatuto personal, que las soluciones nacionales de Derecho internacional privado que impedirían su reconocimiento eran contrarias a los derechos humanos. Se pueden mencionar, como sentencias más emblemáticas, en relación con la adopción, la Sentencia del TEDH 28 de junio de 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxemburgo*, nº 76240/01; en relación con la gestación por sustitución, las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, *Mennesson c. France* (nº 65192/11)

38. En la UE, el *Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”*⁴⁶, enmarcado en las negociaciones que precedieron a la aprobación del Reglamento 2016/1191, planteó que, a menudo, los ciudadanos europeos tienen que presentar en otros Estados miembros documentos públicos de naturaleza muy variada, entre los que se encuentran certificados de estado civil. Ello les supone tener que enfrentarse no sólo a engorrosas formalidades administrativas, sino también a que no siempre sean reconocidas las circunstancias vinculadas al estatuto personal, de los que dichos certificados dejan constancia. En el mencionado Libro Verde se planteaba, como posible solución, el establecimiento de un reconocimiento de pleno derecho de las situaciones de estado civil constituidas en otros Estados miembros. Sin embargo, el Reglamento 2016/1191, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos en diversas ocasiones, se limitó a resolver las trabas administrativas; en su art. 2.4 se afirma, con mucha claridad, que esta norma *no se aplica al reconocimiento en un Estado miembro de los efectos jurídicos relativos al contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro*.

39. En este contexto, ha sido la jurisprudencia del TJUE, a propósito de la libertad de circulación y residencia reconocida a los ciudadanos europeos en el art. 21 TFUE, la que ha aportado ciertos avances en relación con el método de reconocimiento de situaciones jurídicas. Especialmente interesante resulta la Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, Grunkin-Paul⁴⁷, en la que se señaló, en virtud del respeto a la mencionada libertad, que las autoridades de un Estado miembro, aplicando su Derecho nacional (Alemania), no podían oponerse al reconocimiento del apellido de un niño, tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro (Dinamarca), en el que este niño había nacido y residía desde entonces, a pesar de que tanto él como sus padres tuvieran la nacionalidad alemana⁴⁸. La jurisprudencia posterior en la materia, además de abordar otro tipo de casuísticas, se centro en determinar la operatividad en este ámbito del límite de orden público, que es un aspecto importante⁴⁹. Posteriormente, en la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, C 673/16, Coman y otros⁵⁰, se abordó la situación del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero limitando la obligación de reconocimiento a los efectos de conceder un derecho de residencia derivado al cónyuge, nacional de un tercer Estado, e insistiendo en que en este ámbito de reconocimiento limitado no estaba justificado invocar el límite del orden público. Y este mismo modelo de solución es el que sigue el TJUE en el caso Pancharevo y Rzecznik a propósito de la filiación homoparental, como ya se ha visto.

40. En definitiva, que la incidencia de la jurisprudencia del TJUE en relación con el reconocimiento de determinadas situaciones vinculadas al estatuto personal (matrimonio entre personas del mismo sexo y filiación homoparental) es limitada y vinculada al ejercicio de la libertad de circulación y

y Labassee c. France (nº 65941/11); y en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Sentencia del TEDH de 14 de diciembre de 2017, Orlandi y otros c. Italia (nº. 26431/12, 26742/12, 44057/12 y 60088/12). Sobre el papel del TEDH en relación con el reconocimiento de situaciones jurídicas, vid. P. KINSCH, “Recognition in the forum of a status acquired abroad – Private international law rules and European human rights law”, K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER & S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum Kurt Siehr*, Schulthess, Zurich, 2010, pp. 259 y ss.; y para un estudio más amplio de la jurisprudencia del TEDH, vid. A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

⁴⁶ Bruselas, 14.12.2010 COM (2010) 747 final

⁴⁷ ECLI:EU:C:2008:559

⁴⁸ C. KOHLER precisa que la Sentencia del TJCE impuso la obligación de reconocer el nombre tal como había sido determinado en otro Estado miembro, pero sin determinar el modo en qué debía hacerse. En relación con ello analiza el debate que se produjo en Alemania sobre la reforma de su norma de Derecho internacional privado en la materia, “La reconnaissance de situations juridiques dans l’Union Européenne: le cas du nom patronymique”, en P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Ed. A. Pedone, París, 2013, pp. 67 y ss.

⁴⁹ En España, para dar cumplimiento a la obligación de reconocimiento establecida en esta Sentencia se aprobó la *Instrucción de 24 de febrero de 2010, de la DGRN, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea*, BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2010.

⁵⁰ Entre otras, vid. Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ECLI:EU:C:2010:806; y Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016, C438/14, Bogendorff von Wolffersdorff, ECLI:EU:C:2016:401

⁵⁰ Vid. supra nota 6.

residencia. En los casos Pancharevo y Rzecznik las autoridades búlgaras y polacas denegaron la expedición de un nuevo certificado, en el caso de Bulgaria, o la inscripción, en el caso de Polonia, en base a sus normas internas y por razones de orden público. Al mismo resultado se podría haber llegado en nuestro país, en circunstancias en las que se viese vulnerado nuestro orden público, en virtud del art. 98 LRC. Observamos que se han presentado ante el TJUE varias cuestiones prejudiciales con las que quizás se pueda ir más allá, pues se refieren a la incidencia que tienen sobre la libertad de circulación y residencia la no inscripción en los Registros civiles de determinadas situaciones jurídicas vinculadas al estatuto personal, pero habrá que esperar a la respuesta del Tribunal⁵¹.

IV. Presentación de las novedades que aporta la propuesta de reglamento sobre filiación

41. La Comisión Europea ha presentado una *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*⁵², que trata, entre otros aspectos, de responder a las dificultades a las que se enfrentan las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ cuando ejercen su derecho a la libertad de circulación y residencia en la Unión Europea, que es el mismo contexto de los casos Pancharevo y Rzecznik⁵³. De momento se trata sólo de una Propuesta de Reglamento, cuya tramitación y resultado final resultan inciertos debido a que afecta a cuestiones muy controvertidas⁵⁴, pero vamos a reflejar las soluciones que se apuntan en relación con los temas que hemos tratado en este trabajo⁵⁵.

42. La Propuesta de Reglamento recoge en su art. 4.6 una definición de documento público similar a la que podemos encontrar en otros Reglamentos UE, donde se pone el acento en su autenticidad, reflejada en la firma y el contenido, y en que en su confección haya participado una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin por el Estado miembro de origen. Pero después nos encontramos otros aspectos que sí nos resultan más novedosos, pues se distingue entre documentos públicos que determinan la filiación con efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen, como pueden ser una escritura notarial de adopción o una resolución administrativa por la que se establezca la filiación tras un reconocimiento de paternidad, y documentos públicos sin efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen, pero con valor probatorio, como puede ser, por ejemplo, un certificado de nacimiento o un certificado que acredite la filiación determinada en el Estado miembro de origen (*Considerando 59*).

⁵¹ En la petición de decisión prejudicial planteada por el Naczelny Sąd Administracyjny (Polonia) el 23 de noviembre de 2023, C-713/23, Wojewoda Mazowiecki, se cuestiona la incidencia que tiene la denegación de la inscripción en el Registro Civil del certificado de matrimonio de una pareja del mismo sexo expedido en otro Estado miembro. Por otra parte, en la petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Sectorului 6 București (Rumanía) el 3 de enero de 2023, C-4/23 Mirin y en la petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) el 23 de enero de 2024, C-43/24, Shipov, se plantean los problemas derivados de la modificación de asientos registrales con ocasión del cambio de sexo en otros Estados miembros.

⁵² Bruselas, 7.12.2022, COM (2022) 695 final.

⁵³ En relación con ello se puede citar un estudio del Parlamento Europeo, “*Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*”, realizado por A. TRYFONIDOU y R. WINTEMUTE, Study requested by the PETI Committee, PE 671.505- March 2021, donde se ofrece un detallado análisis de las dificultades a las que se enfrentan estas personas.

⁵⁴ Sí podemos señalar que ya ha habido un primer hito en su tramitación, que es la *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo* (COM(2022)0695 – C9-0002/2023 – 2022/0402(CNS))

⁵⁵ Para un análisis del contexto en que se presenta la Propuesta de Reglamento vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, P. DIAGO DIAGO, M^aA. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (dirs.), *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 229 y ss.; L. SALES PALLARÉS, “El necesario reconocimiento de la filiación legal transfronteriza para el respeto de la vida familiar”, en B. CAMPUZANO DÍAZ, P. DIAGO DIAGO, M^aA. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (dirs.), *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 275 y ss. Para un análisis centrado específicamente en la Propuesta, vid. GEDIP, “Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood”, Meeting of September 2023, <https://gedip-egpil.eu/>

43. Dicha distinción resulta relevante de cara a los efectos de estos documentos públicos en los demás Estados miembros y al procedimiento para ello aplicable. Los documentos públicos con efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen se asimilan a las resoluciones judiciales a efectos de su reconocimiento, con algunas peculiaridades (*Considerando 65*, Sección 3, Capítulo IV, arts. 35-39); mientras que en relación con los documentos públicos que tengan carácter no vinculante se prevé su aceptación en los Estados miembros, de modo que puedan desplegar los mismos efectos probatorios o los más parecidos posibles que tengan en el Estado de origen (*Considerandos 68 y 69*, Capítulo V, arts. 43-45). Se prevé, además, la creación de un certificado de filiación europeo en el Capítulo VI (arts. 46-57), que se concibe como un documento de uso opcional, uniforme en cuanto a su contenido, que producirá en todos los Estados miembros los efectos que se determinan en el art. 53 de la Propuesta. En concreto, se presumirá que prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con el Derecho aplicable a la determinación de la filiación, así como que la persona mencionada en el certificado como hijo o hija de un progenitor o una progenitora o unos progenitores tiene la condición mencionada en el certificado, añadiéndose también que será un título válido para la inscripción de la filiación en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3, apdo. 2, letra i).

44. En relación a los problemas específicos a los que nos hemos referido en los epígrafes precedentes, el art. 2.1 de la Propuesta de Reglamento señala, en su ánimo de no interferir con la Directiva 2004/38/CE, que cuando una persona solicita el reconocimiento de la filiación a efectos de la libertad de circulación y residencia, podrá presentar una prueba de la filiación por cualquier medio, sin que los Estados miembros estén facultados para exigir que presente los documentos previstos en esta Propuesta. A efectos del ejercicio de la libertad de circulación y residencia, la prueba de la filiación podrá seguir realizándose por cualquier medio⁵⁶, sin perjuicio de que las personas interesadas puedan optar por las certificaciones previstas para acompañar a las resoluciones judiciales o documentos públicos o por el certificado de filiación europeo, a los que se refiere la Propuesta (*Considerando 14*).

45. Por otra parte, el art. 53.3 de la Propuesta de Reglamento dispone que el certificado de filiación europeo será título válido para la inscripción de la filiación en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, letra i). Este precepto excluye del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento los requisitos legales para la inscripción de la filiación y los efectos de la inscripción o de la no inscripción de la filiación. Cuando se explica su sentido en el Preámbulo, se alude a que será el derecho del Estado miembro en que esté situado el registro el que determinará con arreglo a qué requisitos jurídicos y de qué manera se realizara la inscripción, así como las autoridades que serán responsables de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria (*Considerando 31*). En este contexto, se recurra al certificado de filiación europeo o a otro documento nacional, hay que concluir que la Propuesta de Reglamento, de aprobarse, contribuiría evitar problemas relacionados con la inscripción (piénsese que se unifican las normas de competencia y de ley aplicable, que se enfatiza el carácter restrictivo de la excepción de orden público y que, en relación particularmente con el certificado de filiación europeo, se establecen una serie de garantías para su expedición).

46. Junto a los aspectos analizados en este trabajo, hay que referirse también al valor probatorio de los documentos públicos no vinculantes, entre los que ya hemos visto que se sitúan los certificados de nacimiento y filiación nacionales. P. JIMÉNEZ BLANCO, refiriéndose al Reglamento 650/2012, en el que se inspira la Propuesta de Reglamento, destaca la presunción de validez que ello supone, con importantes consecuencias en el ámbito judicial y también con un importante efecto legitimador en el ámbito extrajudicial. Se refiere también esta autora a que la determinación uniforme del alcance probatorio, referido en la Propuesta al certificado de filiación europeo, conllevaría un desplazamiento de los derechos

⁵⁶ En apoyo de esta solución se citan las Sentencias del TJCE de 25 de julio de 2002, C-459/99, MRAX (ECLI:EU:C:2002:461), y de 17 de febrero de 2005, C-215/03, Oulane (ECLI:EU:C:2005:95).

estatales sobre valor probatorio y, en consecuencia, del art 323 LEC⁵⁷. Estos aspectos son importantes porque durante la tramitación de la Propuesta de Reglamento se ha puesto de manifiesto que se necesita acreditar la condición de padres e hijos en numerosas ocasiones (para matricular al menor en un colegio, abrir una cuenta bancaria a su nombre, dar el consentimiento para un tratamiento médico, solicitar la documentación necesaria para viajar con el niño u obtener un pasaporte, plantear una reclamación de alimentos...), lo cual no siempre resulta fácil.

V. Conclusiones

47. En las líneas precedentes hemos analizado la jurisprudencia del TJUE en los casos Pancharevo y Rzecznik, poniendo de manifiesto el difícil equilibrio al que responden, pues tratan de garantizar la libertad de circulación y residencia dentro del respeto a la identidad de los Estados miembros. Estas decisiones también nos han permitido reflexionar sobre el certificado de nacimiento, expedidos en estos casos por las autoridades españolas, en relación tanto con el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, como con el pleno reconocimiento de la filiación en el Estado de origen de las madres. Este último aspecto lo hemos valorado desde la perspectiva española, viendo como el control de ley aplicable y el orden público, además de los otros aspectos previstos en la LRC, también podrían llevar en nuestro país a denegar la inscripción de un certificado de nacimiento extranjero.

48. En este contexto, la Propuesta de Reglamento sobre filiación puede suponer un importante avance, en cuanto que unifica las normas de competencia judicial internacional y ley aplicable, además de introducir un completo mecanismo de eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales y documentos públicos, con efecto jurídico vinculante o no vinculante en el Estado de origen, y crear un certificado de filiación europeo. El resulta de esta propuesta se presenta no obstante incierto, dada la naturaleza delicada de los temas que se abordan, con importantes divergencias entre los Estados miembros.

49. El futuro está aún por determinar, si bien los avances, tratándose particularmente de menores, nos parecen que se acabarán produciendo, sea por vía normativa o jurisprudencial.

⁵⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea”, en M. FONT I MAS (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, 2014, p 443.

Divorcio internacional y residencia habitual de los cónyuges. El artículo 3 del Reglamento Bruselas II-ter

International Divorce and Habitual Residence of the Spouses. Article 3 of the Brussels II-Ter Regulation

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1282-6638

Recibido: 25.09.2024 / Aceptado: 11.10.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8912

Resumen: Este artículo analiza uno de los foros más relevantes en materia matrimonial recogidos en el art. 3 RB II-ter, donde se contemplan siete foros distintos de competencia judicial internacional aplicables a los litigios internacionales de separación, nulidad y divorcio. En concreto, el estudio se centra en el foro de la residencia habitual de los cónyuges y las consecuencias que se derivan de su aplicación en España. De este modo, cuando ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España, la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles en procesos de divorcio se rige, siempre, por el Reglamento Bruselas II-ter y nunca por la LOPJ, sea cual sea la nacionalidad de los cónyuges.

Palabras clave: Reglamento Bruselas II-ter, foros de competencia judicial internacional, residencia habitual de los cónyuges.

Abstract: This article analyzes one of the most relevant heads of international jurisdiction in the field of matrimonial matters included in art. 3 Brussels II-ter. This legal provision covers seven different grounds of international jurisdiction applicable with regard to legal separation, annulment of marriage and divorce. Specifically, the study focuses on the habitual residence of the spouses at the time the action is brought and its application in Spain. Hence, when both spouses have their habitual residence in Spain at that time, the determination of the international jurisdiction of the Spanish courts in divorce proceedings is always governed by the Brussels II-ter Regulation and never by the Spanish private international law, irrespective of the nationality of the spouses.

Keywords: Brussels II-ter Regulation, grounds of international jurisdiction in divorce proceedings, habitual residence of spouses.

Sumario: I. Introducción. II. Caracteres de los foros de competencia en materia matrimonial. III. Competencia internacional y residencia habitual de los cónyuges en el momento de presenta-

ción de la demanda. 1. Irrelevancia de la nacionalidad de los cónyuges. 2. Concepto de “residencia habitual”. 3. Carácter único de la residencia habitual de los cónyuges. 4. El momento relevante para apreciar la residencia habitual de los cónyuges. 5. La necesaria prueba de la residencia habitual. 6. *Favor divortii* y prohibición de elegir el tribunal competente para conocer del divorcio.

I. Introducción

1. Es un honor poder contribuir al homenaje escrito dedicado al profesor doctor D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, maestro entre maestros, *primus inter pares*. Persona de gran generosidad intelectual y académica, Alfonso Calvo ha cultivado todos los sectores del Derecho internacional privado y del Derecho económico internacional con éxito indiscutido e impacto indiscutible. Sus contribuciones académicas y científicas han alcanzado cotas muy relevantes y señeras en la doctrina española y europea. Es constantemente citado por doctrina de todos los rincones del mundo y sus estudios, siempre rigurosos y profundos, han hecho reflexionar a distintas generaciones de juristas desde la segunda mitad de los años setenta del pasado siglo hasta el presente. La doctrina de Derecho internacional privado está y estará siempre en deuda con las contribuciones de Alfonso-Luis Calvo Caravaca. Entre sus preocupaciones intelectuales siempre han destacado las relativas al papel de las conexiones “nacionalidad” y “residencia habitual” en sectores del Derecho internacional privado tales como las sucesiones internacionales y el divorcio transfronterizo, y tanto en el nivel de la Ley aplicable como en correspondiente a la competencia internacional de autoridades. Hoy, aquí, de modo muy breve y modesto, a modo de humilde tributo, se analizan algunos perfiles del foro de la residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de presentar la demanda de divorcio en el marco, en el contexto y en el escenario del vigente Reglamento Bruselas III-ter y al hilo de la jurisprudencia europea y española sobre el art. 3 de dicho Reglamento¹.

II. Caracteres de los foros de competencia en materia matrimonial en el Reglamento Bruselas II-ter

2. La piedra angular, auténtica clave de bóveda del entero sistema de competencia internacional en relación con los litigios de divorcio, separación legal y nulidad matrimonial, escribe G. JOHN, es el art. 3 RB II-ter². Este precepto recoge siete foros distintos de competencia judicial internacional aplicables a los litigios internacionales de separación, nulidad y divorcio³. Se trata de foros alternativos de compe-

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-124298OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ Proyecto PID2021-124298OB-I00 financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias (CONCOPAN)”, así como del Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa, del Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa), de la Red Europa-España de Derecho internacional privado (coordinador: Javier Carrascosa), de APEDIP (asociación de profesores y expertos de Derecho internacional privado) (www.apedip.org) y del Grupo Accursio de investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: Javier Carrascosa.

² G. JOHN, “Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 1”, *GPR*, 15, 2, 2018, pp. 70-79; Id., “Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. Teil 2”, *GPR*, 15, 3, 2018, pp. 136-142.

³ Para una correcta comprensión e intelección del art. 3 RB II-ter, sigue siendo esencial la consulta del Informe oficial del Convenio 28 mayo 1998 (redactado por la profesora A. BORRÁS) en DOCE C 221 de 16 julio 1998. La bibliografía sobre este Reglamento y sobre su art. 3 es inabarcable. *Vid.*, con ulteriores referencias, entre otros muchos, P. ABARCA JUNCO, “El Convenio Europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial”, en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2000, pp. 271 ss.; B. ANCEL / H. MUIR-WATT, “La désunion européenne: le Règlement dit *Bruxelles II*”, *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 403-457; M. ANDRAE, “Antrag auf Scheidung der Ehe bei einem Scharia-Gericht im Libanon und in Deutschland (zu OLG Hamm, 6.1.2017, II-3 UF 106/16, unten S. 263, Nr. 20)”, *IPRax*, 38, 3, 2018, pp. 243-248; A. BALTHASAR-WACH, “Die Neufassung der Brüssel IIA-VO: Übersicht wesentlicher Änderungen von der Brüssel IIA-VO zur Brüssel IIB-VO”, *ZfRV*, 63, 1, 2022, pp. 20-30; A. ERNOUX, “Divorce international: questions de compétence”, en P. WAUTELET/S. PFEIFF (DIR.), *Droit familial international*, Liège, Anthemis, 2022, pp. 7-34; P. BEAUMONT/K. TRIMMINGS, “Court of Justice of the European Union’s case law on family law matters under Brussels IIA and maintenance”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border*

tencia judicial internacional. Ello significa que basta con que concurra uno de tales los foros, para que los tribunales del Estado miembro ante el que se ha presentado la demanda de separación, nulidad del matrimonio o divorcio, se declaren competentes. Así lo indica la jurisprudencia del TJUE (STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY*, [nacional italiano y nacional alemana casados en Dublín y divorcio en Austria], FD 25; Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 27; STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind*; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* y STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*) y la española, que es abrumadoramente abundante al respecto (*vid.* por todas, SAP Barcelona 15 noviembre 2022 [cónyuges brasileños]; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]; SAP Zaragoza 10 junio 2022 [matrimonio celebrado en Cuba]; AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [divorcio entre cónyuges españoles y residencia de la demandada en los EE.UU]; AAP

litigation in Europe, Oxford, Hart, 2017, pp. 711-739; C. BRIÈRE, “Nota a Sent. TJUE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 184-199; A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis”, *Revue critique de droit international privé* 2017-4, pp. 511-534; F. CALVO BABIÓ, “Agentes contractuales de la Unión Europea destinados en un tercer país, ¿se pueden divorciar en un Estado miembro? Y, ¿qué pasa con los diplomáticos? (STJUE de 1 de agosto de 2022)”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2023-1, vol. 15, pp. 915-923; C. CAMPIGLIO, “Conflitti positivi e negativi di giurisdizione in materia matrimoniale (Positive and Negative Conflicts of Jurisdiction in Matrimonial Matters)”, *RDIPP*, LVII, 3, 2021, pp. 497-532; C. CAMPIGLIO, “Il foro della residenza abituale del coniuge nel Regolamento (CE) N° 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 242-249; B. CAMPUZANO DÍAZ, “La aplicación del Reglamento 2201/2003 por el Tribunal Supremo: Respuestas a cuestiones problemáticas”, en M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. VELASCO RETAMOSA (COORD.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 269-292; L.F. CARRILLO POZO, “Competencia judicial internacional en supuestos de divorcio de mutuo acuerdo: auto de la AP de Alicante (Sección 4) Núm. 331/2020 de 22 de diciembre”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 673-683; M. CASADO ABARQUERO, “Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intra-comunitarias: a propósito del auto de 12 de noviembre de 2020 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2021-2, vol. 13, pp. 704-713; E. CASTELLANOS RUIZ, *La competencia de los tribunales en el Derecho de familia internacional: Reglamentos europeos 2201/2003 - Reglamento 2019/1111- y 4/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo”, *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 3, 2019, pp. 749-764; A. DURÁN AYAGO, “¿Es la nacionalidad un criterio discriminatorio en la determinación de la competencia judicial internacional en crisis matrimoniales? A propósito de la STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-522/20, OE y VY”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-2, vol. 14, pp. 1069-1074; A. FONT I SEGURA, “La nacionalidad como factor distintivo en la atribución de competencia judicial internacional en materia matrimonial: Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de febrero de 2022, Asunto C- 522/20, OE y VY”, *La Ley Unión Europea*, nº 103, 2022; S. FULLI-LEMAIRE, «Retour sur la résidence habituelle des époux au sens du Règlement « Bruxelles II bis » - Civ. Ire, 30 nov. 2022, nº 21-15.988», *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 427-435; E. GALLANT, “Nota a la STJUE 29 noviembre 2007, *López*, asunto C-68/07”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 343-356; L. GARCÍA-ÁLVAREZ, «La determinación de la residencia habitual en las crisis matrimoniales transfronterizas y la importancia de su fundamentación en las resoluciones judiciales», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2023-1, vol. 15, pp. 356-384; H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en Droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 9-206; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «What's New in Regulation (EU) No 2019/1111?», *Yearbook of Private International Law XXI (2020/2021)*, pp. 95-132; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Choice of court and residual jurisdiction in divorce: a plea for reform that is not expected any time soon?”, *NIPR*, 39, 4, 2021, pp. 701-713; M.A. LUPOLI, *La crisi matrimoniale e genitoriale nello spazio di giustizia europeo: giurisdizione, circolazione delle decisioni e sottrazione internazionale di minori*, Pisa, Pacini giuridica, 2022; P. MAESTRE CASAS, “Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 290-304; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (EDS.), *Brussels IIbis Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017; L.A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona”, *CDT*, 12, 1, 2020, pp. 657-672; L.A. PÉREZ MARTÍN, «Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 422-443; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 468-474; M.J. SÁNCHEZ CANO, “Inconvenientes que suscitan las crisis matrimoniales con elementos internacionales: comentario a la SAP Zaragoza (Sección Segunda) de 16 de noviembre de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 792-800; F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «Alcance de la competencia residual en materia matrimonial. Análisis crítico de la reciente interpretación del TJUE en su Sentencia C-501/20», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2023-1, núm. 45; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, «El Reglamento (UE) 2019/1111 y la continuidad de los foros de competencia en materia matrimonial: resultados en el contexto actual», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, núm. 19-20, pp. 301-325.

Valencia 12 noviembre 2020 [residencia habitual de menores en Francia])⁴. En particular, una reconstrucción hermenéutica de la jurisprudencia del TJUE, como la llevada a término por B. RENTSCH, permite extraer algunas conclusiones positivas y otras con perfiles críticos sobre el criterio “residencia habitual” de los cónyuges como foro de competencia internacional⁵. Y todo ello en el entendimiento de que el Derecho procesal civil internacional constituye el primer peldaño de la Justicia en Derecho internacional privado, como ha dejado escrito P. MANKOWSKI⁶. En esta línea, este precepto es el centro de gravedad de todo el sistema de competencia internacional en relación con el divorcio transfronterizo⁷.

3. Estos foros recogidos en el art. 3 RB II-ter son aplicables también, enfatizan M. PIKA / M.-P. WELLER, a los divorcios privados, si bien, y ante la falta de jurisprudencia relevante al respecto, la cuestión no es pacífica en la doctrina⁸. Porque si son divorcios “privados”, esto es, que se producen sin que intervenga autoridad pública o privada alguna, no existe “autoridad”, y si no hay autoridad que interviene para dictar el divorcio, más complicado será que deban aplicarse criterios o foros para fijar la competencia internacional de la autoridad.

4. Resulta totalmente irrelevante que otros tribunales de otros Estados miembros puedan también tener a su favor alguno de los foros de competencia internacional recogidos en el art. 3 RB II-ter (AAP Lleida 30 noviembre 2017 [divorcio y tribunales rumanos])⁹. Si el foro concurre a favor de los tribunales de un Estado miembro, tales tribunales se declararán competentes.

5. La razón de la alternatividad de estos foros es fácil de comprender. Según expone M.J. CASTELLANOS RUIZ, se trata de ofrecer, al mismo tiempo, diversos foros de competencia judicial internacional para, de ese modo, brindar una respuesta adaptada a la movilidad internacional de las personas¹⁰. Al mismo tiempo, está siempre presente la garantía de que cada foro responde a un vínculo real entre el supuesto de divorcio y el Estado miembro cuyos tribunales resultan competentes, como hace notar M.-P. WELLER¹¹. Este importante dato valorativo, -la residencia habitual al servicio de la libre circulación de personas-, ha sido también destacado por cierta jurisprudencia española que merece ser citada (SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos])¹². De este modo, como ha subrayado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el demandante de divorcio dispone de una muy amplia carta, permanente y siempre activa, de foros de competencia internacional para iniciar un proceso de divorcio. Es el *favor divortiii* en el sector de la competencia internacional de las autoridades para dictar una resolución de

⁴ STJUE 10 febrero 2022, C-522/20, *OE vs. VY*, [ECLI:EU:C:2022:87]; Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG* [ECLI:EU:C:2019:816]; STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez vs. Miguel Enrique López Lizazo* [ECLI:EU:C:2007:740]; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi (Hadady) vs. Csilla Marta Mesko* [ECLI:EU:C:2009:474]; STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Edyta Mikołajczyk vs. M.L. Louise Czarnecka, S. Czarnecki* [ECLI:EU:C:2016:772]; SAP Barcelona 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APB:2022:12347]; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A]; SAP Zaragoza 10 junio 2022 [ECLI:ES:APZ:2022:1302]; AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [ECLI:ES:APPO:2022:249A]; AAP Valencia 12 noviembre 2020 [ECLI:ES:APV:2020:3271A].

⁵ B. RENTSCH, “Präzedenzfall versus Machterhalt: eine kritische Rekonstruktion der EuGH-Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt”, en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 273-302.

⁶ P. MANKOWSKI, “Über den Standort des internationalen Zivilprozessrechts: zwischen internationalem Privatrecht und Zivilprozessrecht”, *RabelsZ*, 82, 3, 2018, pp. 576-617.

⁷ E. CASTELLANOS RUIZ (dir.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter. Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Colección Derecho Internacional, 2023, *passim*.

⁸ M. PIKA / M.-P. WELLER, “Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht (EuGH, S. 90 und OLG München, S. 92)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, pp. 65-72.

⁹ AAP Lleida 30 noviembre 2017 [ECLI:ES:APL:2017:740A].

¹⁰ M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El TJUE y el Reglamento Bruselas II-bis: litigios sobre divorcio”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 217-247.

¹¹ M.-P. WELLER, “Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014-3, pp. 225-233.

¹² SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A].

divorcio¹³. Ello demuestra, una vez más, si es que es necesario subrayarlo todavía en la tercera década del siglo XXI, que el Derecho internacional privado no responde a una „lógica formal de conexiones“, sino a los valores materiales de la sociedad actual, escribe M. LEHMANN¹⁴. El *favor divortii* conquista el mundo, el divorcismo ha ganado la batalla en todo el mundo y muy especialmente, en la Unión Europea. En esta línea, el Derecho internacional privado ha hecho mucho más por la libertad personal de los cónyuges que el Derecho internacional público, fenómeno que, como ha demostrado el fascinante estudio de R. MICHAELS, puede extenderse a todos los derechos humanos aunque el derecho al divorcio no pueda contarse entre los “derechos humanos” protegidos por textos legales internacionales y por las constituciones nacionales¹⁵. Los derechos humanos son realmente implementados, en situaciones con elementos extranjeros, por el Derecho internacional privado, que ha hecho mucho por su respeto y promoción en el escenario legal actual.

6. Estos foros otorgan competencia judicial internacional, exclusivamente, a los tribunales estatales competentes en su conjunto. La precisión del concreto tribunal territorialmente competente debe hacerse con arreglo al Derecho procesal de cada Estado miembro (AAP Madrid 13 marzo 2006)¹⁶. Estos foros sólo se aplican, recuerda R. MAGNUS, en casos con elementos extranjeros y no en supuestos meramente nacionales de divorcio, separación legal y nulidad del matrimonio¹⁷.

7. Por otro lado, son foros cuya aplicación y concurrencia debe ser siempre controlada de oficio. Ello significa que el juez del Estado miembro ante el que se presenta la demanda de divorcio, separación o nulidad, debe controlar de oficio su competencia (AAP Barcelona 7 junio 2000)¹⁸. Debe verificar, en todo caso, si dispone de tal competencia¹⁹.

Si dicho juez comprueba que, con arreglo al Reglamento Bruselas II-ter, carece de competencia y ésta corresponde a tribunales de otro Estado miembro en virtud del Reglamento Bruselas II-ter, se declarará *de oficio* incompetente (art. 18 RB II-ter) (AAP Valencia 24 enero 2024 [cónyuges sin domicilio en España]; SAP Murcia 15 noviembre 2022 [divorcio y demandado con residencia en Francia])²⁰.

También deberá el juez declararse de oficio incompetente en el caso de que compruebe que no es internacionalmente competente con arreglo a los foros del Reglamento Bruselas II-ter ni con arreglo, en su caso, a sus normas de producción interna, incluso aunque no sea competente otro tribunal de otro Estado miembro, como bien puntualiza R. CARO GÁNDARA (AAP Alicante 11 octubre 2023 [competencia internacional y medidas provisionales para divorcio y menores en Albania])²¹.

Por otro lado, si concurre uno de los foros recogidos en el art. 3 RB II-ter, entonces “*el tribunal no puede abstenerse de conocer por falta de competencia internacional aunque las partes no hayan alcanzado un acuerdo a este respecto*”. Es decir, está obligado a conocer del litigio (Auto TJUE 3 oc-

¹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo“, *Actualidad Civil*, n.2, febrero 2023, pp. 1-70 (ISSN: 0213-7100).

¹⁴ M. LEHMANN, “Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 1-30.

¹⁵ R. MICHAELS, “The right to have private rights”, *University of Toronto Law Journal*, 74, 5, 2024, pp. 128-150. En sentido similar, también, F. JIZENG, “The Relative Universality of Human Rights: Theory and Practice”, *Human Rights*, n. 2, March 2013 (<https://ssrn.com/abstract=2593957>).

¹⁶ AAP Madrid 13 marzo 2006 [CENDOJ 28079370222006200065] [ECLI:ES:APM:2006:2530A].

¹⁷ R. MAGNUS, “Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht”, *ZEuP*, 26, 3, 2018, pp. 507-540.

¹⁸ AAP Barcelona 7 junio 2000 [CENDOJ 08019370182000200060].

¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Artículo 3: Competencia general“, en *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter. Relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, (dir. Esperanza Castellanos Ruiz y coord: Castellanos Ruiz, María José), Tirant lo Blanch, Colección Derecho Internacional, 2023, pp. 165-186.

²⁰ AAP Valencia 24 enero 2024 [ECLI:ES:APV:2024:125A]; SAP Murcia 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APMU:2022:3082].

²¹ R. CARO GÁNDARA, “La naturaleza mutable de los foros de competencia del R.1347/2000 en materia matrimonial y su incidencia en el control de oficio de la competencia”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AE-PDIRI, BOE, Un.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 189-194; R. CARO GÁNDARA, “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)”, *diario La Ley*, nº 7641 (31 de mayo de 2011). *Vid.* AAP Alicante 11 octubre 2023 [ECLI:ES:APA:2023:667A].

tubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 30-37)²². El Reglamento Bruselas II-ter no recoge la sumisión de las partes como un foro de competencia internacional en los litigios de divorcio. Este aspecto tiene su explicación pero resulta llamativo, como ha subrayado H. RÖSLER, que los cónyuges puedan seleccionar la ley aplicable a su divorcio, pero no el tribunal que debe dictarlo²³.

8. El alcance de estos foros se circunscribe a la disolución / relajación / nulidad del vínculo matrimonial. Son foros que otorgan competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro pero sólo a los efectos de declarar la separación, la nulidad y el divorcio, y no a otros efectos (SAP Cantabria 13 junio 2008 [divorcio entre peruanos]; AAP Barcelona 17 febrero 2009 [divorcio entre españoles])²⁴.

Los foros recogidos en el art. 3 RB II-ter no se aplican para determinar la competencia del tribunal para adoptar medidas de responsabilidad parental. Por ello, un juez español puede ser competente para conocer de un divorcio entre dos cónyuges con residencia habitual en España, pero no respecto de las medidas relativas a los hijos de tales cónyuges si los hijos residen fuera de España (AAP Barcelona 16 noviembre 2023 [cónyuges chinos con residencia en España y menor con residencia en China])²⁵. Inadmitir la demanda de divorcio en estos casos con el peregrino argumento de que el menor reside fuera de España es un grave error.

Estos foros deben aplicarse, igualmente, para determinar la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros para dictar las llamadas “medidas previas” a la separación y divorcio (AAP Tarragona 17 julio 2009 [divorcio entre española y francés]), así como las medidas provisionales, cautelares o urgentes en materia de divorcio / separación judicial (AAP Teruel 25 noviembre 2010 [cónyuges alemanes])²⁶.

9. Estos foros operan de modo independiente de la voluntad de las partes. Se trata de foros objetivos, basados en circunstancias de los cónyuges, de modo que, si concurren, la oposición de una de las partes a la competencia internacional del tribunal resulta irrelevante (Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG*, FD 30)²⁷. El Reglamento Bruselas II-ter no recoge la sumisión de las partes como un foro de competencia internacional en los litigios de divorcio, tema sobre el que más adelante se volverá, lo que refleja opciones de política jurídica que tratan de conservar la unidad del Derecho internacional privado europeo en la diversidad de sistemas matrimoniales en la Unión Europea, destaca U.P. GRUBER²⁸. Tales opciones de política jurídica aparecen conectados con el papel regulatorio de la sociedad que muestra el Derecho internacional privado, esto es, con el modo de hacer política a través del Derecho internacional privado, como sostiene CH.A. WHYTOCK²⁹.

10. Se trata de foros de competencia internacional “alternativos” o “electivos”, pues, como indican F. SALERNO y C. BRIÈRE, los litigantes pueden elegir cuál de tales foros desean activar³⁰.

²² Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG* [ECLI:EU:C:2019:816].

²³ H. RÖSLER, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung”, *RabelsZ*, vol. 78, n. 1, enero 2014, pp. 155-192.

²⁴ SAP Cantabria 13 junio 2008 [CENDOJ 39075370022008100275]; AAP Barcelona 17 febrero 2009 [CENDOJ 08019370182009200019].

²⁵ AAP Barcelona 16 noviembre 2023 [ECLI:ES:APB:2023:12142A].

²⁶ AAP Tarragona 17 julio 2009 [CENDOJ 43148370012009200069]; AAP Teruel 25 noviembre 2010 [CENDOJ 44216370012010200048].

²⁷ Auto TJUE 3 octubre 2019, C-759/18, *OF vs. PG* [ECLI:EU:C:2019:816].

²⁸ U.P. GRUBER, “Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2012-V, pp. 381-391. En sentido similar, vid. M. FALLON, “Le nouveau droit du divorce international selon le Règlement Rome III: une evolution tranquille”, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012, pp. 291-318.

²⁹ CH.A. WHYTOCK, “Politics and Private International Law” en *Research Methods in Private International Law* (X. KRAMER & L. CARBALLO PIÑEIRO EDS.), 2024 (<https://doi.org/10.4337/9781800375536.00008>), *UC Irvine School of Law Research Paper No. 2024-14*, pp. 19-36.

³⁰ F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84; C. BRIÈRE, “Nota a Sent. TJUE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 184-199.

No existe prevalencia alguna entre unos y otros foros y ninguno de ellos es “excepcional” en relación a otro u otros (sentencia de la Cour de Cassation, Francia, 24 septiembre 2008, STJCE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi*)³¹. Ello incrementa exponencialmente las posibilidades de acudir a tribunales de distintos Estados para solventar la crisis matrimonial. Este enfoque es consecuencia de la estructura profunda (“*l'économie du texte*”) del art. 3 RB II-ter. El por qué del carácter alternativo de los foros de competencia internacional se explica fácilmente: el legislador europeo quiso ampliar al máximo el número de tribunales, en los Estados miembros, con competencia para dictar un divorcio separación legal o nulidad matrimonial porque de ese modo, potencia la división del matrimonio, *el favor divortii*. El carácter alternativo de los foros de competencia internacional (art. 3 RB II-ter) ha suscitado diversas críticas, muy bien argumentadas por C. BRIÈRE³².

En primer lugar, se ha dicho que el Reglamento Bruselas II-ter permite que conozcan del litigio relativo a la crisis matrimonial los tribunales de todos los Estados miembros conectados con la situación mediante algún tipo de vinculación, como la nacionalidad y la residencia habitual de ambos cónyuges. Éstos acudirán a los tribunales del Estado ante los cuales les resulte más económico y sencillo plantear la controversia (= costes de litigación internacional reducidos). Ahora bien, el Reglamento Bruselas II-ter ha preferido no admitir la elección de tribunal por las partes. Ello hace que un cónyuge trate de acudir a los tribunales de un Estado antes que el otro cónyuge (*Race to The Courthouse*). De ese modo, litigar ante los tribunales de un Estado miembro puede resultar cómodo y económico litigar para un cónyuge, pero caro e incómodo para el otro. Esta consecuencia injusta se solventaría, al menos parcialmente, si el Reglamento Bruselas II-ter admitiera la elección del tribunal competente por los cónyuges. En efecto, en ese caso, el tribunal competente resultaría eficiente para ambos litigantes y los costes de litigación internacional disminuirían para ambos.

En segundo término, se ha subrayado que el Reglamento Bruselas II-ter fomenta espectacularmente el *forum shopping*, ya que las normas de conflicto sobre divorcio pueden ser diferentes en los Estados europeos, apuntan P. MAYER / V. HEUZÉ y ello pese a la llegada del Reglamento Roma III³³. Nacen así los llamados “divorcios *EuroStar*”: los franceses que trabajan en Londres “especulan” con la Ley del divorcio, de manera que el cónyuge que toma la iniciativa, toma también el tren *EuroStar* que atraviesa bajo el lecho marino el Canal de la Mancha y elige la Ley aplicable, pues si presenta la demanda en Londres, se aplicará la Ley inglesa (*Lex Fori Approach*), pero si presenta la demanda en Francia, la Ley francesa regirá el divorcio (*Ley nacional de los cónyuges*). Esta crítica resultaba plenamente acertada pero no era culpa del Reglamento Bruselas II-ter, texto que no regula la cuestión de la Ley aplicable al divorcio, sino que era consecuencia de que la UE carecía de normas de conflicto uniformes en la UE sobre la Ley reguladora del divorcio. El problema ha sido en gran parte solventado, precisan M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, gracias a la elaboración del Reglamento Roma III [ley aplicable al divorcio y a la separación judicial], que contiene normas de conflicto uniformes, iguales para los Estados miembros en dicho Reglamento³⁴. De ese modo, sea cual fuere el tribunal del Estado miembro competente para conocer del divorcio, éste se regirá por la misma Ley sustantiva, de modo que el *Forum Shopping* desaparece. Ahora bien, la perfección no es para este mundo, de modo que el *Forum Shopping* sigue existiendo en esta materia en la UE, pues no todos los Estados miembros participan en el Reglamento Roma III y existen numerosos Estados europeos que no son Estados miembros, como el Reino Unido.

11. En suma, los foros alternativos recogidos en el art. 3 RB II-ter, son numerosos, de modo que, en los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

³¹ Sentencia Cour de cassation, Francia, 24 septiembre 2008 [*Bulletin*, 2008, I, n. 208]; STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* [ECLI:EU:C:2009:474].

³² C. BRIÈRE, “Nota a Sent. TJUE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 184-199.

³³ P. MAYER / V. HEUZÉ / B. REMY, *Droit international privé*, 12ª ed., Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, pp. 376-390. El Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), es conocido como “Reglamento Roma III”.

³⁴ M.-TH. ZIEREIS / S. ZWIRLEIN, „Das Verhältnis von Art. 17 Abs. 2 EGBGB zur Rom III-Verordnung“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2016-2, pp. 103-107.

- (a) La residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda.
- (b) El último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de presentación de la demanda.
- (c) La residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda.
- (d) La residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta.
- (e) La residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda. El demandante debe ser uno de los cónyuges (STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*, FD 52)³⁵.
- (f) La residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda siempre que el demandante sea nacional de ese Estado miembro.
- (g) También son competentes los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges (art. 3.b) RB II-ter). En el caso de Irlanda opera también este criterio, pero el art. 2.3 RB I-ter indica que el concepto de “domicilio” sustituye al concepto de “nacionalidad” para Irlanda y tiene el significado que posee en Derecho irlandés. El demandante debe ser uno de los cónyuges (STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka*, FD 52)³⁶.

II. Competencia internacional y residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda

12. Cuando la residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda se encuentra en el territorio del mismo Estado miembro, los tribunales y autoridades del mismo disponen de competencia internacional para conocer de los asuntos relativos al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (art. 3 RB -II ter). Se trata de un foro de competencia que responde a la lógica neoliberal de la conexión jurisdiccional más eficiente, como destaca P. KINSCH³⁷. Se litiga en el Estado miembro de la residencia habitual común porque es el tribunal más cercano a las partes, el tribunal ante el cual la litis de divorcio será menos costosa para los cónyuges. Y es también el tribunal que puede desarrollar el proceso a un menor coste para la administración de justicia. Todo confluye en el mismo punto, como demuestra S. DNES³⁸. Porque constitucionalidad y eficiencia, normalmente, coinciden de modo sorprendente, apunta S. GRUNDMANN, como dos manos invisibles que se tocan antes de entrar en el juzgado a solicitar un divorcio³⁹.

1. Irrelevancia de la nacionalidad de los cónyuges

13. Cuando ambos cónyuges tienen su residencia habitual en España, la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles en procesos de divorcio se rige, siempre, por el Reglamento Bruselas II-ter y nunca por la LOPJ, sea cual sea la nacionalidad de los cónyuges (SAP Zaragoza 10 junio 2022 [matrimonio celebrado en Cuba]; SAP Madrid 30 junio 2022 [cónyuges marroquíes]; SAP Madrid 8 noviembre 2021 [cónyuges marroquíes]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos])⁴⁰.

³⁵ STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka* [ECLI:EU:C:2016:772].

³⁶ *Vid.* nota anterior.

³⁷ P. KINSCH, “Trois visions de l’avenir d’un droit international privé néolibéral”, en *Liber amicorum Angelo Davi: La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193. También en P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2019, tome 402, pp. 9-384.

³⁸ S. DNES, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

³⁹ S. GRUNDMANN, “Pluralistische Privatrechtstheorie”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 86, 2022, n.2, pp. 364-420.

⁴⁰ SAP Zaragoza 10 junio 2022 [ECLI:ES:APZ:2022:1302]; SAP Madrid 30 junio 2022 [ECLI:ES:APM:2022:10249]; SAP Madrid 8 noviembre 2021 [ECLI:ES:APM:2021:12279]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A].

14. Resulta muy llamativa, -por ser misericordiosos a la par que magnánimos en el calificativo-, la actitud de cierta jurisprudencia española en este punto, empeñada en ignorar con singular contumacia el Reglamento Bruselas II-ter y en aplicar, de modo totalmente improcedente, la LOPJ por la razón (?) de que los cónyuges o alguno de los cónyuges, no ostentan la nacionalidad de ningún Estado miembro (SAP Castellón 25 mayo 2015 [divorcio entre cónyuges marroquíes]; SAP Huelva 21 octubre 2013 [alimentos entre cónyuges marroquíes])⁴¹.

En algún caso, el Ministerio Fiscal ha seguido la equivocadísima tesis de solicitar la incompetencia de los tribunales españoles porque el demandado no tiene su domicilio en España con arreglo al art. 50 LEC, lo que constituye un doble y flagrante error, ya que tal precepto no regula la competencia internacional, sino la competencia territorial y por otro lado, sólo es aplicable en el caso de que, con arreglo a las normas aplicables, la jurisdicción española disponga de competencia internacional. Otros tribunales españoles siguen el equivocado pero muy español cauce del *totum revolutum*: se declaran competentes porque así se deriva, al mismo tiempo, del art. 22 LOPJ y del art. 3 RB II-ter, lo que resulta plenamente incorrecto (SAP Murcia 10 octubre 2013 [sentencia francesa], SAP Asturias 16 julio 2009 [divorcio entre marido italiano y esposa española casados en Gibraltar])⁴².

15. Este foro opera también cuando ya no existe “domicilio conyugal común”, pero ambos cónyuges residen habitualmente en el mismo Estado miembro, pero por ejemplo, en distintas poblaciones, en el momento de presentación de la demanda.

2. Concepto de “residencia habitual”

16. Este concepto es clave en el funcionamiento del Reglamento Bruselas II-ter. El Reglamento Bruselas II-ter no define, ni en su texto normativo ni en sus “considerandos”, el concepto de “residencia habitual”. Sin embargo, puede afirmarse que el concepto de “residencia habitual” es un concepto autónomo y propio del Reglamento Bruselas II-ter que debe ser observado por todas las autoridades de todos los Estados miembros en el Reglamento Bruselas II-ter. No se puede emplear, naturalmente, como muy bien subraya la STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia], el concepto español de “residencia habitual” (AAP Lleida 27 septiembre 2018 [menores con residencia habitual en Francia]; sentencia Cour de cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [divorcio de dos ciudadanos belgas])⁴³. Es un concepto europeo, a interpretar y concretar con arreglo a los cánones europeos de construcción de dicha noción, bien descritos por L. DE LIMA PINHEIRO⁴⁴. Cuestión muy diferente es el “contagio inverso” de las nociones de Derecho internacional privado europeo en el contexto del Derecho internacional privado nacional, como ha destacado C. SOPHIE RAPATZ: el concepto de residencia habitual terminará por trasladarse al Derecho internacional privado nacional de los Estados miembros más pronto que tarde⁴⁵.

17. La residencia habitual se corresponde con el lugar del “centro social de vida” o “lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable”. La residencia habitual de una persona es el lugar donde ésta tiene el centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 38; STS 21 noviembre 2017

⁴¹ SAP Castellón 25 mayo 2015 [CENDOJ 12040370022015100169]; SAP Huelva 21 octubre 2013 [CENDOJ 21041370012013100501].

⁴² SAP Murcia 10 octubre 2013 [CENDOJ 30030370042013100607]; SAP Asturias 16 julio 2009 [CENDOJ 33044370042009100266].

⁴³ STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; AAP Lleida 27 septiembre 2018 [ECLI:ES:APL:2018:476A]; Sentencia Cour de cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [ECLI:ES:CCASS:2022:C100857].

⁴⁴ L. DE LIMA PINHEIRO, “A interpretação no direito internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, n.2, vol. 11, pp. 496-509.

⁴⁵ C. SOPHIE RAPATZ, *Das Internationale Privatrecht der EU – Vorbild oder Vormacht? Abgrenzungen und Wirkungen im Verhältnis zum nationalen und völkerrechtlichen Kollisionsrecht*, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 2023, pp. 33-39.

[divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio], SAP Tarragona 10 abril 2015 [divorcio entre cónyuges lituana y ruso con residencia habitual en España]; Ordenanza Cassazione, Italia, 25 junio 2010; sentencia Cour de cassation, Francia, 14 diciembre 2005, sentencia Corte di cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga]⁴⁶).

18. La residencia habitual representa un “*vínculo real, objetivo, serio y efectivo con el territorio del Estado miembro*” (AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España])⁴⁷. La “residencia habitual” es una cuestión de hecho. El tribunal que conoce del asunto debe comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias de hecho propias del caso concreto, dónde tiene su residencia habitual el cónyuge en cuestión.

19. La “residencia habitual” está constituida por dos elementos: (i) la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y (ii) una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 57; sentencia Cour de Cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [divorcio de dos ciudadanos belgas]; AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio entre española y marroquí])⁴⁸. La presencia física es imprescindible, -como demuestra N. JOUBERT-, para hablar de residencia habitual en un país concreto⁴⁹.

20. No es relevante que sea una residencia “temporal”. Es relevante que el sujeto tenga su centro social de vida, de modo estable y con la intención de permanecer, en un concreto Estado miembro, aunque sea de modo temporal. El centro social de vida es el lugar donde la persona dispone del núcleo principal de sus relaciones con otras personas. Así, la “residencia habitual” constituye un foro “*flexible, realista y adaptado al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial y genera un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada*” (SAP Girona 22 abril 2015 [divorcio entre cónyuge de nacionalidad hindú y cónyuge demandado portugués])⁵⁰. Así, una residencia puramente temporal en España no es residencia habitual en España (AAP Lleida 9 septiembre 2021 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España]: “*no estamos frente a una presencia en España que pudiéramos calificar de duradera, ni existe constancia de que la intención de la demandada fuera establecerse con carácter definitivo aquí... de hecho, tras unos pocos meses en España ha regresado nuevamente a su país en un ínterin de pocos meses estuvieron viviendo en España, sin que constara su vocación de permanencia ... la conexión de todo ello con España es casi inexistente y más para una persona que jamás llegó a integrarse en este país ni tiene arraigo alguno con él...*”)⁵¹. Del mismo modo la AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana] indica que “*la residencia temporal en España de la demandante por motivos laborales no obtiene esta vocación de estabilidad, como se desprende del hecho de que el centro de sus intereses habitacionales permanentes se encuentre aún en su domicilio familiar habitual en Rumanía, en el que pretende vivir junto con su hija menor, por lo que solicita en su demanda la asignación de su uso, lo que impide el simultáneo reconoci-*

⁴⁶ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443]; SAP Tarragona 10 abril 2015 [CENDOJ 43148370012015100171] [ECLI:ES:APT:2015:440]; Ordenanza Corte di cassazione, Italia, 25 junio 2010 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 415]; Sentencia Cour de Cassation, Francia, 14 diciembre 2005 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, pp. 853-855]; Sentencia Corte di cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750].

⁴⁷ AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A].

⁴⁸ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955]; AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio marroquí] [ECLI:ES:APZ:2023:195A]; Sentencia Cour de cassation, Francia, 30 noviembre 2022 [ECLI:ES:CCASS:2022:C100857]; AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio marroquí] [ECLI:ES:APZ:2023:195A].

⁴⁹ N. JOUBERT, “La résidence de l’enfant du divorce face à la demande de modification de la décisions relative à la garde et aux aliments” (nota a Sent. TJUE 15 febrero 2017, C-499/15)”, *RC DIP*, 2018-1, pp. 138-143.

⁵⁰ SAP Girona 22 abril 2015 [CENDOJ 17079370012015100074] [ECLI:ES:APGI:2015:256].

⁵¹ AAP Lleida 9 septiembre 2021 [ECLI:ES:APL:2021:466A].

miento de otra distinta residencia habitual en España” de modo que “la residencia y empadronamiento de los esposos en España se debe al desempeño de su trabajo como temporeros, careciendo en este país de domicilio fijo”⁵².

21. No es relevante la duración temporal concreta de la permanencia de una persona en un concreto país. Una residencia habitual puede adquirirse tras un mes de estancia en un país, tras un año o tras una semana. Lo que resulta relevante es que la persona mantenga en dicho lugar la mayor parte de sus relaciones sociales y que éstas sean significativas y sustanciales. Presencias vacacionales o estacionales no constituyen, *per definitionem*, “residencia habitual” (AAP Murcia 11 febrero 2021 [divorcio entre sujetos no residentes en España])⁵³. No obstante, cuanto más tiempo pase una persona en un país, más probable será que tenga en dicho país su “residencia habitual”. La acreditación de cuáles son y qué calidad tienen las relaciones sociales que una persona mantiene en un concreto país es una cuestión, que, como apunta T. KRUGER, está siempre sujeta a prueba procesal ante los tribunales que conocen del asunto⁵⁴. Así lo confirma también la jurisprudencia española (SAP Asturias 5 mayo 2016 [matrimonio celebrado en Las Vegas y divorcio])⁵⁵. Una presencia en España al objeto de trabajar como “temporero” tampoco significa “residencia habitual” (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [divorcio en España y residencia habitual en Rumanía])⁵⁶.

22. No es relevante que el sujeto tenga intención de retornar a otro país. Lo que importa es el Estado miembro en el que el sujeto tiene su centro social de vida en el momento presente.

23. No es significativo a los efectos del art. 3 RB II-ter ni decisivo, que el sujeto siga inscrito en Registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales. Por ello, la inscripción del sujeto en Registros públicos o Padrón de un lugar no supone, automáticamente, que el sujeto tenga en dicho lugar su “residencia habitual” (muy correcta: STS 21 noviembre 2017 [divorcio entre español y mujer británico-egipcia]; sentencia Corte di Cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [divorcio entre ciudadana italiana residente en Italia y ciudadano belga]; AAP Barcelona 8 abril 2011 [divorcio y demandada española con domicilio en Argentina, aunque inscrita en padrón municipal español])⁵⁷. Es cierto, no obstante, que la residencia habitual de los cónyuges puede acreditarse mediante un certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento correspondiente. Dicho certificado debe operar como un “principio de prueba” que puede, o no, ser desvirtuado por la prueba documental presentada de adverso por la otra parte (AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [divorcio entre cónyuges rusos]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [divorcio y empadronamiento en España])⁵⁸.

La residencia habitual debe ser “real y efectiva” más allá de lo que indique el padrón municipal español o extranjero (AAP Barcelona 20 octubre 2017 [divorcio y demandada con domicilio en Alemania])⁵⁹. Como indica la SAP Murcia 15 noviembre 2022 [divorcio y demandado con residencia en Francia], el art. 3 RB II-ter se refiere a la “residencia habitual” y no a la “residencia legal”⁶⁰. Cuentan los datos de hecho más que los datos puramente formales y legales, destaca CH. CHALAS⁶¹.

⁵² AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

⁵³ AAP Murcia 11 febrero 2021 [ECLI:ES:APMU:2021:262A].

⁵⁴ T. KRUGER, “Habitual residence: the factors that courts consider”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 741-754.

⁵⁵ SAP Asturias 5 mayo 2016 [CENDOJ 33024370072016100193] [ECLI:ES:APO:2016:1443].

⁵⁶ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

⁵⁷ STS 21 noviembre 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4113]; Sentencia Corte di cassazione, Italia, 17 febrero 2010 [*Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 750]; AAP Barcelona 8 abril 2011 [CENDOJ 08019370122011200074] [ECLI:ES:APB:2011:2097A].

⁵⁸ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A]; SAP Barcelona 5 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4574A]; AAP Tarragona 18 mayo 2018 [ECLI:ES:APT:2018:515A].

⁵⁹ AAP Barcelona 20 octubre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7521A].

⁶⁰ SAP Murcia 15 noviembre 2022 [ECLI:ES:APMU:2022:3082].

⁶¹ CH. CHALAS, “Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l’enfant dans le Règlement Bruxelles II bis”, *RCDIP*, 2018-I, pp. 115-125.

Es conveniente insistir en el carácter fáctico de la residencia habitual en el art. 3 RB II-ter para evitar, como bien enfatiza A. DUTTA, que se produzca una „domiciliación“ de la „residencia habitual“, esto es, una formalización del concepto hecha *mos anglicus*, en el que los elementos jurídico-formales tiene un peso decisivo⁶².

No es necesario añadir nada más a la residencia habitual: no tiene por qué ser una „residencia legal“ desde el punto de vista del Derecho Administrativo de Extranjería, explica P. MANKOWSKI⁶³. Tampoco tiene sentido alguno exigir una residencia habitual „efectiva“, como bien advierte G. SCHULZE⁶⁴.

Por otro lado son frecuentes los movimientos estratégicos de ciertos cónyuges que se trasladan a un país, se empadronan y luego alegan que disponen de su residencia habitual en dicho país aunque, en realidad, no es así, como ha indicado A. BONOMI⁶⁵. De ese modo, en la SAP Alicante 6 marzo 2023 [divorcio y demandado con empadronamiento en Austria] se observa que un sujeto se trasladó a Austria para empadronarse allí y así lo hizo, y acto seguido interpuso demanda de divorcio en Austria⁶⁶. En realidad, el sujeto seguía residiendo habitualmente en España. Con ello trató de evitar la competencia internacional de los tribunales españoles *ex art. 3 RB II-ter*. Por eso dice la sentencia citada que „*resulta evidente que cuando la parte actora interpuso la demanda de divorcio en Austria en 2020, en dichas fechas el demandado no consta que tuviera su residencia en dicho país, en los términos de habitualidad que se exigen por la jurisprudencia indicada, y ello pese a su empadronamiento en dicho país del demandado, que únicamente revela una residencia puramente formal, pero no con la habitualidad que se exige para este tipo de supuestos, sino que por el contrario de los documentos mencionados, revelan que en 2020 el demandado vivía en España, y así consta que continuó en 2021*“.

24. La “mera estancia” del sujeto en un Estado Miembro no constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento Bruselas II-ter (SAP La Coruña 17 junio 2002). La mera “residencia pasajera” o “precaria” del sujeto en un Estado Miembro tampoco constituye “residencia habitual” a efectos del Reglamento Bruselas II-ter, apunta I. GALLMEISTER⁶⁷.

25. No es relevante el hecho de que un cónyuge o ambos viajen con mucha frecuencia a un Estado miembro o a un tercer Estado, pues en dicho caso falta la nota de la “habitualidad de la residencia” (AAP Madrid 31 enero 2012 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España])⁶⁸.

26. La mera “intención de residir habitualmente en un país” no es suficiente para crear la residencia habitual en dicho Estado, precisa F. SALERNO⁶⁹. Ello fomentaría el *forum shopping*, la carrera a los tribunales y el conflicto de competencias entre tribunales de distintos Estados miembros, y haría que el foro no fuera previsible para nadie.

27. Como han señalado M. MELLONE y A. RICHEZ-PONS, el concepto de residencia habitual está sujeto a distintas claves de lectura dentro del mismo Reglamento Bruselas II-ter⁷⁰. Ello significa que

⁶² A. DUTTA, „Der gewöhnliche Aufenthalt - Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 139-146.

⁶³ P. MANKOWSKI, “Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017, pp. 40-49.

⁶⁴ G. SCHULZE, „Das Personalstatut bei ineffektiver Mehrstaatigkeit (BGH, S. 609)“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2016, pp. 575-578.

⁶⁵ A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles IIbis, *RCDIP*, 2017-4, pp. 511-534.

⁶⁶ SAP Alicante 6 marzo 2023 [ECLI:ES:APA:2023:442].

⁶⁷ I. GALLMEISTER, “Nota a Civ. Ire, 17 nov. 2021, n° 20-19.420”, 6 diciembre 2012, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/bigamie-des-regles-de-conflict-de-lois-en-matiere-de-divorce/h/14fa637cfee5bc3442bc87f572b87869.html>.

⁶⁸ AAP Madrid 31 enero 2012 [CENDOJ 28079370222012200022] [ECLI:ES:APM:2012:2375A].

⁶⁹ F. SALERNO, “I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84.

⁷⁰ M. MELLONE, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 865-716; A. RICHEZ-PONS, “La notion de résidence”, en H. FULCHIRON / C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, pp. 149-160.

dicho concepto debe ser entendido en sentidos distintos según sea la norma en la que se contiene el concepto, su finalidad y objetivos. Así, en el sector de la competencia judicial internacional relativa al divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, el elemento subjetivo (= las intenciones de las partes) debe ser potenciado, lo que conduce a un concepto amplio de residencia habitual, con el fin de facilitar el acceso a los tribunales en materia de crisis matrimoniales. Por el contrario, en las normas que regulan la responsabilidad parental, el concepto puede ser sometido a interpretación restrictiva o expansiva según lo exija el interés superior del niño.

28. El tribunal que conoce del caso debe determinar “en cada caso en atención a elementos objetivos extraídos de las circunstancias concurrentes” cuál es el país de residencia habitual de los cónyuges (SAP Alicante 6 marzo 2023 [divorcio y demandado con empadronamiento en Austria])⁷¹.

29. La exigencia de seis meses o un año de residencia habitual en un Estado miembro, requerida por algunos foros del art. 3 RB II-ter, es un dato objetivo. Así se evitan polémicas sobre las intenciones y la voluntad de los cónyuges y sobre las razones de la residencia. Se automatiza y simplifica así la regla de competencia internacional (AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio entre española y marroquí]; AAP Barcelona 24 octubre 2019 [menor con residencia habitual en Barcelona y no en Suiza])⁷².

En cuanto al cómputo de estos seis meses o del año, -si el demandante no es nacional del Estado miembro ante cuyos tribunales interpone la demanda-, la STJUE 6 julio 2023, C-462/22, *BM vs. LO* [nacional alemán y nacional polaca y divorcio en Alemania: cómputo de tiempo de residencia habitual del cónyuge demandante] explica cómo hacerlo⁷³. El caso fue el siguiente: BM, nacional alemán, y LO, nacional polaca, se casaron en Polonia en el año 2000. Allí vivieron con sus hijos. Pasados unos años, el marido inició un procedimiento de divorcio ante tribunales alemanes y alegó que había abandonado el domicilio conyugal en Polonia y que, desde entonces, se había mudado a casa de sus padres en su ciudad natal en Alemania. Los tribunales alemanes acreditaron que BM ya había adquirido la residencia habitual en Alemania en la fecha en que presentó la demanda de divorcio pero que no había probado su residencia habitual en dicho Estado miembro durante todo el período de seis meses anterior a esa fecha. La cuestión radicaba en saber si el demandante del divorcio debe acreditar su “*residencia habitual*” en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda desde el inicio de los seis meses previstos en el art. 3 RB II-ter, o si basta la “*mera residencia*”, siempre que el demandante tenga su “*residencia habitual*” en dicho Estado en el momento de presentación de la demanda de divorcio. El problema deriva de una diferencia entre la versión en alemán del art. 3 a) ii) RB II-ter y las demás versiones del precepto en las otras lenguas oficiales. La versión en alemán indica: “*die Ehegatten zuletzt beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat*”. Esto es, la competencia corresponde a los tribunales del Estado miembro donde “*los cónyuges tuvieron ambos su residencia habitual en último lugar, siempre que uno de ellos tenga todavía allí su residencia habitual*”. En las versiones del precepto en otras lenguas oficiales de la UE, se dice que la competencia corresponde a los tribunales del Estado miembro donde “*los cónyuges tuvieron ambos su residencia habitual en último lugar, siempre que uno de ellos tenga todavía allí su residencia* “. Esto es, en estas versiones no se exige que la residencia sea “habitual”. Por otro lado, en el art. 3.a.vi) RB II-ter, es cierto que se dice que son competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre “la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión”, y no se exige, literalmente, que haya residido “*habitualmente*” allí. A partir de ahí comienzan los problemas, porque se trata de decidir si cuando el art. 3 RB II-ter se refiere a “*residencia*”, sin más, se refiere, en realidad, también a residencia “*habitual*”. La cuestión radicaba en saber si el demandante del divorcio debe acreditar su “*residencia habitual*” en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se

⁷¹ SAP Alicante 6 marzo 2023 [ECLI:ES:APA:2023:442].

⁷² AAP Zaragoza 1 febrero 2023 [matrimonio marroquí] [ECLI:ES:APZ:2023:195A]; AAP Barcelona 24 octubre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:8448A].

⁷³ STJUE 6 julio 2023, C-462/22, *BM vs. LO* [ECLI:EU:C:2023:553].

presenta la demanda desde el inicio de los seis meses previstos en el art. 3 RB II-ter, o si basta la “*mera residencia*”, siempre que el demandante tenga su “*residencia habitual*” en dicho Estado en el momento de presentación de la demanda de divorcio. La respuesta del TJUE es clara: no basta con que el demandante haya tenido su simple “residencia” en el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda en el momento en el que presenta tal demanda y que tenga su “residencia habitual” en el territorio de dicho Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda en el momento en el que presenta tal demanda. Es preciso, por el contrario, que el demandante demuestre que ha adquirido la residencia habitual en dicho Estado miembro desde al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda. Esta exigencia de residencia “*habitual*” se justifica en varios argumentos: (a) La necesidad de que dicho demandante acredite, para todo el período en cuestión, que tiene un vínculo real con dicho Estado miembro; (b) La previsibilidad de la competencia de los tribunales de los Estados miembros especialmente para el demandado; (c) La interpretación y aplicación uniformes de los foros de competencia internacional; (d) La seguridad jurídica que proporciona una exigencia rígida de seis meses de residencia habitual del demandante, lo que, al mismo tiempo, no impide la movilidad de las personas dentro de la Unión Europea; (e) Evitar el *forum shopping* y sobre todo el *forum actoris*, pues ello perjudica seriamente la posición legal del demandado por divorcio.

3. Carácter único de la residencia habitual de los cónyuges.

30. Una persona sólo puede tener su residencia habitual en un país a efectos del art. 3 RB II-ter. El TJUE ha dejado claro que una persona sólo puede tener su residencia habitual en un concreto país. Varios argumentos, muy bien sistematizados por S.L. GÖSSL, apoyan esta importante afirmación⁷⁴.

En primer lugar, aceptar que una persona puede tener su residencia habitual en varios países a la vez comportaría una gran inseguridad jurídica, lo que es inaceptable para lograr un espacio europeo de Justicia, en que la seguridad jurídica es un principio fundamental. Ello provocaría dos consecuencias indeseables: (i) haría imprevisible para las partes la determinación de los tribunales competentes para dictar un divorcio y (ii) haría muy compleja la precisión de la competencia por parte del tribunal.

En segundo lugar, un argumento literal también opera aquí: ni el art. 4 RB II-ter ni ninguna otra disposición legal del Reglamento Bruselas II-ter se refieren, en ningún caso, a la residencia habitual en número plural (“*residencias habituales*”). En la STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA*, FD 46-48, un sujeto tenía dos residencias: una entre semana fijada por motivos profesionales en París y otra el resto del tiempo junto a su esposa y sus hijos en Irlanda⁷⁵. El TJUE indicó que la residencia habitual de una persona se sitúa en el lugar donde está el centro permanente o habitual en el que se sitúan sus intereses y no aboga por aceptar que una pluralidad de residencias pueda tener simultáneamente tal carácter. Por tanto, a efectos del art. 3 RB II-ter, un cónyuge puede disponer simultáneamente de varias residencias (STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB*, FD 51; AAP Cantabria 4 mayo 2022 [padres y menores de nacionalidad rumana]), pero únicamente puede tener una sola “residencia habitual”⁷⁶. Esta decisión está en sintonía con la jurisprudencia del TJUE en otros sectores del DIPr. europeo, como destaca I. ANTÓN JUÁREZ⁷⁷. Así, en la STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E.*, el tribunal estimó que el causante sólo puede tener su última residencia habitual en un único país⁷⁸.

31. La residencia habitual iguala a todos los cónyuges en el plano de la competencia internacional en la Unión Europea. Es irrelevante la nacionalidad y el Estado o cultura de origen de la persona en

⁷⁴ S.L. GÖSSL, “Rechtsaktbezogene Einzigartigkeit und subjektive Komponenten – Einige Notizen zum gewöhnlichen Aufenthalt im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht (EuGH, Rs. C-289/20, S. 526)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2022, n.6, pp. 489-489.

⁷⁵ STJUE 25 noviembre 2021, C-289/20, *IB vs. FA* [ECLI:EU:C:2021:955].

⁷⁶ AAP Cantabria 4 mayo 2022 [ECLI:ES:APS:2022:178A].

⁷⁷ I. ANTÓN JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20, *Ib c. Fa.*”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2022-1, vol. 13, pp. 578-590.

⁷⁸ STJUE 16 julio 2020, C-249/19, *JE vs. KF*, [ECLI:EU:C:2020:570].

cuestión. Por ello, cierta doctrina critica la falta de sensibilidad de este foro de competencia en relación con la “diferencia”, con la “alteridad” de los casos de Derecho internacional privado⁷⁹. Frente a ello, otros expertos, como D. DÜSTERHAUS, han destacado que precisamente, por eso, evita toda discriminación entre cónyuges es, por tanto, un criterio más constitucional⁸⁰. En suma, cultura, valores y normas son tres realidades diferentes y el Derecho internacional privado europeo apunta a la libre circulación (valor) como eje inspirador de sus normas por encima del aspecto cultural, según explica M.V. CARAUSAN⁸¹. La libre circulación de las personas en la Unión Europea, potenciada por este criterio de competencia, está en la base de todo el art. 3 RB II-ter. Es un criterio europeo, no nacional de cada Estado miembro, el que, indica P. ELEFTHERIADIS, inspira este precepto legal⁸².

4. El momento relevante para apreciar la residencia habitual de los cónyuges.

32. Interesa acreditar cuál es el Estado miembro en el que residen los cónyuges en el momento de presentación de la demanda (SAP Madrid 16 abril 2012 [con residencia en EE.UU.])⁸³. Residencias habituales anteriores no son relevantes, pues ya no revelan una proximidad del supuesto con dicho Estado miembro que justifique la competencia internacional de los tribunales de dicho Estado. Así, en el caso de varón español casado con mujer norteamericana, que han tenido su residencia habitual en España pero que en el momento de la presentación de la demanda de divorcio ante los jueces españoles residen habitualmente él en Luxemburgo y ella en los EE.UU., los tribunales españoles carecen de competencia internacional con arreglo al art. 3 RB II-ter y deben declararse incompetentes (AAP Madrid 31 enero 2012 [divorcio entre cónyuges sin residencia habitual en España])⁸⁴. Residencias habituales de los cónyuges que se cambian a otro país tras haberse iniciado el litigio de divorcio ante tribunales españoles, no alteran la competencia de dichos tribunales (AAP Toledo 7 marzo 2018 [sentencia de divorcio marroquí], SAP Barcelona 29 julio 2015 [divorcio entre cónyuges alemanes celebrado en Colombia])⁸⁵.

5. La necesaria prueba de la residencia habitual.

33. Es preciso que el tribunal del Estado miembro que examina el caso quede convencido de la residencia habitual común de los cónyuges en un concreto Estado miembro. Para ello, deben seguirse las reglas de acreditación o prueba de tal hecho vigentes en el Estado cuyos tribunales conocen del asunto. A falta de dicha prueba, naturalmente, el foro no puede activarse (AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [divorcio entre cónyuges españoles y residencia de la demandada en los EE.UU.]; SAP Madrid 25 junio 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en España y Portugal]; SAP Girona 24 julio 2019 [cónyuges franceses])⁸⁶. La prueba procesal de la residencia habitual es, lógicamente, más com-

⁷⁹ Es el caso de H. MUIR WATT, “Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité)”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, 2018, t. 389, pp. 1-410, esp. pp. 19-21, referido también al punto de conexión “residencia habitual”.

⁸⁰ D. DÜSTERHAUS, “Wie konstitutionalisiert der EuGH das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union?: Tendenzen und Konsequenzen”, en S.L. GÖSSL (HRSG.), *Politik und internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 61-73; D. DÜSTERHAUS, “Konstitutionalisiert der EuGH das internationale Verfahrensrecht der EU?”, *ZEuP*, 26, 1, 2018, pp. 10-31.

⁸¹ M.V. CARAUSAN, “Is European Union at the Heart of Citizens’ Identity?”, *Juridica*, 2011, p. 59, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1987158>.

⁸² P. ELEFTHERIADIS, “The moral distinctiveness of the European Union”, *International journal of constitutional law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, pp. 695-713.

⁸³ SAP Madrid 16 abril 2012 [*Aranzadi JUR*, n. 178639].

⁸⁴ *Vid.* nota anterior.

⁸⁵ AAP Toledo 7 marzo 2018 [ECLI:ES:APTO:2018:83A]; SAP Barcelona 29 julio 2015 [CENDOJ 08019370122015100479] [ECLI:ES:APB:2015:8063].

⁸⁶ AAP Pontevedra 21 febrero 2022 [ECLI:ES:APPO:2022:249A]; SAP Madrid 25 junio 2013 [CENDOJ 28079370222013100440] [ECLI:ES:APM:2013:11501]; SAP Girona 24 julio 2019 [ECLI:ES:APGI:2019:1064].

plicada que la prueba de la nacionalidad, que suele basarse en documentos oficiales, -como el carnet de identidad y el pasaporte-, que admiten poca discusión. Al contrario, como bien advierte P. MANKOWSKI, no existe un documento que prueba de modo fehaciente cuál es el país que se corresponde la residencia habitual de cada cónyuge⁸⁷.

6. *Favor divortii* y prohibición de elegir el tribunal competente para conocer del divorcio

34. En un escenario de crisis matrimoniales transfronterizas, como ha indicado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el objetivo principal del Reglamento Bruselas II-ter es facilitar el divorcio en el plano jurisdiccional⁸⁸. El legislador europeo piensa que la sociedad europea mejora y que los ciudadanos podrán circular más y mejor si tiene a su disposición un acceso jurisdiccional veloz y sencillo al divorcio y si éste, una vez dictado en un Estado miembro, circula libremente y es reconocido en toda la Unión Europea.

En primer término, el *favor divortii* se aprecia en el hecho de que el Reglamento recoge una extensa lista de (siete) foros de competencia internacional que operan de modo alternativo. De ese modo, las puertas judiciales del divorcio son varias y no sólo una. Existen varios tribunales que pueden conocer del litigio de divorcio, y no sólo „un tribunal del divorcio“. El cónyuge puede presentar su demanda de divorcio ante los tribunales del Estado miembro donde el divorcio le resulte más sencillo, más veloz y menos costoso. Con frecuencia, el cónyuge que desea el divorcio puede „litigar en casa“, esto es, puede solicitar el divorcio ante los tribunales del Estado miembro donde tiene su residencia habitual, donde vive y donde trabaja todos los días. Un acceso abierto al divorcio, directo y económico.

En segundo lugar, el Reglamento prohíbe la elección del tribunal competente por los cónyuges para evitar, precisamente, que exista un solo tribunal competente para pronunciar el divorcio. El Reglamento garantiza que serán siempre varias las autoridades ante las cuales el cónyuge puede solicitar el divorcio: las autoridades de los Estados miembros recogidas en el art. 3 RB II-ter. Toda persona puede presentar su solicitud de divorcio ante cualquiera de las autoridades relacionadas en el citado precepto. Ningún acuerdo atributivo de competencia internacional puede impedirlo. Se elimina, así, la posibilidad de que el tribunal competente para decidir el divorcio sea sólo uno, el tribunal elegido por los cónyuges. Ello reduciría el número de tribunales potencialmente competentes para conocer de un concreto divorcio, con lo que se restringirían las posibilidades mismas de lograr el divorcio. Además, al cónyuge que presenta su demanda de divorcio ante un o de los concretos tribunales contenidos en el art. 3 RB II-ter jamás se le pueden reclamar daños y perjuicios por ello. Es libre de solicitar su divorcio donde quiera, esto es, ante cualquiera de los tribunales recogidos en el art. 3 RB II-ter. En este sentido, el Reglamento Bruselas II-ter, escribe A. LIMANTE, infatigablemente las soluciones, al tratar a los cónyuges como seres incapaces de fijar por acuerdo un tribunal competente para dictar su divorcio⁸⁹. La determinación de los tribunales competentes para pronunciar un divorcio transfronterizo lo hace, de modo alternativo y multiplicado por siete, el art. 3 RB II-ter, esto es, el Poder Político europeo, que sustituye e las partes en la búsqueda del mejor tribunal para pronunciar el divorcio, según muestra L. DE ALMEIDA⁹⁰. Es un enfoque paternalista, es cierto, como ha mostrado J. UNGERER⁹¹. Por otra parte, destaca L. WALKER que el *favor divortii* en este sector crea la paradoja e incoherencia que se observa al admitirse la libre elección de tribunales en otros sectores pero no en relación con los litigios de divorcio⁹². Todo ello resulta todavía

⁸⁷ P. MANKOWSKI, „Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 130-139.

⁸⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo“, *Actualidad Civil*, n.2, febrero 2023, pp. 1-70 (ISSN: 0213-7100).

⁸⁹ A. LIMANTE, „Prorogation of jurisdiction and choice of law in EU family law: navigating through the labyrinth of rules“, *Journal of Private international law*, 2021, n.2, vol. 17, pp. 334-360.

⁹⁰ L. DE ALMEIDA, „Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law“, *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1 | p. 95-128 | Jul/Dez 2018, pp. 96-128.

⁹¹ J. UNGERER, „Nudging in Private International Law“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, volume 85, 2022, n.1, pp. 1-31.

⁹² L. WALKER, „Party autonomy, inconsistency and the specific characteristics of family law in the EU“, *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-2, pp. 225-261.

más llamativo en el momento actual en el que el triunfo de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para arreglar sus diferencias personales, familiares y patrimoniales es evidente en el marco del Derecho internacional privado europeo, como han puesto de relieve, entre numerosos expertos, A. MILLS y C. GONZÁLEZ BEILFUSS⁹³. Ya también si se piensa en modo transatlántico, pues en los Estados Unidos de América, las cláusulas de elección de tribunal en los contratos prematrimoniales son más que frecuentes, recuerda B. AÑOVEROS TERRADAS⁹⁴. En suma, se observa una carencia de coherencia valorativa en los diversos sectores materiales del Derecho internacional privado europeo, según señala F. M. WILKE⁹⁵. Carencia que es resultado, entre otros factores, de la inexistencia de un Derecho internacional privado “bien codificado”, como ha denunciado E.-M. KIENINGER⁹⁶.

En tercer lugar, el fácil acceso al divorcio se asegura a pesar de que ello comporte complicaciones procesales como la litispendencia europea e internacional y a pesar de que se incite al *Forum Shopping*. Eso son males menores y daños colaterales en comparación con el objetivo a alcanzar: facilitar el divorcio a la hora de determinar la autoridad competente al efecto.

⁹³ A. MILLS, “Conceptualiser l’autonomie des parties en droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2019, n.2, pp. 405-417; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia”, *REDI*, 2020-1, pp. 101-116.

⁹⁴ B. AÑOVEROS TERRADAS, “Jurisdiction clauses in international premarital agreements: a comparison between the US and the European system”, *European Review of Private Law*, 26, 4, 2018, pp. 537-577.

⁹⁵ F. M. WILKE, “Dimensions of coherence in EU conflict-of-law rules”, *Journal of Private international law*, 2020, n.1, vol. 16, pp. 163-188.

⁹⁶ E.-M. KIENINGER, „Die weitere Kodifikation des europäischen IPR“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2017-2, pp. 200-208.

La propiedad de los restos del R.M.S. Titanic. Análisis de Derecho internacional privado

Ownership of the wreck of the R.M.S. Titanic. A Private International Law analysis

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 06.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8913

Resumen: El presente estudio tiene por objeto explorar el sistema de Derecho internacional privado británico, estadounidense y español que resulta aplicable para decidir la propiedad de los restos del H.M.S. TITANIC. El examen de los varios y realmente poco útiles instrumentos legales internacionales que se ocupan del régimen jurídico sobre la propiedad de los bienes que integran un pecio arroja un resultado desolador, carente de soluciones de Derecho Privado. Este trabajo defiende que la propiedad del TITANIC debe atribuirse al sujeto que en mayor medida pueda rescatar los bienes del pecio y pueda exponerlos a toda la Humanidad. En dicha perspectiva, es el Derecho internacional privado norteamericano el que resulta más competitivo, al atribuirse la propiedad al salvador de los bienes.

Palabras clave: Titanic, Derecho internacional privado, salvamento marítimo, forum shopping, pecios, patrimonio común de la Humanidad.

Abstract: The purpose of this study is to explore the private international law rules of the United Kingdom, the United States of America and Spain with regard to the ownership of the wreck of the H.M.S. TITANIC. The analysis of the not very useful international legal instruments which deal with the ownership of the assets is more than disappointing, lacking Private Law solutions. This work defends that the ownership of the TITANIC should be attributed to the person who can best rescue the goods from the wreck and expose them to all of Humanity. From this perspective, it is North American private international law that is most competitive, as ownership is attributed to the salvor of the assets found in the Titanic wreck.

Keywords: Titanic, private international law, maritime salvage, forum shopping, wrecks, common heritage of humanity.

Sumario: I. Introducción. 1. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA. Una nave insumergible en las procelosas aguas del Derecho internacional privado. 2. Los derechos reales sobre bienes físicos en supuestos internacionales. A) La regla *lex rei sitae*. Enunciación y alcance. B) La regla *lex rei sitae*. Justificación económica. II. Bienes situados en espacios geográficos problemáticos. 1. Competencia judicial internacional. A) Foros de competencia internacional en Derecho internacional privado europeo y español. B) Foros de competencia internacional en Derecho internacional privado norteamericano. 2. Ley aplicable. Aspectos previos. A) Determinación del territorio del Estado. B) Supuestos no regulados por el art. 10.1 CC. C) Bienes situados en aguas internacionales, espacio aéreo internacional y espacio ultraterrestre. 3. Ley aplicable a los pecios y restos de naufragios. A) Los arts. 373-375 LNM 2014. B) Las reglas especiales desplazadas por los arts. 373-375

LNM. III. La propiedad de los restos del R.M.S. TITANIC. 1. La odisea del TITANIC. A) El R.M.S. TITANIC. B) La noche de la tragedia. C) El descubrimiento del pecio. D) El silencioso expolio del TITANIC. 2. Litigación sobre la propiedad del pecio del R.M.S. TITANIC. Aspectos preliminares. A) Carácter internacional del supuesto. B) Compañías de seguros y pago a las víctimas. C) Interesados en reclamar la propiedad de los restos del TITANIC. D) Convenios internacionales de posible aplicación. a) Convenios internacionales multilaterales sobre Derecho marítimo y patrimonio subacuático. La propiedad del pecio: cuestión no regulada. b) El Convenio internacional entre los Estados Unidos y el Reino Unido sobre el pecio del TITANIC de 6 noviembre 2003. 3. Litigación ante tribunales españoles. A) Criterios de competencia judicial internacional. B) Los arts. 273-375 LNM 2014. Aspectos previos. a) Desplazamiento y no aplicación del art. 10.1 CC. b) Los arts. 373-375 LNM: normas materiales especiales. c) Los preceptos reguladores del salvamento marítimo: el art. 368 LNM. C) Regla general: principio de conservación de la propiedad sobre el pecio y los bienes transportados. a) Derechos de propiedad (inexistentes) en favor de la White Star Line. b) Derechos de propiedad de los pasajeros y tripulación del TITANIC. C) Regla especial: los propietarios disponen del pecio de la nave y de los bienes transportados. D) Regla especial: los propietarios abandonan el pecio de la nave y los bienes transportados en favor del asegurador. E) Regla especial: abandono en favor del salvador. Art. 368 LNM. F) Reglas especiales de atribución de la propiedad al Estado español. a) Adquisición automática de la propiedad en favor del Estado español en el caso de bienes situados en aguas interiores o aguas territoriales de España. b) Bienes situados en la zona económica exclusiva española o el alta mar y que sean propiedad de ciudadanos españoles. c) Buques de Estado españoles y extranjeros. G) Recapitulación: la propiedad del TITANIC ante tribunales españoles. 4. Litigación ante tribunales ingleses y norteamericanos. A) Aspectos generales. a) Patrimonio común de la humanidad vs. propiedad privada. b) El Derecho marítimo anglosajón: un caos dentro de un laberinto oscuro. B) Litigación en el Reino Unido. C) Litigación en los Estados Unidos de América. a) *La American rule*. b) La saga judicial por la propiedad del TITANIC. c) Derechos de las compañías aseguradoras sobre el pecio del TITANIC. d) Litigación por los derechos de acceso y filmación del pecio. e) Litigación por la radio MARCONI del TITANIC. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. Alfonso-Luis Calvo Caravaca. Una nave insumergible en las procelosas aguas del Derecho internacional privado

1. Personalidad y obra difícilmente pueden separarse en el caso de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA. Pasión y método, -el célebre consejo que IVÁN PETRÓVICH PÁVLOV dio a sus discípulos-, probablemente son las dos palabras que sintonizan mejor con su labor en el campo del Derecho internacional privado. Pasión y método son, también, las dos cualidades que caracterizan la personalidad de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA. Maestro de todos los saberes y tonalidades cromáticas del Derecho internacional privado, mentor exigente con puño de hierro y guante de seda, excepcional escritor con un manejo insuperable del castellano, trabajador infatigable, hombre cultísimo en Historia, Literatura, Economía, Filosofía y Derecho, dotado de una mente que todo lo recuerda y poseedor de las difíciles habilidades analíticas precisas para escanciar la más cuidada exégesis jurídica, con un fino sentido del humor lleno de matices, ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA representa, sin duda, la mejor doctrina.

El valor de la contribución de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA al Derecho internacional privado es incalculable. A la par, su labor como faro que ha guiado la formación de los juristas que han, -hemos-, tenido y tenemos la fortuna de trabajar a su lado, reviste una importancia todavía más elevada.

Su personalidad le ha hecho ser una nave perfectamente preparada para surcar las siempre procelosas, tormentosas y agitadas aguas del Derecho internacional privado. El que esto escribe puede afirmar, sin riesgo a equivocarse, que esa nave, pese a los innumerables azares y dificultades de la vida en general y de la vida universitaria en particular, ha sido y es una nave insumergible. Si el TITANIC hubiera sido bautizado con el nombre de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA probablemente no se hubiera hundido jamás y habría sido el *iceberg* el que se hubiera partido en dos.

Valgan estas muy modestas páginas como un humilde homenaje al profesor D. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, al hombre, al profesor, al maestro, al mentor, a la leyenda, al mito.

2. Los derechos reales sobre bienes físicos en supuestos internacionales

A) La regla *lex rei sitae*. Enunciación y alcance

2. En todos los sistemas nacionales de Derecho internacional privado rige, -con ligeros matices diferenciales-, una misma regla general para concretar la ley reguladora de los derechos reales sobre los bienes físicos. Es la regla *lex rei sitae*. Así se puede apreciar en el art. 10.1 CC del Código civil español, cuyo texto en vigor hoy día dispone que: “*La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles*”¹.

3. El art. 10.1 CC recoge, en efecto, la regla *lex rei sitae*, que significa que los derechos reales sobre los bienes, tanto muebles como inmuebles, quedan sometidos, con carácter general, a la Ley del país donde tales bienes se hallan situados. La jurisprudencia acude con frecuencia a la regla citada (SAP Guadalajara 22 septiembre 2020 [liquidación de sociedad conyugal y apartamento en Marruecos]; SAP Málaga 27 mayo 2014 [poder otorgado en Alemania y ejercitado en España tras el fallecimiento del principal en relación con inmuebles sitios en España]; SAP Barcelona 23 enero 2013 [compraventa de inmueble sito en España celebrada por poder en Alemania entre ciudadanos alemanes]; RDGRN 20 enero 2011 [escritura de venta otorgada en Venezuela e inmueble situado en España])².

4. El art. 10.1 CC precisa la ley reguladora de los derechos reales sobre los bienes considerados éstos de modo singular (bienes *uti singuli*). Ello se deduce de la misma letra del precepto, que se refiere, inequívocamente, a los “*bienes inmuebles*” y a los “*bienes muebles*”. Los derechos reales sobre los bienes físicos integrados en un patrimonio jurídico propio, -como una sociedad de gananciales, una herencia, la masa activa de un concurso de acreedores-, se rigen por la ley que regula dicho patrimonio.

¹ La edición original del Código civil español disponía: “*Los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del propietario: los bienes inmuebles, á las leyes del país en que están sitos*”. Esta diferencia entre la ley reguladora de los bienes muebles y la que rige los bienes inmuebles es una creación medieval de la estatutaria italiana y así fue recibida en 1889 por el art. 10.I del Código civil español. Para los estatutarios italianos, los inmuebles quedaban sujetos a la Ley del lugar de su situación (*immobilia regentur lege loci*), pero los bienes muebles, que se consideraban “accesorios de la persona”, quedaban sometidos a la Ley personal del propietario (*mobilia sequuntur personam / mobilia ossibus inhaerent*). Ello se explicaba por el escaso valor que los bienes muebles tenían en el pasado (*res movilis res vilis*), comenta A. REMIRO BROTONS, “Art.10.1 y 2”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 206-228, esp. pp. 208-209. Esta herencia tardía recibida por el art. 10.1 CC es curiosa, porque entre la estatutaria italiana y la codificación decimonónica, ya la Ley 15, Título 14, Partida III, y la Ley 18, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación recogieron la regla *Lex Rei Sitae*, sin distinción entre muebles e inmuebles. Se explica este regreso al pasado por el auge de la Ley personal debida a P.S. MANCINI. En efecto, La tesis bipolar de la Estatutaria italiana llegó, bajo formulaciones diferentes, a las codificaciones del siglo XIX: Código civil francés de 1804, italiano de 1865 y español de 1889. La STS 6 noviembre 1867, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo 16, 1867, p. 340, aplicó, así, la “Ley personal” a los bienes muebles y la Sent. *Chancery Division* 14 octubre 2002, *Garcia and others vs. De Aldama*, [2002 All ER (D) 180 (Oct)], indicó que la transmisión de un manuscrito de “Poeta en Nueva York” de Federico García Lorca y que tuvo lugar en Méjico en 1936, se regía, según el Derecho internacional privado español vigente en 1936, por la Ley española, que era la Ley nacional del propietario transmitente. La aplicación de la Ley personal a las cuestiones reales relativas a los bienes muebles generaba una enorme inseguridad jurídica. En especial, cuando varias personas decían ser propietarias del mismo bien, explica B.L. D’AVOUR, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2018, p. 345. Por ello, en 1974, el art. 10.1 CC fue modificado y los derechos reales sobre todo bien, mueble o inmueble, quedaron sujetos a la Ley del país de su situación. En Francia se siguió una evolución similar pues, aunque el *code* francés sólo se refería a la aplicación de la *Lex Rei Sitae* en relación con los inmuebles, la jurisprudencia hizo aplicable también y en fecha bien temprana, la *Lex Rei Sitae* a los bienes muebles (sentencia de la Cour de Cassation Francia 14 marzo 1837, *Steward, Sirey*, 1837, p. 95).

² SAPGuadalajara22septiembre2020[ECLI:ES:APGU:2020:330];SAPMálaga27mayo2014[ECLI:ES:APMA:2014:441]; SAP Barcelona 23 enero 2013 [ECLI:ES:APB:2013:595]; RDGRN 20 enero 2011 [BIMJ de 8 febrero 2012, pp. 12-13].

Las relaciones entre el art. 10.1 CC y estas otras normas de conflicto son extremadamente problemáticas, como analiza J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, a cuyo estudio se remite en este punto³.

5. En teoría, el reenvío recogido en el art. 12.2 CC permitiría que la Ley del país de situación del bien remitiese al Derecho sustantivo español. Sin embargo, doctrina bien fundamentada y sagaz, -como es el caso de H. STRATTON-, estima que el reenvío no debe aceptarse cuando se trata de aplicar el criterio *lex rei sitae*⁴. La letra del art. 10.1 CC, indica E. VITTA, prohíbe implícitamente el reenvío, ya que el precepto persigue una aplicación inflexible a los derechos reales sobre bienes físicos, de la Ley del Estado donde están situados para, así, asegurar la previsibilidad de la ley aplicable a los particulares⁵. En efecto, la mayor parte de las veces, el reenvío traicionaría las expectativas de las partes en relación con la Ley aplicable, que confían en la aplicación de la *lex situs*. En suma, el art. 10.1 CC impide, de modo implícito pero claro, todo reenvío. Éste es un mecanismo que debe emplearse sólo para mejorar la selección de la Ley aplicable y para hacer aplicable la ley más previsible para las partes y no cuando traiciona el principio inspirador de la norma de conflicto, en este caso, del art. 10.1 CC.

6. Como ha sido indicado, el Derecho internacional privado de la UE no contiene ninguna regla sobre la Ley aplicable a los derechos reales y a su publicidad⁶. Por ello, esta cuestión queda enteramente en manos de cada Estado miembro. El art. 345 TFUE (antiguo 295 TCE) indica, en efecto, que “*los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*”.

B) La regla *lex rei sitae*. Justificación económica

7. La solución *lex rei sitae* se explica por diversas razones muy sólidas. Ello permite comprender por qué esta regla cuenta ya con más de mil años de vida en el Derecho internacional privado occidental. Tanto que ha sido exageradamente entendida como una regla que responde a un principio que es expresión de una verdadera costumbre internacional que apenas cuenta con excepciones. Excepciones rarísimas que sólo deben operar en casos extraordinarios y muy particulares, escribe E. VITTA⁷.

En primer lugar, la regla permite identificar fácilmente la “Ley aplicable al bien”, indican P P. MAYER / V. HEUZÉ⁸. Basta saber cuál es el país de «situación del bien» para detectar la Ley aplicable a las cuestiones reales relativas al mismo. Para averiguar el lugar de situación del bien, basta una «investigación de los hechos». No son precisas «comprobaciones jurídicas», como destaca G. BALLADORE PALLIERI⁹.

En segundo término, la *lex rei sitae* permite a las partes y a los terceros conocer de modo sencillo la Ley aplicable, cuál es la ley estatal reguladora de los derechos reales, según han puesto de relieve T. BALLARINO / A. BONOMI¹⁰. Ello es positivo, visto que los derechos reales afectan y son oponibles «frente a todos» (*erga omnes*). Las transmisiones de propiedad y la constitución de derechos reales sobre bienes físicos son, así, más seguras, al quedar meridianamente claro el contenido del derecho real que se transfiere de un titular a otro. Todos los interesados pueden conocer *ex ante* cuál es la ley reguladora de los derechos reales sobre cualquier bien. La regla *lex rei sitae* conduce a soluciones adecuadas para los particulares implicados, y especialmente los terceros, pues constituye “una conexión racional en términos de efectividad y oportunidad para los sujetos privados”, en palabras de S. CLAVEL¹¹.

³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, segunda edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2022, vol. III, pp. 3608-3620.

⁴ H. STRATTON, «Against renvoi in commercial law», *Journal of Private international law*, 2021, n.3, vol. 17, pp. 524-537.

⁵ E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, UTET, Torino, 1973, vol. III, pp. 9-15.

⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, segunda edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2022, vol. III, pp. 3608-3620.

⁷ E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, UTET, Torino, 1973, vol. III, p. 9.

⁸ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 470-471.

⁹ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, p. 240.

¹⁰ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 547.

¹¹ S. CLAVEL, *Droit international privé*, 5ª ed., Hypercours Dalloz, Paris, 2018, p. 460.

En tercer lugar, la regla *lex rei sitae* se recoge en la mayoría de los sistemas estatales de Derecho internacional privado. No ha hecho falta elaborar un convenio internacional que contenga esta regla y que obligue a los distintos Estados partes. El resultado es positivo: se evita el *forum shopping* porque se litigue donde se litigue, la ley aplicable al derecho real sobre un bien concreto será siempre la ley del país de la situación de dicho bien.

En cuarto término, la regla *lex rei sitae* permite el control estatal de los procesos económicos que se verifican sobre los bienes situados en su territorio, aspecto puesto de relieve por M. VIRGÓS SORIANO, L. PERRAU-SAUSSINE y por P. MAYER / V. HEUZÉ¹². Permite, igualmente, la efectividad de la política del Estado relativa a los bienes y que refleja directrices militares, sociales, económicas y políticas. De ese modo, queda garantizado el “efecto útil” de la legislación de un Estado en materia de derechos reales, pues sean quienes sean los propietarios de los bienes y sus circunstancias, los derechos reales sobre los bienes sitos en el territorio de un Estado siempre quedarán sujetos a lo previsto en la Ley de dicho Estado. En el pasado se sostuvo que la aplicación de la *lex rei sitae* para salvaguardar la soberanía del Estado sobre su territorio. En tal sentido, la regla encaja con la tradición territorialista de las primeras normas de conflicto medievales, destinadas a proteger la “soberanía del Estado sobre su territorio”, destaca D. GUTMANN¹³. Una antigua jurisprudencia del TS, con profundas raíces en las Partidas alfonsinas, enfatizó esta “explicación soberanista” de la regla *lex rei sitae* (STS 23 octubre 1873; STS 29 enero 1875; STS 17 octubre 1901; STS 14 diciembre 1901; STS 9 noviembre 1904)¹⁴. Sin embargo, y frente a ello, es preciso anotar dos precisiones.

En primer lugar, como hace notar E. VITTA, en otras ocasiones, los bienes quedan sujetos a la ley de un Estado que no es el Estado en cuyo territorio se hallan. Es el caso de bienes integrados en una herencia o en regímenes matrimoniales. Por tanto, la *lex rei sitae* no ha sido diseñada para proteger los intereses del Estado ni el ejercicio de la soberanía del Estado sobre las cosas que se hallan en su territorio, sino para asegurar a los particulares que los derechos reales quedan sujetos a una Ley de aplicación previsible a tales sujetos, subraya S. CLAVEL¹⁵. Es decir, la *lex rei sitae* obedece a razones prácticas: ofrece una solución segura y veloz y simplifica la aplicación de la Ley, pues las autoridades del lugar de situación aplicarán su propia ley a los derechos reales sobre bienes situados en su territorio, y no un Derecho extranjero, lo que resulta muy conveniente especialmente cuando se trata de inmuebles¹⁶. Se acude a las autoridades que están más próximas a la cosa y éstas aplican su propio Derecho material.

En segundo lugar, aunque algunos autores han insistido en que la regla *lex rei sitae* encuentra su último fundamento en el Derecho Internacional Público, ya que dicho ordenamiento atribuye a cada Estado el monopolio exclusivo del uso de la fuerza y de su soberanía sobre su territorio, como estableció el TPJI en su famosa sentencia de 7 septiembre 1927, *Lotus*-, ello, en realidad, no es exactamente así¹⁷. En efecto, este enfoque no es exacto, ya que dicho principio jurídico del monopolio del uso de la fuerza sobre el territorio no obliga a aplicar la *lex rei sitae* a los derechos reales, pues se limita, simplemente, a prohibir que un Estado despliegue actos de coerción y poder físico sobre el territorio de otro Estado sin su consentimiento, como ha observado abundante y conspícua doctrina¹⁸.

¹² P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 470-471; M. VIRGÓS SORIANO, “Las cosas y los derechos reales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, partes especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-288, esp. pp. 243-244.

¹³ D. GUTMANN, *Droit international privé*. 6ª ed., Dalloz, Paris, 2009, p. 194. También D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome 2 - *Partie spéciale*, 5ª ed., Paris, puf, 2021, p. 51;

¹⁴ STS 6 junio 1873, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, T.28, 1873, p. 155; STS 29 enero 1875, *Jurisprudencia civil*, vol. 31, p. 254; STS 17 octubre 1901, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, t. 92, 1901-2, núm. 83; STS 14 diciembre 1901, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, T. 92, núm. 143; STS 9 noviembre 1904, *Jurisprudencia Civil*, T. 115, 1904, p. 289.

¹⁵ S. CLAVEL, *Droit international privé*, 5ª ed., Hypercours Dalloz, Paris, 2018, p. 460.

¹⁶ E. VITTA, *Diritto internazionale privato* (tres volúmenes), UTET, Torino, 1973, vol. III, p. 10.

¹⁷ Sentencia del TPJI de 7 septiembre 1927, *Lotus*, *Publications de la CPJI*, Serie A, núm. 10, pp. 18-70.

¹⁸ *Vid. inter alia*, C. STAKER, “Public International Law and the Lex Situs Rule in Property and Foreign Expropriations”, *BYBIL*, 1988, pp. 151-175; L. D’AVOUT, “Embargo international et déni de justice arbitrale (Civ. Ire, 15 janvier 2020, n° 18-18.088)”, *Revue critique de droit international privé*, 2020, 3, pp. 526-538.

II. Bienes situados en espacios geográficos problemáticos

1. Competencia judicial internacional

A) Foros de competencia internacional en Derecho internacional privado europeo y español

8. En el ámbito de la competencia judicial internacional, los problemas que suscitan los litigios relativos a bienes situados fuera de todo espacio sujeto a soberanía estatal no son relevantes. La determinación de los tribunales competentes para decidir sobre derechos reales relativos a bienes situados en espacios indeterminados o en lugares no sujetos a soberanía estatal puede realizarse de modo sencillo. En efecto, existen foros legalmente previstos en el Reglamento Bruselas I-bis y en la LOPJ española que pueden operar perfectamente para otorgar competencia internacional a los tribunales españoles o de otros países¹⁹. Así, por ejemplo, cuando el demandado tiene su domicilio en España (art. 4 RB I-bis), o cuando las partes acuerden litigar ante tribunales españoles (arts. 25-26 RB I-bis), tales tribunales dispondrán de competencia internacional en relación con litigios relativos a derechos reales sobre bienes situados en espacios no sometidos a soberanía estatal, bienes cuyo lugar físico se ignora o bienes situados en espacios de soberanía disputada. Por ejemplo, en los litigios sobre la propiedad de los restos de galeones españoles hundidos en fondos marinos internacionales, podrán conocer los tribunales del Estado de la Unión Europea donde el demandado tenga su domicilio o ante los cuales las partes han pactado litigar. El legislador europeo no emplea el foro de competencia internacional “lugar de situación del bien litigioso” cuando se trata de litigios relativos a derechos reales sobre dicho bien. La ausencia de este foro no supone que exista laguna legal ni tampoco se produce lesión de la tutela judicial efectiva. Las posibilidades, para el actor, de encontrar un Estado miembro ante cuyos tribunales presentar su reclamación, son, pues, elevadas aunque no pueda litigar ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hallen bienes del pecio con el argumento de que los bienes litigiosos se encuentran en dicho territorio.

9. Parece conveniente, en este momento, llamar la atención sobre el art. 7.7 RB I-bis. El precepto citado contiene un foro para otorgar competencia internacional a los tribunales del Estado miembro en relación con los litigios *relativos al pago de la remuneración reclamada en razón del auxilio o el salvamento*. En estos casos, conoce de estos litigios el juez del Estado miembro en cuya jurisdicción dicho cargamento o flete haya sido embargado para garantizar dicho pago, o habría podido ser embargado a tal fin, pero se ha prestado una caución o cualquier otra garantía (art. 7.7 RB I-bis). Este foro no cubre las controversias relativas a la propiedad de los bienes salvados, sino sólo a aquéllos que afectan al cobro de la recompensa por parte del salvador. Por tanto no puede ser empleado en litigios relativos a derechos reales sobre bienes del pecio, como es el caso de la propiedad de los restos del TITANIC.

B) Foros de competencia internacional en Derecho internacional privado norteamericano

10. Por el contrario, como siempre muy territorialistas, los tribunales norteamericanos sí basan su competencia internacional en la presencia de bienes litigiosos en su territorio. En el caso del TITANIC, el tribunal de distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia fundó su competencia internacional (*jurisdiction in rem*) para atribuir la propiedad y los derechos de recuperación en su decisión de 7 junio 1994 en el hecho de que la empresa *RMS Titanic*, demandante, había introducido en el State de Virginia una jarra de vino junto con otros objetos procedentes del naufragio²⁰. El tribunal decidió que “cuando la propiedad está fuera del Estado, el tribunal puede adjudicar derechos sobre ellos de manera

¹⁹ Vid. Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis.

²⁰ *RMS Titanic Inc vs. Haver*, 171 F. 3d 943 (1999) (4th Circuit) USA. E. VARNER, “R.M.S. Titanic: Underwater Cultural Heritage’s Sacrifice”, *Journal of Business Law*, June 2012, en <https://ssrn.com/abstract=2132068>, p. 25.

*limitada, pero no carece de sentido. El tribunal puede resolver la reclamación, garantizar su aplicación dentro de su Estado y esperar que se aplique en otros lugares*²¹. Aplicó el tribunal, claramente, el concepto de “*constructive possession*” del TITANIC, una ficción jurídica que opera cuando parte de las cosas se hallan físicamente en Estado, como era el caso.

2. Ley aplicable. Aspectos previos

A) Determinación del territorio del Estado

11. Cuando el bien o la cosa se encuentra en el territorio de un Estado que dispone de un ordenamiento jurídico, -que es la situación más habitual-, la regla *lex rei sitae* opera sin especiales problemas. Por “territorio del Estado” debe entenderse, en general, el espacio terrestre, aguas interiores, mar territorial y espacio aéreo que se encuentra sobre los anteriores territorios, advierte M. VIRGÓS SORIANO²².

B) Supuestos no regulados por el art. 10.1 CC

12. Debe subrayarse que el art. 10.1 CC designa la ley aplicable a los derechos reales sobre los bienes situados en un “lugar” sometido a la soberanía estatal. Por ello el precepto se refiere, *expressis verbis*, a la “ley del lugar”. Ello provoca dos consecuencias interpretativas que resultan relevantes.

En primer término, el art. 10.1 CC no se aplica, en puridad de sentido, a los bienes situados en espacios no sujetos a la soberanía de un Estado. Por tanto, el art. 10.1 CC sólo presenta una laguna legal si el lugar donde se encuentra la cosa está sujeto a soberanía estatal pero el Estado en cuestión carece de un ordenamiento jurídico. Ello puede suceder en el caso de Estados recién creados que todavía no disponen de un Derecho formado. Por ejemplo, si la República Popular de Donetsk o Cataluña o el Cantón de Cartagena accedieran a la independencia de modo abrupto sin haber podido generar su propio Derecho nacional. Se trataría de “Estados sin ordenamiento jurídico”. En tal caso, el art. 10.1 CC sí presentaría una laguna legal, pues el bien está situado en un territorio sometido a soberanía estatal, pero ese Estado carece de un ordenamiento jurídico. Sería una Ley inexistente de un Estado que sí existe. Para integrar esta laguna debería acudir a otras conexiones.

En segundo lugar, en otras ocasiones, el bien o la cosa se encuentra en un “espacio geográfico indeterminado”, en un lugar concreto cuya soberanía es difícil de precisar o en una zona no sujeta a la soberanía de ningún Estado. En tales supuestos, no es posible concretar cuál es el Estado en cuyo territorio se halla dicho bien. Ello exige una cuidada exégesis jurídica para diferenciar supuestos y proponer soluciones.

C) Bienes situados en aguas internacionales, espacio aéreo internacional y espacio ultraterrestre

13. Determinar la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes que se encuentran en Alta Mar, fondos marinos internacionales, en la Antártida, en el espacio ultraterrestre, en el espacio aéreo internacional o en otros cuerpos celestes, -como la Luna o Marte-, es tarea complicada²³. Tarea complicada sí,

²¹ CH. ZYGMUNT TRIAY, *Who is entitled to a shipwreck located in international waters? A contest for the spoils between salvors, the original owners, legitimate heirs, State Governments and the historic preservationists, a dissertation submitted to the Faculty of Law, University of Cape Town, 6 February 2014*, p. 10, notas [17-21]; M.J. AZNAR GÓMEZ / E. VARMER, “The Titanic as Underwater Cultural Heritage: Challenges to its Legal International Protection”, *Ocean Development and International Law*, enero 2013, texto en: https://www.researchgate.net/publication/263716146_The_Titanic_as_Underwater_Cultural_Heritage_Challenges_to_its_Legal_International_Protection.

²² M. VIRGÓS SORIANO, “Las cosas y los derechos reales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, partes especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-288, esp. p. 246.

²³ Hay más de 750 objetos dejados por el ser humano que se hallan hoy día en la Luna. S. ROMERO, “¿Cuántos ‘cacharros’ hay en la Luna?”, *Muy interesante*, 18 julio 2019, en <https://www.muyinteresante.es/ciencia/29099.html>. Más información sobre los objetos fabricados por el hombre que se hallan en la Luna y en Marte puede encontrarse en: https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Objetos_artificiales_en_la_Luna; https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Objetos_artificiales_en_Marte.

pero necesaria, también, pues cada vez con más frecuencia los bienes físicos se encuentran en estos espacios geográficos no sometidos a soberanía estatal. También es ya habitual que ciertas actividades humanas se lleven a cabo en tales espacios. Así, la copia ilegal de obras protegidas por el Derecho puede tener lugar en estos lugares no sujetos a la soberanía de un Estado. Así lo pone de relieve L. KUSCHEL en el certero análisis de la decisión del LH de Hamburgo y relativa a la vulneración de los derechos de transmisión televisiva de la Copa del Mundo de fútbol que tuvo lugar en un crucero marítimo en Alta Mar²⁴. Del mismo modo, ilustra J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la empresa rusa *Lavochkin Scientific Production Association*, vendió por 68.500 dólares en diciembre de 1993 el vehículo espacial soviético Lunokhod 2 que se hallaba en la Luna en el momento de su venta, mediante pública subasta organizada por Sotheby's en Nueva York. Su comprador final fue RICHARD GARRIOT, un ciudadano británico hijo de OWEN K. GARRIOTT, que fue astronauta en el Skylab 3 y en el Shuttle misión STS-9. RICHARD GARRIOTT es un famoso empresario de juegos de ordenador y ha viajado al espacio como turista en una nave rusa Soyuz²⁵.

14. En efecto, en el supuesto de que el bien en cuestión se encuentre en un espacio geográfico no sometido a una soberanía estatal, debe afirmarse que el art. 10.1 CC no es aplicable, pues el precepto sólo cubre el caso de bienes situados en espacios sujetos a la soberanía de un Estado. Esta “carencia de regulación” del art. 10.1 CC, -que no una “laguna legal”-, se explica por el hecho, sencillo, de que el legislador consideró que los casos problemáticos sólo surgían en relación con bienes situados en el territorio de un Estado o de otro y que los supuestos en los que los bienes estaban situados en espacios no sometidos a la soberanía estatal eran prácticamente inexistentes o meramente anecdóticos. Escribía ya E. VITTA que, en realidad, tales espacios no sujetos a soberanía estatal “*prácticamente no existen*”²⁶.

15. Pues bien, ante esta carencia de regulación del art. 10.1 CC, no existe una norma escrita que indique la ley aplicable a los derechos reales sobre estos bienes y falta, también, jurisprudencia relevante que proporcione una solución racional y definitiva a estos casos. Dos soluciones, bien expuestas por PH. KAHN, se han propuesto en la doctrina y en la práctica de otros países²⁷.

16. La primera solución consiste en aplicar directamente la *lex fori*. Es ésta la solución que siguen los tribunales norteamericanos e ingleses especialmente cuando se trata de actos ocurridos, bienes situados y colisiones de buques producidas en Alta Mar. Éstos afirman que no existe ningún “conflicto de Leyes”. No hay dos o más Estados cuyas leyes pugnen para ser aplicadas. En consecuencia, no se debe aplicar ninguna “norma de conflicto” para precisar la ley reguladora de los derechos reales sobre bienes situados en un espacio sobre el que no se extiende la soberanía de ningún Estado. Se aplica, pues, la ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto, el Derecho Marítimo del Estado al que pertenece el tribunal que conoce del asunto (*Admiralty Law*)²⁸. También ha defendido esta solución doctrina continental, como es el caso de E. VITTA: visto que la norma de conflicto (*lex rei sitae*) no puede operar, el criterio subsidiario es siempre la *lex fori*, como sucede cuando la norma de conflicto remite a un Derecho extranjero que no ha podido ser probado²⁹.

17. La segunda solución radica en aplicar la Ley estatal del país más vinculado con el litigio. Es la solución defendida por buena parte de la doctrina europea. Ahora bien, justo es admitir que cada tribunal de cada Estado tiene un modo de concretar qué entiende por “vinculación más estrecha”. Las soluciones

²⁴ L. KUSCHEL, “Urheberrechtsverletzung auf Hoher See (LG Hamburg, S. 81)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2023, n.1, pp. 42-46.

²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 151-154.

²⁶ E. VITTA, *Diritto internazionale privato* (tres volúmenes), UTET, Torino, 1973, vol. III, p. 13.

²⁷ PH. KAHN, “Les activités commerciales dans l’espace: quel droit?”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 247-262.

²⁸ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, p. 862: “*All questions of collisions are questions communis iuris and must be decided by the Law maritime*”.

²⁹ E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, UTET, Torino, 1973, vol. III, p. 13.

universales no existen y deberá darse preferencia a aquélla que permite concretar la Ley aplicable con un mayor grado de previsibilidad para las partes. De ese modo se logrará aplicar la Ley más próxima con el concreto litigio, lo que exigirá del tribunal y de las partes un análisis *in casu* de la controversia y del supuesto: la conexión se decide “*caso por caso*”, en palabras de M. VIRGÓS SORIANO³⁰. Así, se ha sostenido la aplicación de la Ley nacional del sujeto descubridor, o de la *lex contractus* si el hallazgo se ha producido en ejecución de un contrato internacional o incluso, la ley de la bandera del pecio que antes fue una nave.

18. En el caso de que la Ley española rija la propiedad de bienes sitos en espacios no sometidos a soberanía estatal, pueden ser aplicables, según los supuestos, los arts. 610-617 CC en caso de “ocupación”, los arts. 351-352 CC en caso de “tesoro” (*inventio thesauri*), o bien la Ley 16/1985 de 25 junio del patrimonio histórico si el bien forma parte del patrimonio histórico español³¹.

19. En la hipótesis de pecios o restos de naufragios, ninguna de las reglas anteriores, -regla “*lex fori*” o regla “vínculos más estrechos”-, es de aplicación para precisar la ley aplicable a la propiedad de los pecios, pues el Derecho marítimo dispone de soluciones específicas, como se expone a continuación (*vid.* para España, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima)³².

3. Ley aplicable a los pecios y restos de naufragios

A) Los arts. 373-375 LNM 2014

20. Un caso específico es el de los bienes situados en aguas internacionales, fondos marinos o aguas territoriales que se califican como restos de naufragios o “pecios”. Un pecio es el “*pedazo o fragmento de la nave que ha naufragado*” o la “*porción de lo que contiene una nave que ha naufragado*”, indica el diccionario de la RAE. La palabra pecio deriva directamente del vocablo bajo latino “*pecium*” y este del celta “*pettia*”, que significa “*pedazo*”, raíz de la que también se generó la palabra “*pieza*” y el verbo “*empezar*”, entre otros. De todos modos, la Ley de navegación marítima española no emplea el término “*pecio*” sino la locución “*buques u otros bienes naufragados o hundidos*”, que se corresponde con dicha palabra y que engloba, -y esto reviste una importancia crucial-, tanto los restos de la nave naufragada como lo que se transportaba en ella. En suma, el régimen jurídico de los derechos reales sobre los pecios se fija, en Derecho español, con arreglo a los arts. 373-375 LNM, como antes se ha indicado.

Con carácter preliminar debe dejarse claro que la llamada “regla de la ocupación”, -que se traduce, simplemente en la máxima “el que encuentra una cosa perdida y más en espacios no sometidos a soberanía de ningún Estado, se la queda como propietario”-, pese a esta muy difundida en todo el mundo, no siempre es exacta. Más bien al contrario, suele ser un lugar común totalmente impreciso y frecuentemente falso³³.

21. Es conveniente subrayar que las normas de Derecho marítimo (*Admiralty Law - Maritime Law*) de cada Estado que regulan la propiedad de los pecios son diferentes las unas de las otras. No existen normas jurídicas contenidas en convenios internacionales o en otros instrumentos legales supranacionales que señalen, de modo uniforme para todos o varios Estados, cuál es la Ley reguladora de la propiedad sobre los pecios y su régimen jurídico específico. Los textos legales internacionales que se han concluido se mueven en el ámbito del Derecho internacional público y han obviado la cuestión de la propiedad de los pecios, observan J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF³⁴.

³⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “Las cosas y los derechos reales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, partes especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-288, esp. p. 246.

³¹ BOE núm. 155 de 29 de junio de 1985.

³² BOE núm. 180 de 25 julio 2014.

³³ E. BLAKEMORE, “¿Cómo se encuentran los naufragios y a quién pertenecen?”, en *National Geographic*, <https://www.nationalgeographic.es/historia/como-se-encuentran-los-naufragios-y-a-quien-pertenecen>.

³⁴ J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF, “The Ownership of the Treasures of the Sea”, *William & Mary Law Review*, 1967, volume 9

22. En consecuencia, cada Derecho nacional decide, en cada Estado, y con arreglo a sus propios criterios, quién es el propietario de estos bienes que son restos de naufragios o pecios. Por tanto, si se litiga ante tribunales de los Estados Unidos de América, tales tribunales aplicarán las normas norteamericanas sobre la cuestión. Si se litiga ante tribunales españoles, éstos aplicarán los arts. 373-375 LNM. Si, por el contrario, el litigio se sitúa ante autoridades judiciales inglesas, tales autoridades aplicarán el *Admiralty Law* inglés.

23. Este panorama jurídico conduce a un claro e inevitable *forum shopping*: el actor litigará ante los tribunales del Estado cuyo Derecho le resulte más favorable, siempre que las normas de competencia internacional permitan a dichos tribunales decidir la cuestión debatida, como muy bien advierte E. PORTELA VÁZQUEZ³⁵.

B) Las reglas especiales desplazadas por los arts. 373-375 LNM

24. El legislador ha elaborado ciertas reglas especiales para determinar la ley aplicable a los bienes que se hallan en una situación geográfica especialmente compleja o que presentan determinadas características que invitan a su constante movilidad. Así, la Ley aplicable a los derechos reales que recaen sobre buques o aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril se fija con arreglo al art. 10.2 CC. La Ley aplicable a los bienes en tránsito se determina mediante el art. 10.1.III CC. Finalmente, la ley aplicable a los medios de transporte por carretera se concreta mediante el art. 10.2 *in fine* CC.

25. Parece conveniente poner de relieve desde este momento, que ninguna de las reglas anteriores es aplicable para concretar la Ley reguladora de la propiedad sobre el pecio del TITANIC. En efecto, todos los Estados, -España incluida-, disponen de normas jurídicas específicas que señalan quiénes son los propietarios de tales bienes o cómo se adquiere tal propiedad con independencia del territorio donde los bienes del pecio están situados: territorio español, territorio extranjero, o aguas internacionales y fondos marinos internacionales. Por tanto, en estos casos, estas normas materiales especiales que fijan el régimen jurídico de los derechos reales sobre los bienes integrantes del pecio hacen inaplicables, en el caso de España, el art. 10.1.I CC (ley aplicable a los bienes inmuebles), el art. 10.1.II CC (ley aplicable a los bienes muebles), el art. 10.III CC (bienes en tránsito), el art. 10.2 CC (Ley aplicable a los medios de transporte) y también cualquier otra solución jurisprudencial o doctrinal, que se revela innecesaria. Dichas normas quedan desplazadas (*lex specialis derogat generali*) por los arts. 373-375 LNM. En relación con la anterior afirmación deben incorporarse ciertas precisiones adicionales.

26. En primer lugar, el mismo barco R.M.S. TITANIC no se considera un “buque” a los efectos del Derecho internacional privado español desde el mismo momento de su naufragio. A partir de tal momento pasa a ser un pecio o barco naufragado, de modo que los derechos reales sobre el mismo quedan regulados por los arts. 373-375 LNM y no por el art. 10.2 CC, precepto que especifica la ley aplicable a los “buques” y a “todos los derechos que se constituyan sobre ellos”.

27. En segundo término, los derechos reales sobre las motocicletas, bicicletas o automóviles que transportaba el TITANIC, -que los había, como se puede comprobar en la famosa escena de amor entre Rose

(1967-1968), núm. 2, pp. 383-401, esp. p. 399: “... the nations of the earth have never been able to agree on a law to govern ownership of the treasures of the sea. True, there are multi-nation agreements on international waters, but these generally deal with the sea as a highway i.e., as a means of transport, not as a source of property or a repository of valuables”. Texto en <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol9/iss2/7>.

³⁵ E. PORTELA VÁZQUEZ, “La convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio subacuático. Principios generales”, *CDT*, octubre 2011, vol. 3, nº 2, pp. 317-337, esp. p. 326: “[las normas de Derecho internacional privado] que no tienen por qué compartir criterios provocarán, en consecuencia, que el resultado de las controversias varíe ostensiblemente en función del Estado en que tenga lugar el litigio, especialmente cuando ambos Estados consideren al pecio como elemento integrante de sus patrimonios”.

y Jack en el film de James Cameron, “*Titanic*”, de 1997-, y que ahora están hundidos bajo el Atlántico, no se rigen por el art. 10.2 CC, que se refiere los “*automóviles y otros medios de transporte por carretera*”.

28. En tercer lugar, los bienes muebles transportados en el TITANIC no se rigen por el art. 10.1 CC, que remite a la “*Ley del lugar donde se hallen*”, sino por los citados arts. 373-375 LNM. Ello incluye todo tipo de bien físico, equipamiento del buque, y equipajes de los viajeros³⁶. En Derecho internacional privado español, la Ley nacional del viajero no rige los derechos reales sobre su equipaje³⁷. Tales derechos reales se rigen por la ley del país de situación del mismo y si son objeto de transacción, en aguas internacionales, durante el trayecto, quedarán sujetos a la ley del pabellón del buque, por aplicación analógica del art. 11 CC, como se verá más adelante.

29. En cuarto lugar, los objetos y cosas que se embarcaron en el TITANIC enviados por un remitente y con destino a un receptor en Nueva York deben considerarse parte del pecio desde el momento de su hundimiento en el Atlántico Norte y no como “bienes en tránsito”. En consecuencia, el art. 10.1.III CC, que regula la ley aplicable a “*la constitución o cesión de derechos sobre bienes en tránsito*”, es inaplicable desde el a noche del 15 abril 1912.

30. En quinto lugar, todos los bienes muebles que pueden ser y/o han sido extraídos del pecio del TITANIC se rigen, desde dicho momento, por la Ley del país en cuyo territorio se encuentren (art.10.1 CC). La única excepción son los derechos reales que pueden recaer sobre las naves transportadas por el TITANIC, como sus botes salvavidas. Éstos deben quedar sujetos a la ley de dicha nave, esto es, a la ley de su pabellón, que es la Ley británica (art. 10.2 *in primis* CC).

iii. La propiedad de los restos del R.M.S. Titanic

1. La odisea del Titanic

A) El R.M.S. Titanic

31. El R.M.S. TITANIC (*Royal Mail Ship Titanic*) fue un buque de transporte de pasajeros y cosas diseñado en 1907 por JOSEPH BRUCE ISMAY, líder de la compañía naviera *White Star Line*, y por LORD WILLIAM PIRRIE, presidente de los astilleros *Harland & Wolff*. Ambos quisieron competir con los nuevos barcos construidos por la naviera *Cunard Line*, el *Lusitania* y el *Mauretania*, que realizaban trayectos entre Europa y Norteamérica. A tal efecto se fabricaron tres grandes naves de dimensiones impresionantes, potencia incomparable y velocidad imbatible en la época de su construcción: el *Olympic*, el *Titanic* y el *Gigantic*, éste posteriormente rebautizado como *Britannic*. Eran el reflejo de los dioses olímpicos, de los titanes que lucharon contra ellos y de los gigantes, tres grandes protagonistas de la mitología griega.

32. El TITANIC fue construido en las instalaciones de *Harland & Wolff* en Belfast, Irlanda del Norte. Se consideró un barco de lujo y con toda la razón. Comenzó a fabricarse el 31 marzo 1909. El importe total del mismo ascendió a 7,5 millones de dólares de 1911, lo que equivale aproximadamente a 172 millones de dólares norteamericanos de 2024. El TITANIC era un barco de pabellón británico (nacionalidad ficticia del buque) y era el barco de pasajeros más grande del mundo el año 1911.

³⁶ A. MARÍN LÓPEZ, “La ley aplicable a los bienes en tránsito en Derecho español”, *REDI*, 1980, vol.XXXII, pp. 81-96.

³⁷ La polémica interminable sobre la ley aplicable al equipaje del viajero, de raíces mancinianas, -que reverdecía en España tras la aportación de A. MARÍN LÓPEZ, “La ley aplicable a los bienes en tránsito en Derecho español”, *REDI*, 1980, vol.XXXII, pp. 81-96-, puede seguirse en la magnífica exposición de A. REMIRO BROTONS, “Art.10.1 y 2”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 206-228.

El TITANIC fue botado al agua a las 12:13 horas del día 31 mayo 1911 en un acto de relevancia social de primera magnitud. Se realizaron las pruebas de navegación en el Mar de Irlanda el 2 abril 1912.

La construcción del TITANIC fue financiada por la empresa *International Mercantile Marine Company*, propiedad del gran empresario norteamericano J.P. Morgan.

33. El R.M.S. TITANIC partió en su primer viaje desde Southampton (Reino Unido) el 10 abril 1912 con destino a la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América. A bordo del transatlántico viajaban personas de todo tipo, condición y, en particular, numerosos de inmigrantes de nacionalidades muy distintas: irlandeses, ingleses, británica, escandinavos, italianos y españoles. Estos inmigrantes partieron hacia América para buscar nuevos horizontes vitales. El TITANIC hizo escala en Cherburgo (Francia) y en Queenstown (Irlanda), y después puso proa decidida y orgullosa hacia el norte del Océano Atlántico. Destino: Nueva York.

34. El TITANIC había navegado durante cuatro días cuando, a las 23:40 horas del día 14 de abril de 1912, colisionó con un iceberg que flotaba a la deriva a unos 600 km. al sur de Terranova (Canadá). El choque con el iceberg produjo daños muy graves en el TITANIC. Decenas de metros de su línea de estribor resultaron dañados bajo la línea de flotación del buque. Sus compartimentos estancos se inundaron rápidamente y el agua pasaba de uno a otro de manera inevitable. Como es bien sabido, el TITANIC no pudo mantenerse a flote. Comenzó a hundirse por la sección de proa, de modo que la nave quedó en posición diagonal al mar y se partió en dos. La sección de proa se hundió y la sección de popa quedó en posición totalmente vertical al mar y también se hundió unos diez minutos después. Desde la colisión con el iceberg hasta su total hundimiento transcurrieron dos horas y media. Pasado ese tiempo, el barco yacía en el lecho marino para siempre. Naufragó y se hundió en las heladas aguas del Atlántico Norte ya entrada la madrugada del día 15 abril 1912.

35. El accidente constituyó una inmensa tragedia humana que produjo un impacto social y mediático de impresionantes dimensiones por dos razones principales. En primer lugar, porque el muy elevado número de personas que fallecieron en el accidente. En segundo lugar, porque en todo el planeta se había difundido la idea de que el TITANIC era un barco insubmersible. Un producto de la mente humana capaz de desafiar a las fuerzas de la naturaleza. Es evidente que no fue así. El orgullo de la especie humana y su fe en el progreso tecnológico quedó seriamente afectado.

36. En la nave viajaban 2223 personas, de las que fallecieron 1514. Es cierto que el TITANIC disponía de medidas de seguridad notables para su época. Sin embargo, es también notoriamente conocido que sólo transportaba botes salvavidas para un total de 1178 personas, es decir, para algo más de la mitad de las personas embarcadas. Ésta fue la razón principal que explica por qué a pesar de que la nave tardó más de dos horas en hundirse, perdieron su vida tantas personas. En su época, la tragedia del TITANIC fue el mayor naufragio de la historia en tiempos de paz. Sobrevivieron 700 personas que fueron rescatadas por el transatlántico R.M.S Carpathia, a las 4:00 horas del 15 de abril de 1912.

37. El naufragio del TITANIC provocó la apertura de investigaciones por parte de las autoridades del Reino Unido y de los Estados Unidos. Estas pesquisas pusieron de relieve que era necesario elevar el nivel de seguridad de la navegación marítima y del transporte de personas y mercancías. Como consecuencia de ello, se elaboró en 1914 el importante Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS: *Safety of Life at Sea*). Este convenio internacional ha sido modificado en diversas ocasiones, la última de las cuales tuvo lugar en 1974. En consecuencia, está hoy en vigor el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 noviembre 1974, ratificado por España el 16 agosto 1978³⁸. Es aplicable para España desde el 25 mayo 1980.

³⁸ BOE núm. 144 de 16 junio 1980.

C) El descubrimiento del pecio

38. El pecio del TITANIC descansa en el lecho marino, en fondos marinos fuera de toda soberanía estatal, desde la madrugada del 15 abril 1912 y allí continúa en la actualidad. Durante casi cien años se ignoró su concreto paradero. Es cierto que inmediatamente después del trágico accidente, varias familias de las víctimas, de clase acomodada, constituyeron una sociedad y contrataron a una empresa de salvamento marino, la *Merritt and Chapman Derrick and Wrecking Company*, con el objetivo de reflotar el TITANIC. En aquella época se creía que el buque no se había partido en dos y que yacía íntegro de una pieza en el fondo del Atlántico. Esos esfuerzos quedaron en nada. No existía la tecnología submarina precisa para la operación de salvamento y el coste de la misma, además, resultaba astronómicamente elevado³⁹. Ya en los años setenta del pasado siglo, CLIVE CUSSLER, -un escritor y arqueólogo marino norteamericano-, publicó una novela con el título “*¡Rescaten el Titanic!*”, en la que se planeaba reflotar la nave de una sola pieza. La novela fue llevada a la gran pantalla en 1980 (“*Raise the Titanic*”) film que fue inmisericordemente criticado y que obtuvo pobres resultados de taquilla, aunque es una espléndida película de aventuras con buen ritmo y actores de gran nivel⁴⁰. Todo intento de recuperar el pecio quedó en el mundo de los sueños. El TITANIC continuaba en el fondo del océano y se pensaba que jamás se localizaría y nunca podría reflotarse.

39. Sin embargo, explican MARBACH, KATZ & PEDERSEN, el 1 julio 1985, un grupo combinado de científicos del Woods Hole Deep Submergence Lab (D.S.L.), Massachusetts, en los Estados Unidos de América, dirigido por el Dr. ROBERT BALLARD y del Instituto Francés Français de Recherche pour l’Exploitation des Mers (I.F.R.E.M.E.R.), se prepararon para localizar los restos del TITANIC⁴¹. Con el buque francés de investigación marina *Le Suroit*, -que disponía de un muy sofisticado equipo de sonar de barrido lateral submarino-, navegaron hacia la zona del hundimiento del transatlántico. El barco *Le Suroit*, de pabellón francés, proporcionó datos muy importantes para detectar el lugar exacto donde yacía el barco. No obstante, *Le Suroit* abandonó la búsqueda al ser requerido para otras labores en otros lugares. Fue entonces cuando los científicos marinos norteamericanos y algunos científicos franceses se trasladaron al buque de investigación norteamericano *Knorr*. Éste debía localizar los submarinos nucleares estadounidenses y *USS Thresher* y *USS Scorpion*, hundidos también en la zona para verificar que no constituían peligro para la navegación o el ecosistema. La Armada de los EE.UU. financió la operación. ROBERT BALLARD, oceanógrafo de la universidad de Rhode Island (EE.UU.), se percató de que la zona explorada coincidía con el punto donde se hundió el TITANIC y, por ello, solicitó permiso para dar con la nave dentro de la misión militar. Se le concedió dicha autorización, si bien ello se mantuvo en total secreto, de modo que el Profesor BALLARD estaba, oficialmente, buscando dos submarinos nucleares, pero en realidad, perseguía hallar el pecio del TITANIC. Muy temprano, la mañana del 1 septiembre 1985, y tras detectar un enorme cantidad de restos del naufragio esparcidos por una amplia zona, el *Knorr* avistó los restos del TITANIC. Se tomaron fotografías y se filmaron películas. El TITANIC descansaba a 3784 metros de profundidad en las aguas del Atlántico Norte.

D) El silencioso expolio del Titanic

40. Desde su descubrimiento, miles de objetos del barco y mercancías y objetos personales de los pasajeros han sido recuperados por muy numerosas expediciones que han descendido al pecio. Algunos objetos se encuentran en museos y exposiciones y otros han sido vendidos a coleccionistas privados

³⁹ Sobre estos intentos, *vid.* J.A OLIVEIRA, “Robert Ballard y la búsqueda del Titanic”, 18 marzo 2017, en <https://vadebarcos.net/2017/03/18/robert-ballard-busqueda-titanic/>. En lo que respecta a avances tecnológicos que han hecho posible rescatar los pecios, a partir de los años ochenta del pasado siglo, *vid.* E. BARROWMAN, “The Recovery of Shipwrecks in International Waters: A Multilateral Solution”, *Michigan Journal of International Law*, n. 231, 8, 1987, pp. 231-246 y texto en <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol8/iss1/9>.

⁴⁰ <https://www.filmaffinity.com/es/film645608.html>.

⁴¹ MARBACH, KATZ & PEDERSEN, “The Sea Gives Up a Secret”, *Newsweek*, Sept. 16, 1985, p. 44,.

mediante transacciones particulares o en pública subasta. Se ha hablado de un “silencioso expolio del TITANIC”⁴². Se calcula que más de 6000 objetos han sido retirados del pecio⁴³. El objeto que ha alcanzado, que se sepa, una precio mayor en el mercado es el violín del director de orquesta *Wallace Hartley* y que fue tocado la noche misma del naufragio mientras el buque se hundía, como es ampliamente conocido. Se vendió por 1,46 millones de dólares en 2013, indica O. LAND⁴⁴. También se han extraído trozos de la nave: su mástil principal no está en su lugar, ni tampoco la campana del puente. Además el pecio ha sido dañado por los golpes que le han propinado los submarinos turísticos que, con frecuencia, se han posado sobre el barco o han tratado de penetrar su costado. De hecho, el TITANIC presenta ahora doscientos agujeros en su cubierta. Muchos objetos que yacían sueltos en 1985 y que así se fotografiaron, ya no están en su lugar. Han desaparecido zapatos, vestidos, joyas, piezas de la vajilla del barco, etc.

41. Los restos del TITANIC se encuentran muy deteriorados, en especial su sección de popa (*stern*), mientras que la proa (*bow*) se encuentra en mejor estado, si bien cubierta de óxido y otros restos que ocultan ya su figura. Su previsible desgaste y perjuicio continuo hace temer que el pecio pueda desaparecer totalmente devorado por las bacterias marinas y saqueado sin piedad por los desaprensivos cazadores de tesoros y demás turistas submarinos en pocos años.

Por otro lado, se puede observar que la zona donde yace el barco está repleta de basura, botellas de cristal y de plástico, pesos, cadenas y redes que se emplean en los descensos al pecio y también se pueden ver placas y artefactos conmemorativos que dejan los visitantes. En el año 2001, una pareja contrajo matrimonio en un submarino que se posó sobre la proa del TITANIC⁴⁵. Es un signo de los tiempos.

42. Más de cien años después de su hundimiento, y gracias a diversos *films* de difusión mundial, el hundimiento del TITANIC es un hecho todavía hoy conocido en todo el mundo. Los seres humanos son sensibles ante las tragedias personales y es cierto que el hecho de que se pensara que el TITANIC era un barco prácticamente insubmersible constituye un baño de realidad, un castigo a la presunción del hombre frente a la naturaleza, algo que la Humanidad debe tener siempre presente. El TITANIC sigue, pues, vivo en la conciencia de todos.

2. Litigación sobre la propiedad del pecio del R.M.S. Titanic. Aspectos preliminares

A) Carácter internacional del supuesto

43. La disputa sobre la propiedad y otros derechos relativos a los restos del TITANIC constituye un caso fuertemente internacional, plagado de elementos conectados con distintos Estados del mundo. Nave de pabellón inglés, cuya construcción fue financiada por banqueros norteamericanos. Nave que transportaba pasajeros de múltiples nacionalidades, -entre ellos doce españoles-, y cuyo lugar de partida fue el Reino Unido y tras hacer escala en Francia e Irlanda, se dirigía a Nueva York, Estados Unidos de América, lugar al que nunca arribó. Una nave que fue construida en Irlanda del Norte. Además, el pecio se halla hundido en fondos marinos de aguas internacionales, fuera de la jurisdicción territorial de todos los Estados. El lugar de tierra firme más próximo al pecio es Terranova, en Canadá, que se halla a unas 400 millas del pecio. En consecuencia, vista la presencia de innumerables elementos extranjeros y

⁴² E. KRISTOF, “El silencioso expolio del «Titanic»”, *La Voz de Galicia*, 17 noviembre 2004, https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2004/11/17/silencioso-expolio-titanic/0003_3216455.htm.

⁴³ S. GUYONCOURT, “Who owns the Titanic? Controversy over wreck that lies in international Atlantic Ocean waters”, 20 junio 2023, en <https://inews.co.uk/news/world/who-owns-titanic-controversy-wreck-international-atlantic-ocean-waters-2424035:> “RMS Titanic now has sole salvage rights to the wreck and has brought up around 5,000 items since 1994, including suitcases of clothes, china from the dining rooms and an unopened bottle of champagne”.

⁴⁴ O. LAND, “The Titanic wreck: How the world’s most famous maritime tragedy became a billion-dollar industry”, 22 junio 2023, en <https://nypost.com/2023/06/22/how-the-titanic-wreck-became-a-billion-dollar-industry/>.

⁴⁵ A. YANG, “¿Cualquiera puede visitar el Titanic? Cómo funciona esta lucrativa maquinaria turística submarina”, *National Geographic*, 21 junio 2023, en <https://www.nationalgeographic.es/viaje-y-aventuras/2023/06/titanic-como-funciona-lucrativa-industria-turistica-submarina>.

visto, también, que son los particulares los que litigan sobre la propiedad del pecio, la fijación de la Ley aplicable a los derechos reales sobre los restos de la nave y los bienes transportados es una cuestión que debe resolverse con arreglo a las normas de Derecho internacional privado.

B) Compañías de seguros y pago a las víctimas

44. Debe subrayarse que compañías aseguradoras de diferentes países cubrieron los enormes daños derivados del hundimiento y que alcanzaron cifras astronómicas. Diversos bienes se hallaban asegurados: la nave, los equipajes, e incluso los coches que transportaba el TITANIC. Un sujeto llamado William Carter fue indemnizado por una compañía de seguros al producirse una colisión entre su automóvil y un iceberg, lo que constituye un caso único en la historia. El Sr. Carter percibió 5.000 dólares, una auténtica fortuna, tras haber perdido su automóvil *Renault* de 25 caballos de potencia⁴⁶. A ello hay que añadir que numerosos pasajeros, sobre todo de economía acomodada, estaban cubiertos por seguros de vida en favor de sus familiares.

45. Los pagos por la pérdida de la nave fueron de 200 millones de dólares USA al cambio actual y los pagos por la pérdida o destrucción de los objetos de valor transportados alcanzaron cifras también muy elevadas, aproximadamente unos 3 millones y medio de dólares al cambio actual. Al parecer, sólo un tercio mitad del valor total de la nave estaba asegurada, lo que permitió a la *White Star Line* abonar primas reducidas a la conocida *Lloyd's* de Londres, que aseguró la nave⁴⁷. El hecho de que no se asegurase todo el valor del TITANIC se explica porque la *White Star Line* pensaba, como la mayor parte de los expertos en Derecho marítimo de la época, que la nave era insumergible y que nada podría hundirla. Por tanto, según ellos, -error-, el riesgo era bajo y por eso se aseguró sólo una parte del navío. La inmensa mayoría de las setenta compañías aseguradoras implicadas eran inglesas, si bien compañías de seguros norteamericanas también pagaron más de un millón de euros principalmente por seguros de vida de las personas que perecieron en la tragedia. Las aseguradoras pagaron las sumas contratadas con rapidez. Al intervenir numerosas compañías de seguros, el riesgo estaba atomizado, de modo que la mayor parte de tales empresas de seguros, como es obvio, sufrieron en sus balances pero no quebraron⁴⁸.

46. Numerosos pasajeros embarcaron sin seguro de vida y sin seguros sobre sus bienes y lo perdieron todo. Tales sujetos y los familiares de muchos fallecidos se vieron obligados a demandar a la *White Star Line*, a la que culpaban del accidente, por los daños sufridos. Sin embargo, la empresa obtuvo una sentencia judicial inglesa que estimó que la tragedia del TITANIC había sido un accidente marítimo inevitable, sin culpa de la naviera. Ello hizo que ésta tuviera que pagar cantidades modestas a las víctimas. Personas de recursos económicos notables, ante esta injusticia, crearon fondos privados en el Reino Unido y en los Estados Unidos, -gracias a generosas donaciones-, para ayudar a las víctimas del desastre del TITANIC. Famosos personajes de la época contribuyeron con altruismo: el tenor ENRICO CARUSO, la *Football Association* inglesa, la Familia Real británica, la Federación Marítima. Se crearon diversos *trusts* para pagar cantidades a las víctimas sin recursos y los pagos se prolongaron hasta los

⁴⁶ J. GARCÍA BARCALA, “Los pagos en seguro de vida y seguro de accidente del Titanic. No para todos, claro”, 9 octubre 2015, *Blog Ciencia Histórica*, <https://www.cienciahistorica.com/2015/10/09/los-pagos-en-seguro-de-vida-y-seguro-de-accidente-del-titanic-no-para-todos-claro/>.

⁴⁷ M.S. TIMPANY, “Ownership Rights in the Titanic”, *Case Western Reserve Law Review*, volume 37 Issue 1, 1986, pp. 72-102.

⁴⁸ En lo relativo a los seguros contratados por algunos ilustres personajes que viajaban a bordo del TITANIC, *vid.* J. GARCÍA BARCALA, “Los pagos en seguro de vida y seguro de accidente del Titanic. No para todos, claro”, 9 octubre 2015, *Blog Ciencia Histórica*, <https://www.cienciahistorica.com/2015/10/09/los-pagos-en-seguro-de-vida-y-seguro-de-accidente-del-titanic-no-para-todos-claro/>, así como COTIZALIA, “El hundimiento del Titanic costó más de €25 millones a las aseguradoras de la época”, *El Confidencial*, 13 abril 2011, https://www.elconfidencial.com/economia/2011-04-13/el-hundimiento-del-titanic-costo-mas-de-25-millones-a-las-aseguradoras-de-la-epoca_463717/, y A. SOJO, “El hundimiento del Titanic”, septiembre 2017, <https://www.revistalafundacion.com/hundimiento-del-titanic/>.

años 50 del siglo XX⁴⁹. La tripulación del TITANIC recibió lo que establecía la Ley inglesa para casos de accidentes, que era, ciertamente, un montante escaso. Los alcaldes de Southampton y Londres, ciudades de procedencia de la mayor parte de los tripulantes de la nave, crearon un fondo económico para los familiares de los mismos.

C) Interesados en reclamar la propiedad de los restos del Titan

47. En relación con el pecio del R.M.S. TITANIC es evidente que hay sujetos que pueden estar muy interesados en hacerse con la propiedad de dichos restos, expone E. VARNER⁵⁰.

En primer lugar, puede pensarse en la empresa que ha sucedido a la *White Star Line*, originaria propietaria del barco, que fue primero la *Cunard-White Star Line* en 1950 y desde finales de los años 90 del pasado siglo, es la empresa *Carnival Corporation*.

En segundo lugar, pueden estar interesadas las compañías de seguros, que pagaron ingentes cantidades a las víctimas tras el naufragio, pues podría suceder que los propietarios originarios hayan abandonado la nave y los demás bienes en favor de los aseguradores, caso en el cual, la propiedad de los mismo podría haber pasado a éstos.

En tercer lugar, los herederos de las personas que perdieron bienes en la tragedia, que además presentan una querencia sentimental en relación con ciertos objetos personales.

En cuarto término, las empresas y/o particulares que han rescatado elementos del pecio tras haber adelantado grandes cantidades de dinero que son precisas para descender al pecio, como es lógico, también pretenden obtener la propiedad de los objetos rescatados del pecio.

En quinto lugar, podría pensarse también que ciertos Estados pueden estar interesados en reclamar derechos de propiedad sobre el barco y/o su cargamento: Estados Unidos de América, lugar de destino del TITANIC y país cuya nacionalidad ostentaba el descubridor del pecio; el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, lugar de partida del barco, lugar donde se construyó y país cuya bandera enarbolaba el TITANIC; Francia, porque la expedición que localizó el TITANIC estaba compuesta por científicos y oceanógrafos franceses y norteamericanos y uno de los buques que fueron decisivos para encontrar el pecio enarbolaba pabellón francés; y Canadá, pues el TITANIC se halla a 400 millas de Canadá, que es el país cuyas costas están más próximas al pecio y que es el lugar desde donde parten las numerosas expediciones que visitan y exploran los restos.

D) Convenios internacionales de posible aplicación

a) Convenios internacionales multilaterales sobre Derecho marítimo y patrimonio subacuático. La propiedad del pecio: cuestión no regulada

48. La determinación de la Ley aplicable a los derechos reales relativos a los restos del TITANIC y a los bienes que transportaba debe realizarse con arreglo a los convenios internacionales vigentes para el Estado ante cuyos tribunales se litiga.

Cabe afirmar, con carácter preliminar, que existe una regulación de Derecho internacional público que se aplica a naves con valor histórico y cultural y a navíos de Estado. Ciertos convenios internacionales se han concluido al respecto y también existe, indica E. BARROWMAN, un conjunto de reglas de Derecho consuetudinario del Mar, como parte del Derecho internacional público, que rige esos casos⁵¹.

⁴⁹ Información de J. GARCÍA BARCALA, en <https://www.cienciahistorica.com/2015/10/09/los-pagos-en-seguro-de-vida-y-seguro-de-accidente-del-titanic-no-para-todos-claro/>.

⁵⁰ E. VARNER, "R.M.S. Titanic: Underwater Cultural Heritage's Sacrifice", *Journal of Business Law*, June 2012, en <https://ssrn.com/abstract=2132068>, p. 13.

⁵¹ E. BARROWMAN, "The Recovery of Shipwrecks in International Waters: A Multilateral Solution", *Michigan Journal of International Law*, n. 231, 8, 1987, pp. 231-246 y texto en <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol8/iss1/9>.

49. En este punto, debe recordarse que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 diciembre 1982, nada indica sobre la propiedad de los pecios y de los bienes transportados⁵². Ello obedece, explica M. J. AZNAR GÓMEZ, a que en el momento de elaboración de la citada convención la arqueología marina no estaba bien consolidada como ciencia y no había alcanzado todavía resultados destacables. Los arts. 149 y 303 del texto legal no abordan el tema del patrimonio subacuático con una óptica propia y las soluciones que ofrecen, como es lógico y obvio, son superficiales, tangenciales y escasamente útiles y ningún criterio claro ofrecen para resolver la cuestión de la propiedad de los elementos del pecio⁵³.

50. Del mismo modo, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecha en París el 2 noviembre 2001, que entró en vigor de forma general y también para España el 2 enero 2009, es un instrumento legal que recoge obligaciones entre los Estados partes y cuyo objetivo es proteger el patrimonio cultural subacuático y evitar su explotación, dispersión y saqueo, como muy bien explica M.J. AZNAR GÓMEZ⁵⁴. Sin embargo, dicha convención nada dispone sobre la propiedad de los pecios encontrados, y es más, se puede afirmar, sin riesgo de error, que no se trata de una laguna de la convención debida a la impericia de sus redactores, sino que es una exclusión específicamente querida por el legislador, indica V.E. BOU FRANCH⁵⁵.

Como ha escrito E. PORTELA VÁZQUEZ, este silencio ha sido visto por algunos expertos jurídicos como una debilidad del texto y una contradicción con el espíritu de la antes citada Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 diciembre 1982⁵⁶.

En todo caso, el silencio de la convención de la UNESCO sobre el tema de la propiedad del pecio se combina con la prohibición de las actividades de salvamento y sobre todo, con la imposibilidad e percibir la recompensa por los objetos extraídos, siempre que puedan ser calificados como “patrimonio subacuático” (art. 4 de la convención): “ninguna actividad relacionada con el patrimonio cultural subacuático a la que se aplica la presente Convención estará sujeta a las normas sobre salvamento y hallazgos, a no ser que: a) esté autorizada por las autoridades competentes, y b) esté en plena conformidad con la presente Convención, y c) asegure que toda operación de recuperación de patrimonio cultural subacuático se realice con la máxima protección de éste”.

Esta combinación reviste un evidente peligro y una obvia contradicción: están prohibidas las reclamaciones de recompensas por salvamento pero, una vez que ello ha ocurrido, la convención no impide a la empresa de salvamento reclamar la propiedad de los objetos recuperados de los fondos marinos. Esta carencia de la convención explica su escasos número de ratificaciones por parte de los Estados y la presencia de una “desconfianza entre los Estados hacia la convención”, observa V.E. BOU FRANCH⁵⁷.

⁵² BOE núm. 39 de 14 febrero 1997.

⁵³ M. J. AZNAR GÓMEZ, *Maritime Claims and Underwater Archaeology: When History Meets Politics Maritime Claims and Underwater Archaeology: When History Meets Politics*, Brill, Leyden, 2021, *passim*.

⁵⁴ M.J. AZNAR GÓMEZ, “La protección jurídica internacional del patrimonio cultural subacuático”, en *Arqueologia nàutica mediterrània* (coord. Miguel Ángel Cau Ontiveros, Francisco Xavier Nieto Prieto), 2009, pp. 35-46.

⁵⁵ V.E. BOU FRANCH, “La convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, en La protección jurídica internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España / coord. por Félix Vacas Fernández, Pablo Zapatero Miguel; Carlos R. Fernández Liesa (dir.), Jesús José Prieto de Pedro (dir.), 2009, pp. 191-228, esp. p. 196: “Desde la Primera Reunión ele representantes gubernamentales quedó claro que el único punto en el que se consiguió el consenso de todos los participantes fue en que la futura Convención protegería todo el patrimonio cultural subacuático, sin prejuzgar ni entrar a discutir la cuestión del título o los derechos de propiedad sobre el mismo”. También E. PORTELA VÁZQUEZ, “La convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio subacuático. Principios generales”, *CDT*, octubre 2011, vol. 3, nº 2, pp. 317-337.

⁵⁶ E. PORTELA VÁZQUEZ, “La convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio subacuático. Principios generales”, *CDT*, octubre 2011, vol. 3, nº 2, pp. 317-337: “... son la defensa de la propiedad privada y la imposibilidad de intervención de las empresas de salvamento (salvors), algunos de los puntos más negativos y polémicos de los aprobados por la Convención (...) cuando la ambigüedad de la Convención no resuelve las discrepancias que surgirán en relación a la propiedad de los pecios, que ésta decide eludir, a partir de la formulación de un principio, que esconde las opiniones contrarias que emergieron durante las negociaciones previas a su aprobación”.

⁵⁷ V.E. BOU FRANCH, “La convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, en La protección jurídica internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España, coord. Félix Vacas Fernández, Pablo Zapatero Miguel; Carlos R. Fernández Liesa (dir.), Jesús José Prieto de Pedro (dir.), 2009, pp. 191-228, esp. p. 228.

Desde el 15 abril 2012, la convención podría aplicarse ya al TITANIC, como hacen notar M.J. AZNAR GÓMEZ / E. VARMER. En efecto, han transcurrido ya más de cien años desde su naufragio⁵⁸. Sin embargo, las posibilidades de aplicar esta convención son cercanas al cero absoluto, pues ni Canadá, ni los EE.UU. ni el Reino Unido ni Francia, -los Estados más conectados con la litigación sobre los restos del TITANIC-, son Estados partes en dicha Convención, por lo que sus autoridades no aplican sus disposiciones.

Es interesante, si embargo, destacar que este texto legal trata de evitar que el hallazgo de naves sea empleado por los Estados para extender su espacio territorial, esto es, para hacerse con la “propiedad” de fondos y aguas marinas. Más allá de eso, las cuestiones de propiedad de los buques encontrados se ignoran de modo completo. Por una parte, ello sucede porque el objetivo de la convención es, únicamente, dictar una serie de pautas a los Estados para que organicen la exploración de los pecios de modo racional y respetuoso. Por otra parte, ello se verifica porque la falta de expertos de Derecho internacional privado en su elaboración impidió que la convención tuviera un enfoque de calidad sobre la cuestión. Finalmente, ello es así también porque cada Estado resuelve las cuestiones de propiedad de los pecios a través de criterios legales muy diferentes. Unificar criterios al respecto en un convenio internacional era una tarea casi imposible.

51. El Convenio internacional sobre salvamento marítimo hecho en Londres el 28 abril 1989 se pronuncia, básicamente, sobre el premio o recompensa y los derechos del salvador en relación con el pecio que ha rescatado⁵⁹. En realidad, el convenio sólo establece cómo calcular la recompensa del salvador, que se compone de la “recompensa en sentido estricto” y de la conocida como “compensación especial”, que se puede otorgar cuando el salvador ha evitado daños al medioambiente (art. 14 convenio). Sin embargo, el convenio nada indica sobre una posible adquisición de la propiedad en favor del salvador o de otras personas, entidades o Estados. Silencio total al respecto.

52. En suma, ninguno de los tres convenios internacionales antes citados se ocupa de la propiedad de los pecios⁶⁰. Como ha destacado la antes citada E. BARROWMAN, la regulación de Derecho internacional público que fija el régimen jurídico de los pecios, no proporciona un régimen jurídico a los litigios sobre la propiedad de los bienes de tales pecios cuando se trata de controversias entre particulares o disputas entre Estados y particulares⁶¹.

53. En ciertas ocasiones concretas, -aunque no en el caso del TITANIC-, sí se puede acreditar la existencia de convenios internacionales que se pronuncian sobre determinados aspectos relativos a la propiedad de pecios específicos que han originado litigios internacionales.

Así, por ejemplo, el art. X del Tratado de amistad y relaciones generales entre España y los Estados Unidos de América, de 3 julio 1902, que afirma que “*en los casos de naufragio, averías en el mar ó arribada forzosa, cada Parte deberá conceder á los buques de la otra, ya pertenezcan al Estado ó á particulares, la misma asistencia y protección ó iguales inmunidades que las concedidas á sus propios buques en casos análogos*”. Pues bien, la fragata española de 50 cañones *Juno*, hundida el 25 agosto 1750 en las costas situadas entre Virginia y Maryland, y la fragata española de 34 cañones *La Galga*,

⁵⁸ M.J. AZNAR GÓMEZ / E. VARMER, “The Titanic as Underwater Cultural Heritage: Challenges to its Legal International Protection”, *Ocean Development and International Law*, enero 2013, texto en: https://www.researchgate.net/publication/263716146_The_Titanic_as_Underwater_Cultural_Heritage_Challenges_to_its_Legal_International_Protection. Vid. art. 1.a) de la convención citada: “*Por «patrimonio cultural subacuático» se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como: i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y iii) los objetos de carácter prehistórico*”.

⁵⁹ BOE núm. 57, de 8 marzo 2005. Texto en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-3766.

⁶⁰ BOE núm. 39 de 14 febrero 1997.

⁶¹ E. BARROWMAN, “The Recovery of Shipwrecks in International Waters: A Multilateral Solution”, *Michigan Journal of International Law*, n. 231, 8, 1987, pp. 231-246 y texto en <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol18/iss1/9>, esp. p. 233: “*(International Law) however, provide inadequate international standards for the settlement of conflicts of laws and of jurisdictional disputes between states and private parties for all wrecks*”.

hundida el 19 octubre 1802 en las costas de Virginia, fueron descubiertas por una empresa cazatesoros norteamericana que reclamó su derecho de extracción y propiedad sobre los pecios. El Reino de España se opuso a ello ante los tribunales del Estado de Virginia. El tribunal resolvió el caso en favor de España, porque el art. X del Tratado de 1902 obligaba a los tribunales norteamericanos a otorgar a los pecios el mismo tratamiento legal que se establece en la legislación norteamericana a los pecios procedentes de buques norteamericanos. El tribunal constató que, según la Constitución norteamericana, los Estados Unidos sólo pueden renunciar a su propiedad mediante expresa declaración del Congreso al efecto y que al ser los pecios hundidos en las costas de Virginia restos de buques de guerra pertenecientes al Reino de España, España jamás abandonó o renunció a tales bienes. Los pecios continúan hoy bajo las aguas norteamericanas, donde yacen más de 400 españoles.

En el caso del art. XX del Tratado de París de 10 febrero 1763 firmado entre Inglaterra, Francia y España, que puso fin a la Guerra de los Siete Años, algunos juristas quisieron ver una renuncia expresa de España a la propiedad de cualquier buque español hundido en aguas de Norteamérica antes de 1763. Sin embargo, el precepto citado nada dice al respecto, como muy bien dejó claro el 21 julio 2000, el *US 4th Circuit Court of Appeals* al resolver la apelación en los casos *Juno* y *La Galga*.

b) El convenio internacional entre los Estados Unidos y el Reino Unido sobre el pecio del Titanic de 6 noviembre 2003

54. En el caso del TITANIC, como se ha indicado, no existe un convenio internacional multilateral o universal abierto a su firma a todas las naciones que regule la cuestión propiedad del pecio y la asigne a un concreto sujeto o Estado. Existe, eso sí, un convenio internacional firmado y ratificado y en vigor entre los Estados Unidos y el Reino Unido: el llamado *Agreement concerning the Shipwrecked Vessel RMS Titanic*, hecho en Londres el 6 noviembre 2003 y que entró en vigor el 18 noviembre 2019⁶². Su historia es curiosa.

55. Los Estados Unidos de América aprobaron la llamada una ley, la “*RMS Titanic Maritime Memorial Act*” (Ley del memorial marítimo del RMS Titanic) en 1986⁶³. El objetivo de dicha normativa nacional norteamericana era implementar directrices científicas estrictas para la exploración y el salvamento del TITANIC. La Ley fue aprobada por la Cámara de representantes y por el Senado de dicho país con una mayoría muy notable. El Presidente Ronald Reagan promulgó la Ley el 21 octubre 1986. Esta ley establece que los interesados en explorar el pecio deben pedir permiso a las autoridades de los Estados Unidos de América y pagar unas tasas, así como cumplir ciertos standards de seguridad y respeto a los restos hundidos. No obstante sus buenos propósitos, esta ley sólo se puede aplicar por los autoridades norteamericanas, de modo que si una empresa explora el TITANIC pero no es obligada a comparecer ante autoridades de los Estados Unidos, la ley resulta totalmente ineficaz e inefectiva. En todo caso, la ley no aborda las cuestiones de la propiedad del pecio. Su sección 8 indica que: “*Con la promulgación de esta Ley, los Estados Unidos no afirman su soberanía, ni sus derechos o su jurisdicción soberana o exclusiva sobre, ni la propiedad de, ninguna área marina o el R.M.S. Titánic*”⁶⁴. Por otra parte, el texto legal citado ordenaba al Secretario de Estado norteamericano que iniciara consultas con el Reino Unido, Francia, Canadá y otras naciones interesadas en desarrollar directrices internacionales para la investigación, exploración y en su caso, salvamento del R.M.S. TITANIC, que, en definitiva, fijaran reglas de seguridad de las personas involucradas en tales operaciones de rescate y exploración del pecio y que dejaran claro que éste debe ser preservado y no expoliado (sección 5 de la Ley).

56. El Secretario de Estado de los Estados Unidos de América contactó con Canadá, -que es el país, como se ha indicado, cuyo territorio está más próximo al pecio-, con el Reino Unido, -país del pabellón de

⁶² <https://www.gov.uk/government/publications/agreement-concerning-the-shipwrecked-vessel-rms-titanic-ts-no82019>.

⁶³ Texto en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-100/pdf/STATUTE-100-Pg2082.pdf>

⁶⁴ Section 8: “*Disclaimer of extraterritorial sovereignty. By enactment of this Act, the United States does not assert sovereignty, or sovereign or exclusive rights or jurisdiction over, or the ownership of, any marine areas or the R.M.S. Titanic*”.

la nave y lugar de salida del TITANIC en su primera y última travesía-, y con Francia, -pues el submarino que se empleó hallar el pecio era francés-, para que aprobaran una legislación similar a la norteamericana. El objetivo no se logró. Sin embargo, sí que se celebró un convenio internacional entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América, texto directamente inspirado en la ley antes citada. Se trata del mencionado “*Agreement Concerning the Shipwrecked Vessel RMS Titanic*” (“Acuerdo relativo al buque naufragado RMS Titanic”). Sólo esos dos países han ratificado el convenio, que entró en vigor el 18 noviembre 2019.

57. En sus arts. 3, 4 y 5, el convenio: (a) fija una serie de reglas a seguir por los nacionales y personas radicadas en los Estados partes en la exploración del pecio (arts. 3 y 4), mediante un sistema de autorizaciones administrativas a la tales actividades; (b) obliga a los Estados partes a adoptar medidas razonables para garantizar que todos los artefactos recuperados del RMS TITANIC que se encuentren en su territorio “*se conserven y custodien de conformidad con las normas pertinentes y se mantengan juntos e intactos como colecciones de proyectos*”; (c) Fija pautas para la conservación y preservación *in situ* de los restos de la nave.

El convenio sólo se aplica a empresas y particulares radicados en ambos países y sólo se aplica, como es natural, por los tribunales y autoridades del Reino Unido y de los Estados Unidos de América. Fuera de tales países, el convenio carece de toda efectividad, expone O. LAND⁶⁵.

58. Nada dispone el citado convenio, como se ha avanzado, sobre la propiedad de los restos del TITANIC ni de su carga. Por ello, también dicho instrumento legal internacional deja abierto el interrogante: ¿quién es el propietario de los restos del TITANIC?

3. Litigación ante tribunales españoles

59. En el caso de que un litigio sobre la propiedad de algún resto del TITANIC se suscite ante tribunales españoles, debe subrayarse que, vista la carencia de convenios internacionales específicos y de normas de Derecho europeo que regulen el supuesto, se aplicarán las normas de Derecho internacional privado españolas.

A) Criterios de competencia judicial internacional

60. Es perfectamente posible que los tribunales españoles puedan conocer de litigios sobre la propiedad de los restos del TITANIC. Ello es debido a que los foros en materia patrimonial recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis son muy generosos⁶⁶.

Así, en el caso de que el demandado tenga su domicilio en España, los tribunales españoles disponen de competencia internacional (art. 4 RB I-bis). Este foro despliega todo su sentido en estos supuestos, porque demandar ante los tribunales españoles si el demandado dispone de su domicilio en España suele significar que el bien del pecio por el que se litiga se halla en territorio español. En efecto, el patrimonio del demandado, con frecuencia, se encuentra en el Estado de su domicilio. En efecto, el sentido originario del foro *actor sequitur* radica en litigar en el Estado donde el bien litigioso se encuentra, como ha sido explicado por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁶⁷.

⁶⁵ O. LAND, “The Titanic wreck: How the world’s most famous maritime tragedy became a billion-dollar industry”, 22 junio 2023, en <https://nypost.com/2023/06/22/how-the-titanic-wreck-became-a-billion-dollar-industry/>: “Now any salvage by companies or individuals based within the UK and USA will be carried out only with the permission of both countries and will only take place if there is a good educational or cultural reason. This is a new legal barrier which will help better protect the wreck,” maritime law expert Dr. Josh Martin told the outlet at the time”.

⁶⁶ Vid. Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis.

⁶⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I-bis 1215/2012’. Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 112-138.

También son competentes los tribunales españoles si los litigantes pactan de modo expreso (art. 25 RB I-bis) o tácito (art. 25 RB I-bis) que sean tales tribunales los que diriman la controversia sobre tales bienes con total independencia del lugar de situación de los mismos.

Por el contrario, la mera presencia de un bien del pecio del TITANIC en territorio español no permite otorgar competencia internacional a los tribunales españoles con arreglo al Reglamento Brusels I-bis.

61. Por otra parte, en el caso de que el demandado tenga su domicilio en un tercer Estado y el elemento del pecio por cuya propiedad o posesión se litiga se encuentre en territorio español al tiempo de la interposición de la demanda, los tribunales españoles sí disponen de competencia internacional para conocer del litigio (art. 22 *quinquies* letra f) LOPJ).

62. Las razones para litigar en España pueden ser muy variadas. No está de más recordar que en TITANIC viajaban diez pasajeros españoles y que elementos u objetos del pecio pueden hallarse en España con ocasión de exposiciones públicas.

B) Los arts. 273-375 LNM 2014. Aspectos previos

a) Desplazamiento y no aplicación del art. 10.1 CC

63. Ya en el ámbito de la Ley aplicable, resulta preciso subrayar que el art. 10.1 CC no rige esta cuestión. Por tanto, el criterio *lex rei sitae* contenido en el precepto, -criterio que es, además, inservible en este caso por razones obvias-, resulta estéril e inaplicable. En efecto, al tratarse de derechos reales sobre “pecios”, entran en funcionamiento las normas especiales que regulan estos supuestos, normas que desplazan al art. 10.1 CC, que es una regla general (*lex specialis derogat generali*). Las normas aplicables por los tribunales españoles son, así, los arts. 373-375 LNM (Ley 14/2014 de navegación marítima). La Ley de navegación marítima ha derogado la anterior Ley 60/1962, que se ocupaba anteriormente de la cuestión. El Real Decreto 371/2020, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Extracciones Marítimas regula, exclusivamente, los aspectos administrativos de tales extracciones. No se pronuncia sobre los derechos de propiedad de los elementos del pecio, ya que tales cuestiones se hallan resueltas directamente por la LNM⁶⁸.

b) Los arts. 373-375 LNM: normas materiales especiales

64. Estos arts. 373-375 LNM no son normas de conflicto de leyes que señalen la ley reguladora de la propiedad de los pecios, sino “normas materiales especiales”. Resuelven de un modo directo, como apunta doctrina solvente, la cuestión de saber quién es el titular del dominio sobre los restos de naufragios⁶⁹. Son, además, normas materiales especiales “independientes”, en dicción de A. REMIRO BROTONS, esto es, normas que, para su aplicación, no depende de que una norma de conflicto general señale que es la Ley española la que debe regir el caso⁷⁰. Estas normas se aplican se aplica sea cual fuere el lugar donde se hallan los bienes naufragados: aguas territoriales de un Estado, aguas internacionales o fondos

⁶⁸ BOE núm. 51 de 28 febrero 2020 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2837).

⁶⁹ A.E. VON OVERBECK, “Les règles de droit international privé matériel”, *De Conflictu Legunt. Mélanges offerts a R.D.Kollewinj/J.Offerhaus*, Leiden, Sijthoff, 1962, pp. 362-379; M. SIMON-DEPITRE, “Les règles matérielles dans le conflit de lois”, *Revue critique de droit international privé*, 1974, vol.LXIII, pp. 591-606; E. STEINDORFF, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt, Lostermann, 1958; E. VITTA, “Le droit international privé matériel en droit italien”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1973, vol.IX, pp. 830-841.

⁷⁰ A. REMIRO BROTONS, “Reglas de conflicto y normas materiales de Derecho internacional privado”, *Temis* (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), núms.33 a 36, 1973-74 (Symbolae García Arias), pp. 605-646. También A.-L. CALVO CARAVACA, “Las fuentes del Derecho internacional privado”, *RGD*, 1986, pp. 5051-5093; A.-L. CALVO CARAVACA, “Noción y contenido del Derecho internacional privado”, *Revista General de Derecho*, núms.508-509, 1987, pp. 5-31.

marinos. Este ámbito de aplicación en el espacio de las referidas normas materiales se deduce de su propia dicción literal⁷¹.

c) Los preceptos reguladores del salvamento marítimo: el art. 368 LNM

65. Por otra parte, debe dejarse claro que los preceptos de la Ley 14/2014 de navegación marítima relativos al salvamento marítimo (arts. 357-368 LNM) otorgan al salvador una recompensa cuyo importe se fija con arreglo a tales preceptos y no regulan la propiedad de los bienes salvados. Sólo en un caso la propiedad se otorga al salvador: cuando se trata de bienes salvados “*de propiedad desconocida*” (art. 368 LNM). En tal caso, y tras seguir las formalidades recogidas en dicho precepto y pasados seis meses sin haberse podido localizar al propietario, se tasarán los bienes. Si el valor no excediera de tres mil euros, el salvador hará suyos los bienes una vez pagados los gastos del expediente. Si el valor superase la referida cantidad se venderán los bienes en pública subasta, siendo para el salvador, una vez pagados los gastos del expediente, además de dicho importe un tercio de la parte del precio obtenido que exceda de tres mil euros más los gastos en que haya incurrido. El resto, si lo hubiere, se ingresará en el Tesoro Público.

C) Regla general: principio de conservación de la propiedad sobre el pecio y los bienes transportados

66. La regla general de solución de la cuestión de la propiedad sobre los buques u otros bienes naufragados o hundidos es que dicha propiedad “*no se verá afectada por el solo hecho de su naufragio o hundimiento, no produciéndose su abandono sino por voluntad expresa de su titular*” (art. 373 Ley 14/2014). Esta regla opera con independencia del concreto lugar donde se encuentran los bienes naufragados o donde se hubieran hundido las naves en cuestión. La regla parece, *de visu*, privilegiar al propietario: éste conserva su propiedad tras el naufragio, bastante ha tenido ya con deber padecerlo.

Ahora bien, no es oro todo lo que reluce. Como muy bien explica C. SALINAS ADELANTADO, el legislador adopta esta solución también para que el propietario asuma sus obligaciones como tal en relación con un buque que puede generar contaminación medioambiental y problemas a la navegación de otros buques, otros peligros en forma de daños a terceros y especialmente para que el propietario siga sujeto a sus obligaciones de remoción del pecio, que suelen ser onerosas⁷².

Por otra parte, parece correcto interpretar, de nuevo con C. SALINAS ADELANTADO, que la posibilidad de abandono que el precepto concede al propietario es el abandono en favor del asegurador. El abandono sin más para que las cosas pasen a ser *res derelictae* no está contemplado en este art. 373 LNM. Según indican I. ARROYO MARTÍNEZ / J.A. RUEDA MARTÍNEZ, este abandono sin más produciría consecuencias contrarias a los principios fundamentales del Derecho marítimo: dificultaría la navegación marítima, permitiría la elusión dolosa de la responsabilidad en el sector marítimo y podría producir enormes daños a terceros y a bienes comunes⁷³.

67. En consecuencia, en el caso de litigio ante tribunales españoles, la *White Star Lines*, dueña del barco, seguiría siendo propietaria de los restos del TITANIC y los propietarios de los bienes transportados en el transatlántico también siguen siendo propietarios de dichos objetos.

⁷¹ F. RIGAUX / M. VERWILGHEN, “Le champ d’application dans l’espace des règles uniformes de droit privé matériel”, *Rapports belges au VIII Congrès international de droit comparé*, Bruselas, Bruylant, 1970, pp. 217-289.

⁷² C. SALINAS ADELANTADO, *Manual de Derecho Marítimo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 629.

⁷³ I. ARROYO MARTÍNEZ / J.A. RUEDA MARTÍNEZ, *Compendio de Derecho marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 2022, pp. 352-354.

a) Derechos de propiedad (inexistentes) en favor de la *White Star Line*

68. Para concretar quiénes son los concretos propietarios de los restos de la nave es aplicable el art. 10.2 CC. Ello es así porque, en el momento en el que los propietarios adquieren la nave, el TITANIC era una nave y no un pecio. Por tanto, si surgen dudas sobre la propiedad del buque en favor de la citada naviera inglesa, dicha cuestión se solventará con arreglo a la Ley británica, ya que el TITANIC era un barco inglés: su pabellón era británico y estaba registrado en el Reino Unido. Era una nave de nacionalidad (ficticia) británica⁷⁴.

69. Puede pensarse en la empresa que ha sucedido a la *White Star Line*, originaria propietaria del barco, -que fue primero la *Cunard-White Star Line* en 1950, y desde finales de los años 90 del pasado siglo, la *Carnival Corporation*-, es ahora la propietaria del pecio de la nave. Sin embargo, la *White Star Line* no existe desde 1934. En el acuerdo de fusión entre la *White Star Line* y la *Cunard*, efectuado en 1934, se excluyó expresamente que los restos del TITANIC pasaran a la nueva empresa resultante de la fusión, de la que *Cunard* tenía la mayoría de las acciones. La razón de su exclusión fue, sencillamente, que el pecio se consideró totalmente irrecuperable⁷⁵. La empresa *Cunard* ha declarado que no es propietaria del pecio del TITANIC⁷⁶. En todo caso, como se verá seguidamente, la *White Star Line* perdió la propiedad del pecio del TITANIC en favor de las aseguradoras de la nave. Por tanto, el art. 373 Ley 14/2014 permite afirmar que la *White Star Line* ya no conserva la propiedad sobre el pecio.

b) Derechos de propiedad de los pasajeros y tripulación del Titanic

70. En los que respecta a los bienes de los pasajeros y tripulantes, tales bienes siguen perteneciendo a los mismos por mucho tiempo que haya transcurrido. Si surge la cuestión de saber si tales sujetos eran realmente propietarios de dichos bienes implicados en el naufragio, deberá aplicarse la Ley del lugar donde el bien se encontraba en el momento de su presunta adquisición (art. 10.1 CC: *lex rei sitae*). Así, por ejemplo, si una colección de diamantes se perdió en el naufragio del TITANIC, para saber quién era el propietario de la misma en el momento del naufragio es aplicable la Ley del Estado donde se encontraban los diamantes cuando fueron adquiridos por el sujeto que se supone que era el propietario cuando sucedió la tragedia del TITANIC.

71. En el caso de bienes que se hallaban a bordo del TITANIC y transferidos durante su travesía, la ley inglesa, -Ley del pabellón de la nave-, determinará si el comprador adquirió la propiedad de tales objetos (art. 11.1 CC por analogía), como se explica en el siguiente parágrafo.

⁷⁴ El mejor tratamiento del tema de la nacionalidad de las naves sigue siendo el que le dispensó en sus numerosas publicaciones el gran experto R. JAMBU-MERLIN, "Abordage maritime", *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.I, 1968, pp. 6-10; "Assistance et sauvetage maritimes", *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.I, 1968, pp. 177-180; Id., "Navigation maritime", *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp.448-452; Id., "Navire", *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.II, 1969, pp.452-460; Id., "Bateau", *Encyclopedie Dalloz droit international, Paris, 1968-69 (dir. Ph. Franceskakis)*, vol.I, 1968, pp. 222-225. Vid. también, entre otros muchos, las esclarecedoras contribuciones al respecto debidas a M. CASTILLO DAUDÍ, "A propósito de las banderas de conveniencia: nacionalidad del buque y obligaciones del estado del pabellón", *Anuario de derecho marítimo*, n.º. 21, 2004, pp. 121-149 y S.M. CARBONE, «Navigazione (Diritto internazionale privato)», en AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. XXVII, pp. 695-715.

⁷⁵ CH. MCGREAL, "US court aims to establish ownership of over \$100m in Titanic artefacts", 26 octubre 2009, en <https://www.theguardian.com/world/2009/oct/26/titanic-artefact-case>: "Establishing present-day ownership has led to lengthy complex court cases because the original owners of the British-registered ship have long since gone. The ship belonged to the White Star line but when that company was sold to Cunard the Titanic was not part of the sale because it was already a wreck and considered unrecoverable". También S. RYAN, "Who owns the Titanic, and who can dive at the wreck?", *TheJournal.ie*, 18 septiembre 2023, <https://www.thejournal.ie/who-owns-the-titanic-and-who-can-dive-at-the-wreck-404369-Apr2012/>.

⁷⁶ M.S. TIMPANY, "Ownership Rights in the Titanic", *Case Western Reserve Law Review*, volume 37 Issue 1, 1986, pp. 72-102: "Cunard has specifically stated that it does not own the wreck".

72. En efecto, el art. 10. CC no fija la Ley aplicable a los derechos reales que se hallan a bordo de buques o aeronaves. Ante esta carencia de precisión, debe recordarse que las reglas jurídicas de ciertos convenios internacionales que rigen el estatuto legal de los buques y aeronaves sólo regulan aspectos de Derecho Público, tales como la inmunidad jurisdiccional y/o policial de dichos medios de transporte y la precisión del lugar de comisión de delitos y faltas verificados a bordo de tales buques y aeronaves (*vid.* arts. 92-97 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 diciembre 1982 y elaborada por Naciones Unidas)⁷⁷. En efecto, no existe regla jurídica general expresa sobre la determinación de la Ley aplicable a los actos civiles realizados a bordo de buque o aeronave, tales como la adquisición de un bien que se encuentra en dichos buques o aeronaves. Es, por ello, necesario proporcionar una solución a través del desarrollo judicial de las reglas existentes. Dos grandes enfoques han sido empleados al efecto.

73. En primer término, se ha propuesto seguir una tesis fundada en criterios de Derecho internacional público. Ciertos autores han defendido, en esta línea, que la cosa situada a bordo de buque o aeronave que navega por aguas jurisdiccionales de un Estado se encuentra, desde el punto de vista del Derecho internacional público, en el territorio de dicho Estado. Por tanto, una aplicación literal del art. 10.1 CC conduciría a la aplicación de la Ley de dicho país. Sin embargo, esta solución no parece razonable pues puede no existir una conexión sólida, evidente, clara y perceptible por los particulares, entre ese país y el supuesto a regular. En efecto, el paso de la nave por el territorio de dicho país puede ser puramente casual, transitoria, efímero, circunstancial o meramente anecdótico. Los particulares pueden, incluso no ser conscientes de que navegan por aguas territoriales de un país concreto. De ese modo, la aplicación de la Ley del país de situación real de la cosa se vuelve imprevisible para los particulares y traiciona la idea regulativa básica del art. 10.1 CC, que es la certeza de la Ley aplicable y su fácil previsión para todos. Por otro lado, cuando los bienes se hallan a bordo de una nave que se encuentra en Alta Mar, la regla no puede operar: el Alta Mar es un espacio geográfico sobre el que ningún Estado ejerce su soberanía.

74. En segundo lugar, se ha sugerido seguir otra senda interpretativa edificada sobre la aplicación analógica del art. 11.1.II CC. Más razonable parece seguir esta propuesta, muy bien expuesta por M. VIRGÓS SORIANO⁷⁸. En efecto, puede recurrirse a la “Ley del abanderamiento o matrícula del buque o aeronave”, por aplicación analógica del art. 11.1.II CC. Este precepto indica que la forma de los actos se rige por la Ley del lugar donde tales actos se han otorgado y que cuando dicho lugar sea un buque o aeronave “*durante su navegación*”, tales actos “*se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro*” y también que los “*navíos y las aeronaves militares se considerarán como parte del territorio del Estado a que pertenezcan*”. Esta solución, diseñada para precisar el lugar donde un acto ha sido otorgado a efectos de la forma jurídica de dicho acto, debe adaptarse al caso concreto en los supuestos de precisión del lugar donde una cosa se encuentra a efectos de concretar la Ley que rige los derechos reales sobre tales bienes. Se basa, expone L. KUSCHEL, en la ficción legal de suponer que, en ciertos casos, los buques y aeronaves deben ser considerados como parte del territorio del Estado cuyo pabellón enarbolan⁷⁹. De este modo, el cuadro de soluciones propuestas es el siguiente: (a) Las cosas situadas a bordo de buques o aeronaves de Estado, -navíos de guerra o dedicados a funciones de Estado-, deben considerarse situadas en el territorio del país cuya bandera enarbola dicho buque, sean cuales sean las aguas donde tales buques se hallaren: (b) Las cosas situadas a bordo de buques o aeronaves privados que navegan por Alta Mar o por aguas de otros Estados, deben considerarse situadas, igualmente, en el territorio del país del pabellón del buque. Es una solución seguida en muchos países, destacan P. MAYER / V. HEUZÉ⁸⁰; (c) Las cosas situadas a bordo de buques o aeronaves privados que se encuentran fondeados en aguas o puertos de un concreto país

⁷⁷ BOE núm. 39 de 14 febrero 1997.

⁷⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “Las cosas y los derechos reales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, partes especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-288, esp. p. 247.

⁷⁹ L. KUSCHEL, “Urheberrechtsverletzung auf Hoher See (LG Hamburg, S. 81)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2023, n.1, pp. 42-46, si bien el LG de Hamburgo no siguió la ley de pabellón sino la ley elegida por los litigantes, en flagrante vulneración del art. 8 RR-II.

⁸⁰ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, pp. 470-471.

deben considerarse situadas en el territorio del país del pabellón del buque si la relación del supuesto con el país del puerto es puramente casual o meramente anecdótica, como puede ser el caso de una reparación de urgencia de la nave, por ejemplo; (d) Las cosas situadas a bordo de buques o aeronaves privados que se encuentran fondeados en aguas o puertos de un concreto país deben considerarse situadas en el territorio de dicho Estado si la conexión del supuesto con tal país puerto es previsible o sólida. Es el caso de un buque detenido en el puerto de un Estado durante un tiempo notable y por razones no circunstanciales. Al mismo resultado ha llegado la jurisprudencia inglesa que afirma, con la imaginación propia de los británicos, que una nave en Alta Mar es una “*floating island over which the national law prevailed*”⁸¹.

75. Visto que ya todos los pasajeros y tripulantes del TITANIC han fallecido, sus legítimos herederos son ahora los propietarios de dichos objetos, pues los causantes no habían perdido su propiedad en el momento de su fallecimiento. Para concretar si una persona ha heredado bienes transportados en el TITANIC, es aplicable la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento si éste se ha producido antes del 17 agosto 2015 (art. 9 CC en su redacción de 1889 / art. 9.8 CC en su redacción de 1974). En el supuesto de causante fallecido después del 17 agosto 2015, es aplicable la ley nacional del causante elegida por éste, en su caso, y en su defecto, la Ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (arts. 21 y 22 del Reglamento sucesorio europeo)⁸².

C) Regla especial: los propietarios disponen del pecio de la nave y de los bienes transportados

76. Indica el art. 373 LNM que “*los propietarios de tales bienes podrán disponer de ellos*”. Por tanto, acreditado que una persona vive y es propietaria originaria de los bienes transportados en el TITANIC, o bien es propietaria de dichos objetos porque los ha heredado, dicha persona sigue siendo propietario y puede disponer de tales bienes. Puede vender esos bienes que yacen en el fondo del océano, donarlos o transmitidos a terceros, en cualquier modo admitido en Derecho. Esta libertad de transmisión de estos bienes opera cual fuere el lugar donde se encuentren los bienes naufragados. Porque, naturalmente, los bienes pueden encontrarse todavía en el fondos marinos del Atlántico Norte pero también pueden haber sido recuperados y hallarse, ahora, en un concreto país. Lo relevante de este art. 373 LNM es que deja claro que la persona que era propietaria de los bienes hundidos no pierde su propiedad por el solo hecho del hundimiento ni por el mero paso del tiempo. A partir de ahí, varios datos son relevantes.

77. En primer lugar, en el caso de que los bienes del pecio del TITANIC sean transmitidos a un tercero por su propietario, la Ley aplicable para concretar quién es el nuevo propietario, debe especificarse en sintonía con el art. 10.1 CC. Este precepto se aplica a todo tipo de bien que se haya en el pecio, incluida la misma nave, pues el TITANIC, desde que naufraga, ya no es un “buque” a los efectos del Derecho internacional privado. Por ello, el art. 10.2 CC no es aplicable a la venta de los restos de la nave. Tales restos deben considerarse bienes muebles, razón por la que la cuestión de la transmisión de su propiedad se rige por el art. 10.1 CC.

78. En segundo lugar, si el bien que estuvo integrado en el pecio del TITANIC está situado ahora, tras su extracción, en un concreto país, se aplicará la Ley de ese país (art. 10.1 CC).

79. En tercer lugar, si el bien perteneciente al pecio del TITANIC sigue en el fondo del Atlántico, surge un clásico problema. No existe *lex rei sitae*, pues el bien se ha transmitido cuando estaba en un es-

⁸¹ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, p. 861. También, en la doctrina francesa, con el mismo argumento, Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 11ª ed., Paris, Dalloz, 2020, pp. 557: «*le navire étant considéré soit comme une portion du territoire national*».

⁸² Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012).

pacio no sometido a soberanía estatal: los fondos marinos internacionales. El art. 10.1 CC es, en verdad, inaplicable. Así, por ejemplo, si un superviviente de la tragedia del TITANIC, nacional francés, vendió un cuadro de su propiedad, que yacía con el pecio, a un comprador ruso en virtud de contrato celebrado en Londres, resulta preciso concretar cuál es la Ley en cuya virtud el comprador ruso adquiere, en su caso, la propiedad del cuadro. Debería aplicarse el art. 10.1 CC y la Ley del lugar de situación del bien en el momento de celebración del contrato en cuya virtud se pretende transmitir el bien.

Para solventar la cuestión puede recurrirse a la tesis de la vinculación más estrecha. Parece razonable afirmar que, en estos supuestos, -y como antes se ha adelantado-, el país más vinculado con la cuestión es el Reino Unido: es el país de registro y pabellón del TITANIC y es el país desde donde partió la nave en su primer y último viaje. Vendedor y comprador, y también terceros implicados, no pueden alegar que la aplicación de la Ley británica les resulta “imprevisible”, sino todo lo contrario. Es la ley cuya aplicación al caso es más previsible para todos. La aplicación de otras leyes nacionales debe descartarse. Así, aplicar la Ley nacional o de la residencia habitual del vendedor o del comprador puede ser impredecible para terceros, que se verán afectados por la transmisión de la propiedad sobre los objetos vendidos. La aplicación de la Ley norteamericana no es previsible ni razonable, puesto que el barco tenía como destino Nueva York, es cierto, pero nunca llegó a penetrar en el territorio de los Estados Unidos de América. Tampoco es sensato ni ponderado aplicar la Ley que rige el contrato entre comprador y vendedor del objeto hundido, puesto que los terceros, normalmente, ignorarán cuál es esa ley que, por definición, regula sólo relaciones jurídicas entre los contratantes (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*).

En suma, la Ley británica rige la cuestión de saber si la propiedad de los bienes del pecio ha pasado del propietario original del bien naufragado, al nuevo presunto adquirente.

80. Por lo general, en supuestos comunes, no sofisticados, la ley que rige la transmisión de la propiedad de un bien (*lex rei sitae* ficticia o real) regula también, en general, el carácter transmisible del mismo, como expone la doctrina⁸³. Ahora bien, el art. 373 LNM, -que es una norma material especial de Derecho internacional privado español-, se impone, en este punto, sobre la *lex rei sitae*, ficticia o no. En efecto, una vez que el precepto español citado afirma que “*los propietarios de tales bienes podrán disponer de ellos*”, resulta irrelevante si el Derecho regulador de la nueva transferencia de la propiedad considera que el bien procedente del pecio es “inalienable” o es un bien *extra commercium*. El bien podrá transmitirse porque el Derecho español así lo indica.

D) Regla especial: los propietarios abandonan el pecio de la nave y los bienes transportados en favor del asegurador

81. Indica el art. 373.2 *in fine* LNM que los propietarios de tales bienes podrán disponer de ellos “y, especialmente, abandonarlos a favor del asegurador cuando proceda”. En efecto, en el caso de que las mercancías o los restos del barco hayan sido asegurados, las partes en el contrato de seguro podían haber acordado que, en caso de siniestro, los bienes pasen a ser propiedad de la compañía de seguros. Esta regla se aplica sea cual fuere el lugar donde se hallan los bienes asegurados que se transmiten a la empresa aseguradora.

82. En tal supuesto, existe título para la transmisión de la propiedad del bien que se halla en el pecio, -el contrato de seguro es el título-, pero para que se produzca la transferencia de la propiedad de dichos bienes al asegurador, es preciso que tal transferencia se ajuste a la ley que rige los derechos reales sobre tales bienes. Dicha ley puede seguir un sistema de mero consenso o un sistema de título y modo u otro sistema. Dicha Ley, -la ley que regula los derechos reales sobre el bien-, debe admitir que el asegurado pueda, tras el siniestro, transmitir, a la compañía de seguros, la propiedad de los bienes

⁸³ M. VIRGÓS SORIANO, “Las cosas y los derechos reales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, partes especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-288, esp. pp. 243-244; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, segunda edición, editorial Tirant Lo Blanch, València, 2022, vol. III, pp. 3608-3620.

asegurados. Como es obvio, la precisión de la ley que rige los derechos reales sobre tales bienes es complicada porque el art. 10.1 CC no es aplicable: la ley del lugar de situación de los bienes (*lex rei sitae*) no puede rige el caso porque tales bienes se encuentran en un espacio no sometido a la soberanía de ningún Estado. Pues bien, este vacío legal debe ser integrado mediante, como antes se ha indicado, de la Ley del país cuya aplicación al caso es más previsible para las partes en el contrato y también para terceros, la ley del país más estrechamente vinculada con la situación jurídica. Pues bien, como anteriormente se ha precisado, el país más vinculado con la cuestión es el Reino Unido: es el país de registro y pabellón del TITANIC y es el país desde donde partió la nave en su primer y último viaje. La Ley británica es la que debe aplicarse para saber si la propiedad de los bienes naufragados puede transmitirse por su propietario original a la compañía de seguros en virtud del mismo contrato de seguro.

83. No obstante lo anterior, el contrato de seguro queda sujeto a la ley reguladora de dicho contrato, a su propia ley (*lex contractus*). Dicha Ley se determina con arreglo a la norma de conflicto española vigente en el momento de la firma del contrato de seguro. En 1912, el Código civil español carecía de tal norma de conflicto en el campo de las obligaciones contractuales. Con arreglo a la jurisprudencia de la época, la Ley del contrato será, normalmente, la ley elegida por los contratantes y en su defecto, la ley del país de celebración del contrato de seguro⁸⁴.

84. En el caso de que la ley española rija el contrato de seguro, debe subrayarse que el abandono de los bienes y la transmisión de la propiedad de los mismos en favor del asegurador no es automática. Es preciso que se pacte en el contrato. Por el contrario, en la Ley inglesa y norteamericana no es necesario que las partes pacten dicho abandono en su contrato de seguro para el caso de naufragio. En tales ordenamientos, si el titular de los bienes renuncia a recuperarlos, la propiedad pasa *ipso jure* al asegurador de los mismos, si existe y si éste acepta asumir tal propiedad. La inmensa mayoría de contratos de seguros sobre los bienes transportados y sobre la nave misma se regían bien por el Derecho norteamericano o bien por el Derecho británico.

85. Con arreglo a lo que expuesto, debe recordarse que el pecio del TITANIC pasó a ser propiedad de las empresas aseguradoras del TITANIC a tenor de la ley inglesa, que regía dicho contrato de seguro, y en concreto, en sintonía con la *British Marine Insurance Act* de 1906⁸⁵. Existía un sindicato de aseguradoras que suscribieron la póliza del TITANIC. A ellos les corresponde la propiedad de los restos de la nave y de su equipamiento.

Sin embargo, las empresas aseguradoras no hicieron nada para reclamar la propiedad de tales restos, pues la posibilidad de recuperarlos físicamente era muy remota, al no disponerse de la tecnología precisa y la extracción de los bienes resultaba, además, extraordinariamente onerosa.

⁸⁴ M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes", *Accursio DIP Blog*, 9 abril 2015, <http://accursio.com/blog/?p=120>. El texto de las Siete Partidas (texto íntegro) se puede consultar en = https://archive.org/stream/lassietepartidas01castuoft/lassietepartidas01castuoft_djvu.txt. Una versión posterior, más elaborada, se encuentra en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes", en *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 1-4. *Vid.* también A. PÉREZ MARTÍN, "Jacobo de las leyes: Ureña tenía razón", *Anales de Derecho*, nº 26, 2008, pp. 251-273 (texto en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113171/107241>); J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La ley aplicable a los contratos internacionales. Jacobo de las Leyes y la ley del lugar de celebración del contrato", en JAVIER CARRASCOSA GONZALEZ / MARIA ASUNCION CEBRIÁN SALVAT / ISABEL LORENTE MARTINEZ, *Libro homenaje al inmarcesible jurista Jacobo de las Leyes. Un jurista del siglo XXI en la época de las Partidas*, Dykinson, S.L. Madrid, 2023, pp. 245-328, con una visión más amplia y europea de las normas de conflicto de leyes en el sector contractual vigentes cuando el TITANIC naufragó en 1912. *Vid.* igualmente, A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado (Derecho civil internacional)*, 5ª ed., Granada, 1989, pp. 327-337.

⁸⁵ M.S. TIMPANY, "Ownership Rights in the Titanic", *Case Western Reserve Law Review*, volume 37 Issue 1, 1986, pp. 72-102. *Vid.* *British Marine Insurance Act* of 1906: "Where the insurer pays for a total loss, either of the whole, or in the case of goods of any apportionable part, of the subject-matter insured, he thereupon becomes entitled to take over the interest of the assured in whatever may remain of the subject-matter so paid for, and he is thereby subrogated to all the rights and remedies of the assured in and in respect of that subject-matter as from the time of the casualty causing the loss".

Por otro lado, todas las empresas de seguros que aseguraron el TITANIC desaparecieron hace años, excepto la *De Rougement* y la *Lloyds*. Estas empresas no han reclamado la propiedad de los restos, aunque legalmente, su propiedad sobre los mismos es clara. Como resultado de ello, puede afirmarse que los bienes han sido abandonados por sus legítimos propietarios. Son, ahora, *res derelictae*, cosas abandonadas que carecen, ahora, de dueño conocido.

E) Regla especial: abandono en favor del salvador. Art. 368 LNM

86. En el caso del pecio del TITANIC será muy frecuente que se encuentren en el mismo numerosos “bienes sin dueño”. Bienes cuyos propietarios no pueden ser localizados o identificados. En tales casos de *res derelictae*, -cosas abandonadas, que han tenido propietario, pero que ahora carecen de dueño conocido-, que no *res nullius*, -cosas que nunca han tenido dueño antes-, esto es, cuando se trata de “*bienes salvados de propiedad desconocida*” (art. 368 LNM), deben seguirse las formalidades recogidas en dicho precepto. En dicha línea, pasados seis meses sin haberse podido localizar al propietario, se tasarán los bienes.

Si el valor no excede de tres mil euros, el salvador hará suyos los bienes una vez pagados los gastos del expediente. Por tanto en tal caso, la propiedad corresponde, de modo directo, al salvador.

Si el valor superase esos tres mil euros, se venderán los bienes en pública subasta, siendo para el salvador, una vez pagados los gastos del expediente, además de dicho importe un tercio de la parte del precio obtenido que exceda de tres mil euros más los gastos en que haya incurrido. El resto, si lo hubiere, se ingresará en el Tesoro Público.

87. Por tanto, pueden ser frecuentes los casos en los que el salvador pueda recurrir al art. 368 LNM e instar la venta pública de los bienes salvados del pecio del TITANIC. Ahora bien, la diferencia entre el Derecho inglés y norteamericano frente al Derecho español radica en que en los dos citados ordenamientos jurídicos de *Common Law*, el salvador puede adquirir la posesión y también la propiedad de tales bienes salvados, lo que no sucede en Derecho material español.

F) Reglas especiales de atribución de la propiedad al Estado español

a) Adquisición automática de la propiedad en favor del Estado español en el caso de bienes situados en aguas interiores o aguas territoriales de España

88. El art. 374 LNM afirma que el Estado español adquirirá la propiedad de cualquier buque o bien que se encuentre naufragado o hundido en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles una vez transcurridos tres años desde el naufragio o hundimiento, excepto la de los buques y embarcaciones de Estado que pertenezcan a Estados extranjeros. El análisis de esta norma puede exponerse del siguiente modo.

89. En primer lugar, el art. 374 LNM recoge una regla de adquisición automática, en favor del Estado español, de la propiedad de “cualquier buque o bien que se encuentre naufragado o hundido en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles”.

90. En segundo lugar, el precepto sólo opera en favor del Estado español y sólo cuando el buque o los bienes se encuentren naufragado o hundido en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles.

91. En tercer lugar, el art. 374 LNM dispone que esta regla de adquisición sólo es aplicable “*una vez transcurridos tres años desde el naufragio o hundimiento*”.

92. En cuarto lugar, el citado art. 374 LNM no puede operar cuando se trata de “*buques y embarcaciones de Estado*” correspondientes a Estados extranjeros.

93. En quinto lugar, cabe afirmar que este art. 374 LNM sólo es aplicable mientras los bienes y/o el buque permanezcan “*hundidos en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles*”. Por tanto, si los bienes transportados en el TITANIC se hallan en el lugar del naufragio, la mencionada norma no es aplicable. Si los restos del buque o de los bienes transportados en el mismo son extraídos del pecio y se hallan en España en el momento en el que surge un litigio sobre su propiedad, el art. 374 LNM tampoco es aplicable. Los actos con efectos reales que tengan lugar sobre tales bienes, ahora situados en España se rigen por el Derecho español (art. 10.1 CC: *lex rei sitae*).

b) Bienes situados en la zona económica exclusiva española o el alta mar y que sean propiedad de ciudadanos españoles

94. Expresa el art. 374 LNM que, igualmente, “*el Estado español adquirirá la propiedad de buques o bienes que, a la terminación del plazo mencionado, se encuentren situados en la zona económica exclusiva o en alta mar y sean propiedad de españoles*”. El análisis de esta regla arroja estos datos.

95. En primer lugar, es preciso que los propietarios sean “*españoles*” y pueden ser tanto personas físicas como jurídicas. Tales personas deben haber sido españolas tanto en el momento en el que han transcurrido tres años tras el hundimiento.

96. En segundo lugar, la propiedad sobre estos bienes se determina con arreglo al art. 10.1 CC: ley de lugar donde los bienes se hallaban cuando fueron adquiridos por los propietarios españoles.

97. En tercer lugar, es preciso que hayan transcurrido tres años desde que se produjo el naufragio para que el Estado español adquiriera, *ipso jure, ex lege*, la propiedad de los bienes hundidos.

98. En cuarto lugar, la regla sólo se aplica si los bienes están en el alta mar o fondos marinos o zona económica exclusiva española. No se aplica si están en aguas territoriales de otros Estados, por lo que la regla no interfiere con la soberanía territorial de otras naciones sobre tales aguas.

99. En quinto lugar, la regla constituye una especie de norma de adquisición de la propiedad “por soberanía del Estado sobre los bienes de sus nacionales”. Los bienes siempre claman por su dueño, pues la propiedad incentiva el uso eficiente de las cosas y el Derecho Privado busca la eficiencia. Si el propietario español no está ya interesado en sus bienes y ha dejado transcurrir los tres años a los que se refiere la norma sin que haya solicitado la extracción de los mismos, será el Estado español el que adquiere dichos bienes por una especie de “dominio eminente” sobre dichos bienes. El Estado, así, extiende su soberanía sobre los bienes que sus nacionales ya no utilizan y que se hallan en “tierra de nadie”.

100. En sexto lugar, debe subrayarse que esta regla puede aplicarse al del TITANIC en el supuesto de bienes de los que fueron pasajeros españoles y que se encuentren en el pecio de la nave, que se halla situado, como se ha indicado, en aguas internacionales. Es sabido que diez españoles viajaban en el TITANIC en su travesía primera y última⁸⁶. Siete sobrevivieron y tres fallecieron la noche del hundimiento⁸⁷. Pues

⁸⁶ Vid. J. FLORES, “Los diez españoles del Titanic”, *Muy interesante*, 10 abril 2012, <https://www.muyinteresante.es/curiosidades/23522.html#:~:text=Mar%C3%ADa%20Josefa%20Pe%C3%B1asco%2C%20Fermina%20Oliva,historia%20cinco%20d%C3%ADas%20m%C3%A1s%20tarde>.

⁸⁷ Noticia EFE, “Los diez del Titanic’ las vidas de los españoles que se embarcaron en el aciago transatlántico”, 20 minutos, 5 abril 2012, <https://www.20minutos.es/noticia/1361758/0/los-diez-del-titanic/libro-vidas-espanoles/embarcaron-aciago-transatlantico/>; J. REYERO / C. MOSQUERA / N. MONTERO, “La tragedia de dos españoles del Titanic: «Pepita, que seas muy feliz»”, 3 abril 2012, https://www.abc.es/sociedad/abci-espanoles-titanic-201204010000_noticia.html; P.L. GÓMEZ, “La malagueña que se salvó en el ‘Titanic’”, 15 abril 2018, <https://www.diariosur.es/opinion/malaguena-salvo-titanic-20180415100919-nt.html>; J. REYERO, “Españoles en el barco de los sueños”, 2012, <https://www.elmundo.es/especiales/2012/internacional/titanic/testimonios/10-espanoles.html>. Existe un libro que narra la tragedia de los españoles a bordo del Titanic y la vida posterior de los que sobrevivieron y sus familiares. Se trata de N. MONTERO / J. REYERO / C. MOSQUERA, *Los diez del Titanic: La conmovedora historia de los españoles que vivieron aquel viaje único*, 2023, Editorial LID, colección Viva.

bien, si han transcurrido tres años desde el hundimiento sin que tales propietarios o sus herederos hayan solicitado la extracción de sus bienes, éstos pasan a propiedad del Estado español. Los tres años deben contarse no desde el día del hundimiento del TITANIC, sino desde el día de entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima, esto es, desde el 29 septiembre 2014, momento en el que ya estaba hundido el TITANIC. Es sabido que nadie ha reclamado o solicitado la extracción de los bienes propiedad de españoles que puedan hallarse en el pecio del TITANIC. Por tanto, en el caso de litigación sobre el dominio de los mismos, cabe decir, por sorprendente que parezca, que los bienes de los ciudadanos españoles que se hallan en el pecio del TITANIC son ahora, para las autoridades españolas, propiedad del Estado español.

101. En séptimo lugar, para que esta adquisición automática en favor del Estado español sea posible, es preciso que hayan transcurrido tres años desde el hundimiento. En otras palabras, deben haber pasado tres años sin que el propietario originario haya dispuesto de tales bienes. No opera la regla si en esos tres años el propietario español los ha vendido a un tercero no español. Pero sí resulta aplicable si los bienes han sido transferidos a un nuevo ciudadano español que no los ha rescatado ni ha dispuesto de ellos y los bienes siguen hundidos.

El plazo de los tres años es un plazo de “*prescripción*”. Por otro lado, tal plazo “*se interrumpirá en el momento en que se solicite la extracción, siempre que esta se inicie en el plazo concedido para ello*”. De todos modos, “*volverá a correr si se suspenden los trabajos o termina el plazo concedido para ellos*” (art. 375 Ley 14/2014).

Estos plazos de prescripción son muy breves en comparación con los que establece el Código Civil en su régimen general. El objetivo del legislador es asignar velozmente la propiedad del pecio para que el propietario asuma sus responsabilidades y pueda disponer de sus cosas cuanto antes. El Derecho marítimo exige soluciones más rápidas que el Derecho civil general⁸⁸.

c) Buques de Estado españoles y extranjeros

102. El art. 382 LNM recoge una regla específica relativa a los buques y embarcaciones de Estado españoles o extranjeros naufragados o hundidos.

103. En primer lugar, en lo relativo a buques de Estado españoles, cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren, los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción. Esta regla (art. 382.1 LNM) es generosa con España, pues se aplica tanto a buques de guerra como a buques de Estado españoles.

El art. 382.1 Ley 14/2014 es una norma de extensión. El precepto hace aplicable la Ley española a buques y embarcaciones de Estado españolas naufragadas o hundidas en aguas extranjeras. En estos casos, esta regla se aplica con preferencia a la Ley extranjera a la que remite el art. 10.1 CC (*Lex specialis derogat generali*). La ley del lugar de situación de la nave es irrelevante. El buque de Estado español está siempre protegido por su inmunidad soberana.

104. En segundo lugar, los restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción conforme a lo previsto en el art. 50 LNM. No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio de Defensa. En su caso, tales operaciones quedarán sujetas a lo establecido en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001. Esta regla es curiosa: sólo se aplica a “buques de guerra” extranjeros y no a “buques de Estado” de otras naciones, que no disponen de inmunidad

⁸⁸ I. ARROYO MARTÍNEZ / J.A. RUEDA MARTÍNEZ, *Compendio de Derecho marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 2022, pp. 352-354.

soberana extranjera. Por el contrario, como se ha visto, el art. 382 LNM sí otorga tal inmunidad soberana a todo buque de Estado español.

105. En todo caso, es evidente que esta regla no es aplicable al caso del pecio del TITANIC, pues se trataba éste de un transatlántico propiedad privada de la naviera británica *White Star Line*.

G) Recapitulación: la propiedad del Titanic ante tribunales españoles

106. Con arreglo a las normas jurídicas expuestas en el caso de litigación ante tribunales españoles por la propiedad del pecio del TITANIC, por tanto, el cuadro de soluciones es el que sigue.

En primer lugar, los bienes que eran propiedad de pasajeros españoles del TITANIC, son ahora propiedad del Estado español (art. 374.2 LNM).

En segundo término, los bienes que eran propiedad de pasajeros extranjeros y tripulación extranjera siguen siendo propiedad de dichos sujetos y, ahora, de sus legítimos herederos (art. 373.1 LNM). El paso del tiempo no altera este resultado.

En tercer lugar, los bienes propiedad de todos los pasajeros y cubiertos por un seguro legalmente contratado, habrían pasado, por abandono en favor del asegurador, a ser propiedad de éste en aplicación del Derecho inglés (art. 10.I CC: aplicación de la ley inglesa como ley del lugar ficticio de situación de los bienes) (art. 373.2 LNM).

En cuarto lugar, por lo que se refiere a la nave misma, desde el punto de vista del Derecho español, La *White Star Line* conservó su propiedad tras el hundimiento. La propiedad pasó a manos de las aseguradoras del TITANIC con arreglo al Derecho inglés (art. 10.I CC: ley inglesa como ley del lugar ficticio de situación de la nave). Sin embargo, las aseguradoras de la nave nunca dispusieron de la misma y son empresas que desaparecieron hace muchos años. En consecuencia, el TITANIC es, ahora, un bien sin dueño, una *res derelictae*, algo que carece de dueño conocido. Si una empresa lo reflota en todo o en parte, los elementos recuperados deberán ser subastados y dicha empresa, salvadora del pecio, obtendrá su recompensa, pero en lo relativo a bienes de valor superior a 3000 euros, nunca pasarían a ser propiedad de la empresa salvadora.

5. Litigación ante tribunales ingleses y norteamericanos

A) Aspectos generales

107. El hundimiento del TITANIC hizo surgir multitud de cuestiones y controversias jurídicas desde el mismo momento en el que tuvo lugar. Sin embargo, sólo desde 1985, cuando fue posible acceder físicamente a los restos de la nave, se suscitaron diferentes cuestiones legales sobre la propiedad de los restos de la nave y de los objetos que transportaba y también sobre las posibilidades de que fueran comercializados.

a) Patrimonio común de la humanidad vs. propiedad privada

108. Varias corrientes de pensamiento pugnaron por prevalecer. En primer lugar, algunos expertos en Derecho y Arqueología marina estimaban que los restos debían permanecer hundidos, en señal de respeto por los fallecidos y por el buque en general, como un símbolo de una era. En segundo término, otros especialistas apostaban por dejar plena libertad comercial a los que quisieran extraer piezas y venderlas o exhibirlas comercialmente. En tercer lugar, finalmente, un grupo de expertos estimaba que el pecio se estaba deteriorando y que, más pronto que tarde, iba a desaparecer totalmente, de modo que había que reglamentar y ordenar la extracción de los restos hundidos⁸⁹.

⁸⁹ Un recorrido sobre la historia de los cazadores de tesoros en el pecio del TITANIC puede verse en A. YANG, “¿Cualquiera

109. En realidad, ha primado en los Estados Unidos de América, la segunda opción en una versión edulcorada: libertad de extracción de objetos del pecio previa autorización administrativa expedida por autoridades de los EE.UU. con el objetivo de que dicha extracción se realice en un modo ordenado y civilizado para que tales actividades no dañen el pecio.

110. Ello significa que, en el mundo real, en el escenario de la litigación sobre los restos del TITANIC, se ha impuesto el “derecho a la propiedad privada” sobre el concepto de “patrimonio común de la humanidad”. No se trata de una lucha ideológica. Se trata de aceptar que sigue viva la llamada “tragedia de los comunes”.

111. Cuando un bien no tiene propietario, todos intentan aprovecharse de él de modo egoísta y el bien se deteriora velozmente. Ello sucede, precisamente, porque los bienes no tienen un propietario concreto y particular que los defienda mediante las acciones legales que el Derecho concede al propietario. Las ballenas se extinguen porque no tienen un propietario que vele por ellas.

112. Tampoco la titularidad pública suele resolver mucho. En efecto, el Estado es un propietario abstracto, no disfruta del bien y en consecuencia, lo defiende, -si es que lo defiende-, con desinterés, indiferencia, apatía, desgana, tedio y tampoco extrae un beneficio económico justo del objeto.

113. Los bienes escasos, -que en este planeta son casi todos, salvo, quizás, la arena del desierto y el agua del mar-, se preservan mejor a través de la propiedad privada. Esta proposición ya fue avanzada por Aristóteles en su *Política*⁹⁰. Siglos más tarde, este argumento poderoso fue también sostenido por la Escuela de Salamanca, en especial, por LUIS DE MOLINA, que afirmaba que los propietarios particulares tiene mejor cuidado de sus bienes que de los bienes comunes, y, naturalmente, ya en el siglo XVIII por el gran ADAM SMITH.

Haber dejado el TITANIC en el fondo del Atlántico como “patrimonio común de la humanidad” habría supuesto una rápida destrucción del pecio tanto por la acción de la Naturaleza como por las perversas actividades de los piratas cazadores de tesoros subacuáticos y por los actos negligentes de turistas zafios y vulgares.

También es cierto que el elevado precio de la extracción de los objetos de la nave sólo se puede afrontar si se espera un rendimiento económico posterior. Los Estados implicados no han querido afrontar tales gastos porque no esperaban obtener beneficios. Todo lo contrario de las empresas privadas de salvamento, como muy bien expone F. BOOTH⁹¹.

b) Las primeras extracciones de objetos del pecio del Titanic

c) El Derecho marítimo anglosajón: un caos dentro de un laberinto oscuro

114. En primer lugar, cabe apuntar, que la regulación del salvamento es un auténtico caos o un “laberinto legal”, especialmente en los Estados Unidos de América y en el Reino Unido, como ha

puede visitar el Titanic? Cómo funciona esta lucrativa maquinaria turística submarina”, *National Geographic*, 21 junio 2023, en <https://www.nationalgeographic.es/viaje-y-aventuras/2023/06/titanic-como-funciona-lucrativa-industria-turistica-submarina>.

⁹⁰ ARISTÓTELES, *Política*, Libro II, cap. I: “*El sistema propuesto ofrece todavía otro inconveniente, que es el poco interés que se tiene por la propiedad común, porque cada uno piensa en sus intereses privados y se cuida poco de los públicos, si no es en cuanto le toca personalmente, pues en todos los demás descansa de buen grado en los cuidados que otros se toman por ellos, sucediendo lo que en una casa servida por muchos criados, que unos por otros resulta mal hecho el servicio*”.

⁹¹ F. BOOTH, “The Collision of Property Rights and the Cultural Heritage; the Salvors’ and the Insurer’s Viewpoints” en B.T. HOFFMAN (ed), *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp. 293-299, esp. p. 295: “*If they do have an owner, then what right does the UNESCO, or any other governmental or intergovernmental agency, have to divest the owner of his rights of his property? Whether the owner is the original owner or an insurer that has paid for the loss of the goods and assumed subrogation rights, that owner’s rights deserve the full protection of the law, just as do all property rights*”, muy bien referenciado glosado y citado por E. PORTELA VÁZQUEZ, “La convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio subacuático. Principios generales”, *CDT*, octubre 2011, vol. 3, nº 2, pp. 317-337, esp. p. 328.

denunciado E. BARROWMAN⁹². En realidad, como parte del *jus gentium* internacional, -explica la autora citada-, el Derecho internacional del salvamento, esto es el conjunto de normas jurídicas existentes en el ámbito supranacional, sólo se ocupa de proporcionar una recompensa al salvador y poco más. Nada se dice sobre los derechos concretos sobre la propiedad y posesión de dicho salvador, de los propietarios originarios, de los Estados en cuyos fondos se encuentra el navío y de los descubridores del pecio. Todos esos aspectos quedan sin regulación internacional. En consecuencia, cada Estado los reglamenta, en su caso, como tiene por conveniente.

115. En segundo lugar, cabe apuntar, que la regulación del salvamento es un Debe también hacerse notar que los caracteres del Derecho anglosajón se ponen de manifiesto del modo más notorio en relación con los litigios por la propiedad de los pecios. En efecto, el Derecho anglosajón contiene escasas reglas jurídicas escritas y sí “precedentes judiciales”. Ambos elementos operan como guías para los casos futuros. Los tribunales disponen de un margen de acción extraordinariamente amplio. Deciden con entera libertad y adoptan la solución que es parece más justa tras haber ponderado en su decisión la existencia de las escasas normas jurídicas escritas y el peso de los precedentes judiciales. En consecuencia, puede afirmarse que las soluciones que ofrecen los tribunales del Reino Unido y de los Estados Unidos de América son, por lo general, justas pero también, al mismo tiempo, son impredecibles. Es imposible saber, *ex ante*, y un con grado medio de certeza, qué solución va a brindar un tribunal norteamericano o británico en relación con la propiedad de un pecio. Tanto el Derecho inglés como el Derecho norteamericano han sido siempre muy vacilantes en relación con estas cuestiones y no se puede hallar certeza donde no la hay, como escriben J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF⁹³.

116. En tercer lugar, debe destacarse que, en general, el *Common Law* hoy aplicable en el Reino Unido y en los los Estados Unidos de América brinda un trato de favor muy especial al salvador (*salvor*) en relación con la propiedad de los bienes recuperados de un pecio.

B) Litigación en el Reino Unido

117. No se conoce que se haya litigado ente tribunales del Reino Unido por la propiedad de los restos del TITANIC. De todos modos, una litigación, en el futuro, ante tribunales británicos es más que posible. Debe recordarse que el TITANIC era una barco de pabellón británico, que las aseguradoras del mismo eran, en su mayoría, británicas, así como muchos pasajeros y tripulación de la nave.

118. En primer lugar, en el Derecho marítimo británico, se respeta la propiedad de los bienes que integran el pecio tal y como estaba antes del hundimiento⁹⁴. El naufragio no altera esa regla. El que era propietario de la nave antes del naufragio sigue siendo el propietario después del mismo. Lo mismo cabe decir de los propietarios de los bienes transportados: conservan su propiedad sobre los mismos.

119. En segundo lugar, en Derecho británico, si los bienes no son reclamados por sus dueños en el plazo de un año y se hallan hundidos en aguas del Reino Unido, pasan a propiedad de la Corona británica o, más bien, la Corona puede reclamar su propiedad sobre los mismos. Es ésta la llamada “*British rule*”: en ausencia del propietario original, los bienes recuperados del mar pertenecen al soberano⁹⁵.

⁹² E. BARROWMAN, “The Recovery of Shipwrecks in International Waters: A Multilateral Solution”, *Michigan Journal of International Law*, n. 231, 8, 1987, pp. 231-246 y texto en <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol8/iss1/9>, esp. p. 236-237: “The law of salvage remains of the utmost importance in determining the disposition of property salvaged from all types of shipwrecks. Unfortunately, the law of salvage is in a state of chaos. One commentator calls salvage law a “legal labyrinth”, and this description is justified for several reasons”.

⁹³ J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF, “The Ownership of the Treasures of the Sea”, *William & Mary Law Review*, 1967, volume 9 (1967-1968), núm. 2, pp. 383-401, esp. p. 401.

⁹⁴ Para el Reino Unido, *vid.* <https://www.gov.uk/guidance/wreck-and-salvage-law>.

⁹⁵ J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF, “The Ownership of the Treasures of the Sea”, *William & Mary Law Review*, 1967, volume

La regla corresponde los tiempos en los que “Britannia dominaba las olas” (*Britannia, rule the waves*), tiempos de la dominación británica de todos los océanos del mundo aunque fue acuñada mucho antes, en el siglo XII: “*as early as the thirteenth century, the King’s ownership of wreck of the sea was established*”⁹⁶. El Estatuto de Westminster de 1275, en efecto, fijó esta regla, conocida como “*the year-and-a-day provision of the Statute of Westminster*”: el propietario tenía un año y un día para reclamar su propiedad y, si no lo hacía, los bienes pasaban la Corona⁹⁷.

La regla fue aplicada, durante años, de modo bastante flexible. Eso explica que, en algunos casos, la propiedad abandonada en el mar, los pecios, se atribuía a la Corona pero también en ciertos supuestos se concedía al descubridor. Tras el famosísimo caso *The Aquila*, la regla de la propiedad en favor de la Corona queda, sin embargo, firmemente establecida y llega hasta el siglo XX sin excepciones relevantes⁹⁸. No se ven afectados por esta regla los bienes que no han sido realmente abandonados por sus propietarios, bienes que les pertenecen en todo momento precisamente por ello, aunque no hayan podido, por diversas razones, acceder a ellos. También queda excluidos de la regla en favor de la Corona el caso de la posesión, que se atribuye al salvador, en espera de que el propietario original o la Corona reclamen tales bienes y paguen la recompensa por el salvamento.

En el Derecho británico actual, la *British rule* ha sido fijada de modo más concreto, como puede verse en distintas leyes británicas: Merchant Shipping Act 1995, Protection of Wrecks Act 1973, Protection of Military Remains Act 1986 y Ancient Monuments & Archaeological Areas Act 1979⁹⁹.

La Merchant Shipping Act 1995 (c. 21) recoge en su Capítulo II una regulación muy concreta sobre los pecios. Su párrafo 239 (*claims of owners to wreck*) indica que el propietario de cualquier bien del pecio que esté en posesión de otra persona, normalmente, el receptor / salvador, dispone de un año para reclamar su propiedad, previo pago del salvamento, honorarios y otros gastos adeudados. También puede solicitar que se venda el pecio y se le entregue el producto de la venta¹⁰⁰.

El párrafo 241 indica que, en relación con los pecios no reclamados, la Corona tiene “*derecho a todos los restos de naufragios no reclamados que se encuentren en el Reino Unido o en aguas del Reino Unido, excepto en lugares donde Su Majestad o cualquiera de sus predecesores reales hayan concedido el derecho a cualquier otra persona*”¹⁰¹.

9 (1967-1968), núm. 2, pp. 383-401, texto en <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol9/iss2/7>, al que también se refiere E. BARROWMAN, “The Recovery of Shipwrecks in International Waters: A Multilateral Solution”, *Michigan Journal of International Law*, n. 231, 8, 1987, pp. 231-246 y texto en <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol8/iss1/9>, esp. p. 237, nota [30].

⁹⁶ J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF, “The Ownership of the Treasures of the Sea”, *William & Mary Law Review*, 1967, volume 9 (1967-1968), núm. 2, pp. 383-401, esp. p. 386, nota [8], texto en <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol9/iss2/7>.

⁹⁷ *Statute of Westminster*, 1, Chapter IV: “Concerning wrecks of the sea, it is agreed, that where a man, a dog, or a cat escape quick out of the ship, that such ship nor barge, nor any thing within them, shall be adjudged wreck; but the goods shall be saved and kept by view of the sheriff, coroner, or the king’s bailiff, and delivered into the hands of such as are of the town where the goods were found; so that if any sue for these goods, and after prove that they were his, or perished in his keeping, within a year and a day, they shall be restored to him without delay; and if not they shall remain to the king and be seized by the sheriffs, coroners, and bailiffs, and shall be delivered to them of the town, which shall answer before the justices of the wreck belonging to the king”. Texto en J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF, “The Ownership of the Treasures of the Sea”, *William & Mary Law Review*, 1967, volume 9 (1967-1968), núm. 2, pp. 383-401, esp. p. 386. *Vid.* también <https://www.legislation.gov.uk/aep/Edw1/3/5/section/wrapper1>.

⁹⁸ 165 Eng. Rep. 87 (Adm. 1798).

⁹⁹ Texto en: <https://www.gov.uk/guidance/wreck-and-salvage-law>.

¹⁰⁰ Sección 239 de la Merchant Shipping Act 1995 (c. 21): “(1) The owner of any wreck in the possession of the receiver who establishes his claim to the wreck to the satisfaction of the receiver within one year from the time when the wreck came into the receiver’s possession shall, on paying the salvage, fees and expenses due, be entitled to have the wreck delivered or the proceeds of sale paid to him. (2) Where— (a) a foreign ship has been wrecked on or near the coasts of the United Kingdom, or (b) any articles belonging to or forming part of or of the cargo of a foreign ship which has been wrecked on or near the coasts of the United Kingdom are found on or near the coast or are brought into any port, the appropriate consular officer shall, in the absence of the owner and of the master or other agent of the owner, be treated as the agent of the owner for the purposes of the custody and disposal of the wreck and such articles. (3) In subsection (2) above “the appropriate consular officer”, in relation to a foreign ship, means the consul general of the country to which the ship or, as the case may be, the owners of the cargo may have belonged or any consular officer of that country authorised for the purpose by any treaty or arrangement with that country”.

¹⁰¹ Section 241 of the Merchant Shipping Act 1995 (c. 21): “Unclaimed wreck Right of Crown to unclaimed wreck. 241. Her Majesty and Her Royal successors are entitled to all unclaimed wreck found in the United Kingdom or in United Kingdom waters except in places where Her Majesty or any of Her Royal predecessors has granted the right to any other person”.

120. En tercer lugar, en el caso de que el pecio no sea reclamado ni por sus propietarios originarios ni tampoco por la Corona, la sección 243 de la citada Ley indica que el pecio, tras determinados trámites y pesquisas, será vendido y se pagarán los gastos al salvador y, si hubiera remanente se distribuirá entre el Tesoro Público y diversos sujetos que ha participado en el salvamento¹⁰².

121. En cuarto lugar, queda la gran duda de saber cómo se podría proceder en el caso de restos del TITANIC que no estuvieran en el territorio británico, sino que se encontraran todavía en el fondo del Atlántico, en aguas internacionales. No existe regulación legal al efecto en las normas británicas antes citadas para los casos de pecios situados en aguas internacionales o en aguas territoriales de otros Estados. Cabe anotar varias ideas sobre la cuestión. Esta carencia de regulación no significa que los tribunales británicos no puedan conocer de litigios sobre la propiedad de restos del TITANIC que se hallan en fondos marinos internacionales. Ninguna regla lo impide. De hecho, los tribunales británicos son competentes para conocer de litigios por daños ocurridos en Alta Mar incluso si ambos litigantes son extranjeros¹⁰³. En estos casos, los tribunales ingleses aplican siempre Derecho marítimo inglés¹⁰⁴. En consecuencia, son aplicables las mismas reglas antes expuestas. Se reconoce la propiedad del pecio en favor de su propietario originario, que lo puede reclamar en el plazo de un año. Si no lo hace, puede reclamarlo la Corona británica. Si no lo hace, se venderá y se cubrirán los gastos generados por las operaciones de salvamento.

C) Litigación en los Estados Unidos de América

a) La *American rule*

122. Las normas que regulan, en los Estados Unidos de América, el salvamento y la propiedad de los bienes salvados se extraen del antiguo *Common Law* heredado del Reino Unido. Este cuerpo de normas jurídicas fue modificado en un modo muy profundo por la jurisprudencia norteamericana posterior, que han modificado en profundidad lo establecido en el *Common Law*. Pueden verse codificadas, de modo informal pero muy práctico, en el U.S. Navy Salvage Manual¹⁰⁵. Dichas reglas pueden exponerse del siguiente modo.

123. En primer lugar, pese al naufragio, el pecio pertenece al propietario original, que dispone de un plazo para reclamarla: es la herencia directa de la “*year-and-a-day provision*” inglesa. Cuando se acredita que el propietario no ha reclamado sus bienes y/o los ha abandonado por cualquier razón y especialmente porque considera que su recuperación es imposible, o bien cuando el bien no tiene propietario conocido, entonces y sólo entonces se pasa a la siguiente regla. Por tanto, la primera regla estadounidense es igual a la primera regla británica, lo que es lógico porque deriva directamente de ella.

¹⁰² Section 243: “(1) Where, as respects any wreck found in the United Kingdom or in United Kingdom waters and in the possession of the receiver, no owner establishes a claim to it within one year after it came into the receiver’s possession, the wreck shall be dealt with as follows. (2) If the wreck is claimed by any person who has delivered the statement required by section 242 and has proved to the satisfaction of the receiver his entitlement to receive unclaimed wreck found at the place where the wreck was found, the wreck shall, on payment of all expenses, costs, fees and salvage due in respect of it, be delivered to that person. (3) If the wreck is not claimed by any person in accordance with section 242, the receiver shall sell the wreck and pay the proceeds as directed by subsection (6) below, after making the deductions required by subsection (4) below and paying to the salvors the amount of salvage determined under subsection (5) below. (4) The amounts to be deducted by the receiver are - (a) the expenses of the sale; (b) any other expenses incurred by him; and (c) his fees. (5) The amount of salvage to be paid by the receiver to the salvors shall be such amount as the Secretary of State directs generally or in the particular case. (6) The proceeds of sale (after making those deductions and salvage payments) shall be paid by the receiver for the benefit of Her Majesty.”.

¹⁰³ *The Tubantia* [1924] All E.R.Rep. 615: fue el caso de un buque inglés torpedeado por un submarino alemán en 1916 y que trató de reflotarse y rescatarse en 1922. También *Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands India Steam Navigation Company*, 1882-83, 9 Q. B. D. 124; 10 Q. B. D. 531.

¹⁰⁴ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 862-863.

¹⁰⁵ El texto puede leerse en: <https://www.navsea.navy.mil/Portals/103/Documents/SUPSALV/Salvage%20Docs/Salvage%20Manual%20Vol%201%20S0300-A6-MAN-010.pdf>.

124. En segundo lugar, opera un principio opuesto a la *British rule*. Es la “*American rule*” a tenor de la cual, en ausencia del propietario original, la propiedad (*ownership*) del objeto recuperado del pecio no pasa al soberano, -al Estado-, sino que debe ser atribuida al salvador o sujeto que recupera el bien en cuestión¹⁰⁶.

125. La base argumental es clara: el *Common Law* inglés recibido en las colonias norteamericanas en 1776, -inclinado claramente a atribuir al soberano la propiedad del pecio-, fue modificado por las autoridades locales de Norteamérica en favor del descubridor o salvador¹⁰⁷. Su base lógico-jurídica es doble y es curiosa.

En primer término, el soberano estadounidense, -el Estado-, tiene el poder inherente (*inherent power*) de hacer valer la propiedad de las cosas recuperadas del mar, pero dicho soberano, -a diferencia de la Corona inglesa-, nunca lo ha hecho. Por tanto, se carece de precedente judicial norteamericano en el que los objetos de los pecios hayan sido reclamados por el Estado norteamericano, de modo que hasta que el Congreso muestre su intención de apropiarse de tales bienes en nombre del poder soberano, los tribunales de los Estados Unidos continuarán favoreciendo al descubridor.

En segundo término, el razonamiento se apoya también en una muy interesante explicación de tipo fiscal: para que el Estado norteamericano pueda apropiarse de los bienes es necesario que una Ley así lo establezca explícitamente, puesto que la atribución de dicha propiedad constituye una fuente de ingresos en favor del soberano estadounidense, es como un tributo. Así se estableció en el célebre caso *Thompson v. United States* y en el no menos conocido caso *United States v. Tyndale*, en el que se debatió en torno a la propiedad de ciertas monedas encontradas en un cuerpo que flotaba el Alta Mar. El Gobierno de los Estados Unidos reclamó las monedas pero el tribunal indicó que: “*hubiera sido necesario que, dentro de sus poderes constitucionales, el Congreso hubiera tomado el control de los bienes discutidos, pero no lo ha hecho. No existe ninguna Ley ni ninguna práctica establecida que permita que el Tesoro de los Estados Unidos para hacerse con dichos bienes, ni que permita que este tribunal ordene que tales bienes sean entregados al Tesoro*”¹⁰⁸.

Es cierto que en algún caso aislado como el que se observa en el fallado en 1956 por la Corte Suprema de Florida, caso *ex rel. Ervin v. Massachusetts Co*, el tribunal se apartó de la regla *American Rule* y apostó por la *British rule* y dio la propiedad de un buque hundido al Estado y para ello invocó expresamente su versión del *Common Law* inglés originario (*one year and a day, British rule*) como base para la decisión. Se trata, sin embargo, de un caso raro y aislado en el que el Estado de Florida tuvo suerte al invocar el antiguo Derecho inglés y en el que concurrieron otras circunstancias: el presunto salvador nunca llegó a recuperar del todo el pecio, nunca tomó posesión pacífica total del mismo, mientras que los habitantes del lugar sí tomaron posesión del mismo, pues lo utilizaban como punto para pescar¹⁰⁹.

¹⁰⁶ J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF, “The Ownership of the Treasures of the Sea”, *William & Mary Law Review*, 1967, volume 9 (1967-1968), núm. 2, pp. 383-401, esp. p. 237, nota [30]: “*The best example of this is the divergence between the so-called “British rule”, which states that in the absence of the original owner, property recovered from the sea belongs to the sovereign, and the “American rule”, which holds that, absent the original owner, property recovered at sea belongs to the finder*”. Texto en <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol9/iss2/7>.

¹⁰⁷ *Vid. Pollard’s Lessee v. Hagan*, 44 U.S. (3 How.) 212, 229 (1845) y también *United States v. Tyndale*, 116 F. 820, 823 (1st Cir. 1902). Su exégesis, bien ponderada y históricamente muy bien informada, se encuentra magníficamente expuesta en J.J. KENNY / R.R. HRUSOFF, “The Ownership of the Treasures of the Sea”, *William & Mary Law Review*, 1967, volume 9 (1967-1968), núm. 2, pp. 383-401, esp. p. 399: “... *the nations of the earth have never been able to agree on a law to govern ownership of the treasures of the sea. True, there are multi-nation agreements on international waters, but these generally deal with the sea as a highway i.e., as a means of transport, not as a source of property or a repository of valuables*”. Texto en <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol9/iss2/7>, esp. p. 393-394.

¹⁰⁸ 62 Ct. Cl. 516, 524 (1926): “*It seems well settled that when a vessel is derelict or abandoned in the navigable waters of the United States or anywhere else it belongs to that person who finds it and reduces it to possession. Congress could undoubtedly provide that the proceeds of derelict and abandoned vessels in the navigable waters of the United States be paid into the Treasury; but no such law has been passed, and until it is the principles of natural law must prevail*”. *Vid. United States v. Tyndale*, 116 F. 820 (1st Cir. 1902): “*The only propositions before us are: First, that the United States have a superior right to the possession of the fund ... we are of the opinion that it would have been appropriate, and within its constitutional powers, for congress to have taken control of this fund; but it has not done so. There is neither any statute nor any settled practice which requires the treasurer of the United States to receive it, or authorizes us to direct that it shall be received by him*”.

¹⁰⁹ *State ex rel. Ervin v. Massahu:et-ts Co.*, 95 So. 2d 902 (Fla. 1956), *cert. denied.*, 355 U.S. 881 (1957): “*We conclude,*

126. En tercer lugar, debe subrayarse que, en realidad, el Derecho norteamericano no concede al *salvor* un *property right* sobre la cosa en toda su extensión, sino que le otorga el derecho a su posesión y a obtener su recompensa. Ahora bien, en ausencia de reclamación por parte del propietario originario del bien o cuando se desconoce quién es el propietario, en verdad, los tribunales admiten que el *salvor* puede disponer del bien a su antojo. Se le otorga una *in specie reward*, lo que, en términos prácticos, supone que puede disponer de los elementos recuperados como si fueran de su entera propiedad.

127. En cuarto término, frente al “derecho de salvamento”, expuesto hasta aquí, el “derecho de hallazgo” que se regula en el Derecho norteamericano (*the law of finds*) es diferente: el hallador dispone de la posesión del bien encontrado y dispone también de un derecho de *ownership* superior a todos los demás derechos que los terceros pudieran tener, con excepción del propietario originario.

De todos modos, el resultado final es muy similar. Aplicar el derecho de salvamento o el derecho de hallazgo conduce a soluciones muy similares, como afirma con toda razón CH. ZYGMUNT TRIAY¹¹⁰.

Debe ponerse de relieve que, en el caso del TITANIC, los tribunales estadounidenses han aplicado las normas norteamericanas de salvamento y no las del hallazgo¹¹¹.

b) La saga judicial del Titanic en los Estados Unidos de América

128. Una primera operación de extracción de restos del pecio del TITANIC fue llevada a cabo por la empresa *Titanic Ventures Limited Partnership* (TVLP) y por el *Institut Français de Recherche pour l'Exploitation de la Mer* en 1987. Ya en ese año 1987 se recogieron unos 1800 objetos del pecio¹¹².

El año 1992 es un momento clave: los tribunales de los EE.UU. declaran que TVLP como la única empresa autorizada a extraer a la superficie objetos de los restos del TITANIC. De todos modos, al estar el pecio en aguas internacionales, se sabe que exploradores franceses, británicos y rusos han descendido al pecio y han extraído restos del mismo hasta tierra firme.

En 1993, la Oficina de Asuntos Marítimos del Ministerio de Equipo, Transporte y Turismo de Francia indicó que *Titanic Ventures* era la propietaria legítima de los artefactos recuperados. A partir de este momento comienza la litigación sobre el pecio del TITANIC. Una auténtica saga judicial que se desarrolla ante los tribunales de los Estados Unidos de América.

También en el año 1993 *Titanic Ventures* vendió sus acciones a una empresa norteamericana, la *RMS Titanic Inc.*, una filial de la empresa *Premier Exhibitions Inc.* Tras varios procesos judiciales, *RMS Titanic Inc.*, fue reconocida como único y exclusivo titular del derecho al salvamento de los restos del naufragio¹¹³. El tribunal de distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia le concedió la

therefore, that the wreck of the vessel is a “derelict” which, at common law, would belong to the Crown in its office of Admiralty at the end of a year and a day, under the authority of the English cases above cited; that since the property was resting in the territorial waters of the State of Florida... [i]t belongs to the State in its sovereign capacity”.

¹¹⁰ CH. ZYGMUNT TRIAY, *Who is entitled to a shipwreck located in international waters? A contest for the spoils between salvors, the original owners, legitimate heirs, State Governments and the historic preservationists, a dissertation submitted to the Faculty of Law, University of Cape Town, 6 February 2014, p. 22: “In the Titanic, although the courts applied the law of salvage to the wreck and artefacts, the decision to apply salvage law or the law of finds ultimately did not matter. The end result of applying both legal regimes was the same. Under the law of salvage, if no one claims title to the shipwreck or artefacts, the court can award title to the property under the law of finds to pay the award. As there is no owner of the Titanic to provide the salvage award, the court ordered the sale of the collection in a judicial sale to generate revenue for the salvage award. Accordingly, the court awarded title of the artefacts to RMST. The issue of there being no owner to pay the salvage award is a highly likely scenario with a shipwreck, particularly historical ones. When ships sink, insurers are likely to have paid the shipowners and thus becoming the subrogated owners and then this raises the issue of whether there has been abandonment of the vessel”.*

¹¹¹ E. VARNER, “R.M.S. Titanic: Underwater Cultural Heritage’s Sacrifice”, *Journal of Business Law*, June 2012, en <https://ssrn.com/abstract=2132068>, p. 26.

¹¹² *Vid.* nota anterior, p. 11.

¹¹³ CH. MCGREAL, “US court aims to establish ownership of over \$100m in Titanic artefacts”, 26 octubre 2009, en <https://www.theguardian.com/world/2009/oct/26/titanic-artefact-case>.

propiedad y los derechos de recuperación el 7 junio 1994 en un fallo que declaró que la empresa era el “*salvador con la posesión*” (*salvor-in-possession*) de los restos del naufragio¹¹⁴. Se trataba, naturalmente, de un salvamento sin contrato (*pure salvage*).

129. Otras empresas y particulares han visitado y han extraído piezas del TITANIC. Es notorio, por ejemplo, el caso de la empresa *Ocean Gate*, que fletó el submarino TITAN, que implosionó en la zona el día 19 junio 2023, lo que ocasionó el fallecimiento de todos los tripulantes y pasajeros del submarino¹¹⁵. Otras empresas como *Blue Marble*, británica, *Bluefish*, norteamericana, y *Deep Ocean Expeditions*, británica, han organizado viajes turísticos al TITANIC y se ignora si han podido, también, retirar trozos del pecio, pero es más que probable que haya sido así. Es posible que en el futuro surjan litigios sobre estas piezas de la nave y demás objetos recuperados del fondo del mar.

130. Frente a ello, *RMS Titanic Inc.* ha solicitado con frecuencia a los tribunales de los EE.UU. ser declarada propietaria de todas las otorgara “*el título de propiedad sobre todos los elementos, incluidos los trozos del mismo TITANIC*” que hubieran sido extraídos por otras empresas, o, en su defecto, una compensación económica por su valor que llegaba, aproximadamente, a los 225 millones de dólares. Un tribunal de distrito de los EE.UU. dictó una orden de fecha 2 julio 2004, por la que desestimó las pretensiones de *RMS Titanic Inc.* en cuando a la propiedad de los bienes. La empresa apeló a la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos. En su decisión de 31 enero 2006, el tribunal aplicó la ley de salvamento marítimo estadounidense al pecio del TITANIC y corrigió la decisión del tribunal de distrito. En suma, el tribunal de apelación afirmó que la empresa *RMS Titanic Inc.* es propietaria legítima de las cosas recuperadas que la autoridad francesa admitió que habían sido salvados por la misma. Tales restos tienen un valor de unos 100 millones de dólares¹¹⁶.

131. Un juez de distrito de los EE.UU. pronunció dos decisiones (12 agosto 2010 y 15 agosto 2011) en las que indicó que *RMS Titanic Inc.* era propietaria de los artefactos recuperados como recompensa por el salvamento (*in specie award*)¹¹⁷. Esta atribución de título de propiedad (*title of ownership*) se realizó en ciertas condiciones (*convenants*): la empresa debía tratar con respeto los bienes recuperados del pecio, debía procurar su correcta conservación, y debía también asegurar su adecuada exposición al público. El 12 agosto 2010, la juez REBECCA BEACH SMITH concedió a *RMS Titanic Inc.* el valor justo de mercado por los artefactos extraídos, pero aplazó el fallo sobre su propiedad y las condiciones para su conservación, posible disposición y exposición hasta que se pudiera llegar a una nueva decisión. Con fecha 15 agosto 2011, la jueza SMITH concedió la titularidad de miles de artefactos del TITANIC a la empresa *RMS Titanic Inc.*, objetos que no estaban incluidos en la lista emitida por un tribunal francés relativa al primer grupo de artefactos rescatados. Dictaminó que los objetos sólo podían venderse a una empresa que respete un largo elenco de condiciones y restricciones. La empresa *RMS Titanic Inc.* puede beneficiarse de los objetos mediante exposiciones públicas, como ha sucedido durante años¹¹⁸.

¹¹⁴ *RMS Titanic Inc vs. Haver*, 171 F. 3d 943 (1999) (4th Circuit) USA. *Vid.* T. SCOVAZZI, “The Application of “Salvage Law and Other Rules of Admiralty””, en R. GARABELLO / T. SCOVAZZI (eds.), *The protection of the underwater cultural heritage: before and after the 2001 UNESCO Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

¹¹⁵ O. LAND, “The Titanic wreck: How the world’s most famous maritime tragedy became a billion-dollar industry”, 22 junio 2023, en <https://nypost.com/2023/06/22/how-the-titanic-wreck-became-a-billion-dollar-industry/>; Redacción NIUS, “El multimillonario británico Hamish Harding, uno de los cinco desaparecidos en el sumergible que iba rumbo a los restos del ‘Titanic’”, Madrid, 19 junio 2023, https://www.niusdiario.es/internacional/america-del-norte/20230619/multimillonario-britanico-hamish-harding-precio-pasajeros-horas-oceangate-asi-funcion-sumergible-turistico-desaparecido-titanic_18_09833200.html.

¹¹⁶ CH. MCGREAL, “US court aims to establish ownership of over \$100m in Titanic artefacts”, 26 octubre 2009, en <https://www.theguardian.com/world/2009/oct/26/titanic-artefact-case>. El texto de la decisión legal puede consultarse en <https://web.archive.org/web/20110916032037/http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/041933.P.pdf>.

¹¹⁷ E. VARNER, “R.M.S. Titanic: Underwater Cultural Heritage’s Sacrifice”, *Journal of Business Law*, June 2012, en <https://ssrn.com/abstract=2132068>, p. 13; M. WHITE, “Battle continues on fate of relics from doomed ship Titanic”, 24 marzo 2009, en https://www.lehighvalleylive.com/entertainment-general/2009/03/battle_continues_on_fate_of_re.html;

¹¹⁸ T. MCGLONE, “Norfolk judge awards rights to Titanic artifacts”, 16 agosto 2011, en <https://web.archive.org/web/20120322081942/http://hamptonroads.com/2011/08/norfolk-judge-rules-company-gets-title-titanic-artifacts>.

132. La empresa *RMS Titanic Inc.* vendió buena parte de los objetos personales recuperados del pecio a la empresa *Premier Exhibitions*, una compañía radicada en Atlanta, Estados Unidos de América, que es su empresa-madre y que organiza exposiciones relativas al TITANIC por todo el mundo con gran éxito de crítica y público¹¹⁹.

133. En suma, en el caso de litigación ante los tribunales de los Estados Unidos de América, el pecio del TITANIC pertenece a sus propietarios originarios. Visto que éstos no lo han reclamado, entonces pertenece a las empresas aseguradoras de tales bienes, si las hubiere. Si éstas no reclaman los bienes o no existiera seguro sobre los objetos recuperados, los bienes son entregados al salvador de los mismos, que se considera como *owner*, propietario, de los mismos. El Estado norteamericano carece de propiedad sobre tales bienes.

c) Derechos de las compañías aseguradoras sobre el pecio del Titanic

134. En Derecho norteamericano, si los bienes transportados y la nave misma estaban cubiertos por un seguro y los propietarios no han realizado ningún acto para recuperar o reclamar sus bienes, tales bienes pasan a propiedad de las empresas aseguradoras sin que sea preciso que dicha transferencia esté prevista en el contrato de seguro. Esta regla es aplicable al pecio del TITANIC. Parece ser que las empresas aseguradoras del TITANIC (*The Liverpool and London Steamship Protection and Indemnity Association*), reclamaron la propiedad de ciertos bienes recuperados por la empresa *RMS Titanic Ltd (salvor)*. Las partes alcanzaron un acuerdo extrajudicial para que *RMS Titanic Ltd* conservara la propiedad y las aseguradoras que reclamaron recibieron una fuerte suma de dinero¹²⁰. No obstante los tribunales norteamericanos no aceptaron este argumento al estimar que se trataba de una mera treta procesal no sustentada por pruebas concluyentes con el solo objetivo de obtener la propiedad de los restos¹²¹.

135. En aplicación de las normas de salvamento marítimo norteamericanas, si los propietarios originales y si las empresas aseguradoras, en su caso, no reclaman la propiedad de los objetos del pecio, el salvador (*salvor*) adquiere el derecho de posesión y también de propiedad de las piezas recuperadas. Éstas se consideran como “cosas perdidas” (*res derelictae*), cosas que han tenido dueño pero que ya no lo tienen.

Vistos los costes de recuperación de los bienes, muy elevados, lo que ha sucedido en los litigios suscitados en los Estados Unidos de América es que los propietarios no han reclamado sus bienes para no tener que afrontar los costes del salvamento. En este sentido, la mayor parte de los tribunales norteamericanos que han intervenido en estos casos han atribuido la posesión y también la propiedad o el derecho a disponer de los objetos recuperados a las empresas de salvamento que han recuperado objetos del pecio. Por tanto, la solución última que ofrece el Derecho norteamericano en relación con la propiedad de los bienes del pecio difiere de la que adoptaría un tribunal español con arreglo a la Ley española. En Derecho español, los bienes que tienen un valor de más de tres mil euros nunca pasan a ser propiedad

¹¹⁹ S. RYAN, “Who owns the Titanic, and who can dive at the wreck?”, 12 septiembre 2023, en <https://www.thejournal.ie/who-owns-the-titanic-and-who-can-dive-at-the-wreck-404369-Apr2012/>.

¹²⁰ “The insurance company which had covered Titanic and which paid out compensation after the vessel sank challenged *RMS Titanic Ltd*, claiming that it owned property from the wreck because it had paid out over them. *The Liverpool and London Steamship Protection and Indemnity Association* reached an undisclosed settlement with the company in 2007”, como indica S. RYAN, “Who owns the Titanic, and who can dive at the wreck?”, *TheJournal.ie*, 18 septiembre 2023, <https://www.thejournal.ie/who-owns-the-titanic-and-who-can-dive-at-the-wreck-404369-Apr2012/>. También O. LAND, “The Titanic wreck: How the world’s most famous maritime tragedy became a billion-dollar industry”, 22 junio 2023, en <https://nypost.com/2023/06/22/how-the-titanic-wreck-became-a-billion-dollar-industry/>: “*Liverpool and London Steamship Protection and Indemnity Association*, which was undertaken by the *White Star Line*, claimed that it owned property from the vessel because it paid out for them (...) the two companies reached an undisclosed settlement in 2007, the outlet explained”. Y también E. VARNER, “R.M.S. Titanic: Underwater Cultural Heritage’s Sacrifice”, *Journal of Business Law*, June 2012, en <https://ssrn.com/abstract=2132068>, p. 12.

¹²¹ E. VARNER, “R.M.S. Titanic: Underwater Cultural Heritage’s Sacrifice”, *Journal of Business Law*, June 2012, en <https://ssrn.com/abstract=2132068>, p. 14. *R.M.S. Titanic, Inc. v. Wrecked & Abandoned Vessel*, 531 F. Supp. 2d 691, 691-93 (E.D. Va. 2007).

de la empresa de salvamento, sino que deben ser vendidos, en última instancia, en pública subasta. Por el contrario, en Derecho estadounidense, como se ha visto, los elementos recuperados se han entregado en propiedad a las empresas que los han extraído a título de “*in specie award*”.

d) Litigación por los derechos de acceso y filmación del pecio

136. La empresa *RMS Titanic Inc.* también ha solicitado a los tribunales norteamericanos que le fuera concedido una especie de derecho de acceso exclusivo al pecio del TITANIC y un derecho exclusivo a fotografiar y filmar el pecio. En 1999, el Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos indicó que la ley de salvamento norteamericana no permitía obtener derechos exclusivos para visitar y fotografiar los restos de un naufragio. El tribunal puso de relieve, muy correctamente, que el TITANIC está situado en un lugar ajeno a toda jurisdicción, en aguas internacionales y que por eso no puede limitarse su acceso. Señaló, también, que si *RMS Titanic Inc.* tiene el derecho a salvar objetos del pecio pero sólo eso, de modo que no tiene el derecho a impedir su visita o a que sea fotografiado o filmado. La empresa intentó impedir que JAMES CAMERON filmara el pecio e incluyese la grabación en su famosa y oscarizada película de 1997, pero los tribunales dieron la razón al director cinematográfico y éste grabó imágenes del Titanic que pueden verse en la película¹²².

e) Litigación por la radio Marconi del Titanic

137. Muy relevante ha sido la litigación por el derecho a extraer la radio original de MARCONI que transportaba el TITANIC, la radio desde la que se enviaron los mensajes de socorro que no tuvieron un final feliz¹²³. La sentencia *R.M.S. TITANIC, INC., Successor-in-interest to Titanic Ventures, limited* dictada por el Tribunal de Distrito de Virginia Este (EE.UU.), Norfolk Division, de fecha 18 mayo 2020 arranca del hecho de que la empresa *RMS Titanic* fue nombrada “salvador en posesión” de los restos del TITANIC en 1994 y que ha cumplido con la ley en sus numerosas inmersiones al pecio¹²⁴. Declara el tribunal que el aparato de radio Marconi tiene un importante valor histórico, educativo, científico y cultural por ser el aparato utilizado para hacer llamadas de socorro mientras el TITANIC se hundía y que tal aparato se está deteriorando gravemente en la Suite Marconi y podrían perderse de modo definitivo. *RMS Titanic* presentó un plan de recuperación del dispositivo Marconi y de los objetos asociados al mismo y el tribunal no aprobó, de modo que la empresa fue autorizada a cortar el casco del Titanic del modo menos agresivo, sólo lo necesario para acceder a la Suite Marconi y separar del pecio el dispositivo inalámbrico Marconi y los artefactos asociados. La extracción de la radio no pudo ejecutarse en la fecha prevista (2020) debido al COVID-19, pero la empresa sigue estando autorizada a dicha extracción. Ello ha generado una nueva derivación del litigio, pues el Gobierno de los EE.UU. sostiene que la empresa debe solicitar y obtener una nueva autorización para llevar a cabo la expedición y la extracción de la radio. Pronto se sabrá el resultado. Porque el TITANIC puede que se haya hundido hace más de cien años, pero continúa su navegación infinita por los tribunales de Justicia.

¹²² S. RYAN, “Who owns the Titanic, and who can dive at the wreck?”, 12 septiembre 2023, en <https://www.thejournal.ie/who-owns-the-titanic-and-who-can-dive-at-the-wreck-404369-Apr2012/>.

¹²³ Texto en: <https://casetext.com/case/rms-titanic-inc-v-wreched-abandoned-vessel>. Sobre el caso y al reacción contraria del Gobierno de los EE.UU. puede verse: ABC, “EE. UU. emprende acciones legales para detener una expedición para recuperar objetos del Titanic en 2024”, 31 agosto 2023, <https://www.abc.es/cultura/emprende-acciones-legales-detener-expedicion-recuperar-objetos-20230831115305-nt.html>.

¹²⁴ CH. MCGREAL, “US court aims to establish ownership of over \$100m in Titanic artefacts”, 26 octubre 2009, en <https://www.theguardian.com/world/2009/oct/26/titanic-artefact-case>: “A Virginia court today began a hearing to decide the fate of thousands of artefacts recovered from the wreck of the Titanic estimated to have a monetary value of more than a \$100m (£61m) but described by American officials seeking to protect the find as “historical treasure” as worth far more than a dollar figure”.

IV. Reflexiones finales

138. El TITANIC es una cápsula del tiempo. Encerrados en su interior yacen diversos secretos que recuerdan al jurista grandes verdades de Derecho internacional privado, que se mantienen firmes frente al paso del tiempo bajo las heladas aguas del Atlántico Norte.

Primera. Se carece de una regulación internacional sobre la propiedad de los bienes que integran un pecio. Los convenios existentes sólo se ocupan de aspectos de Derecho Público relativos a los restos de naufragios. Sin embargo, este enfoque resulta insuficiente, porque los bienes escasos se protegen mejor con la propiedad privada que con la propiedad pública o con la idea de “patrimonio común de la Humanidad”. La tragedia de los comunes sigue viva. Al final, la litigación sobre la propiedad privada de los pecios es inevitable, porque si el TITANIC tiene un dueño estará convenientemente protegido.

Segunda. El Derecho internacional privado es un sistema de soluciones de carácter relativo. El Reino Unido, los Estados Unidos de América y España disponen, cada uno, de su propio sistema de Derecho internacional privado. En consecuencia, litigar ante unos u otros tribunales cambia el resultado final sobre la propiedad de los objetos del pecio del TITANIC.

Tercera. El Derecho internacional privado español otorga al Estado español la propiedad de los bienes del pecio del TITANIC que pertenecían a ciudadanos españoles y que nadie ha reclamado. El resto de los bienes pertenecen a sus propietarios originarios, que pueden haberlos abandonado a las empresas aseguradoras. Si nadie reclama los bienes, no se atribuye al salvador la propiedad de los bienes. Éstos se venderán en pública subasta.

Cuarta. El Derecho internacional privado británico reconoce la propiedad del pecio en favor de su propietario originario. Si dicho sujeto no reclama sus objetos, pueden ser reclamarlos por la Corona británica. Si ello tampoco sucede, se venderán y se cubrirán los gastos generados por las operaciones de salvamento. El salvador no adquiere la propiedad de los bienes recuperados.

Quinta. El Derecho internacional privado norteamericano indica que si los propietarios originales y si las empresas aseguradoras, en su caso, no reclaman la propiedad de los objetos del pecio, el salvador (*salvor*) adquiere la posesión y la propiedad de las piezas recuperadas, que se consideran “cosas perdidas” (*res derelictae*).

Sexta. Para cumplir el sueño de los grandes juristas italianos que crearon el Derecho internacional privado en el siglo XII es preciso que éste pueda realizar apropiadamente su función. Es una tragedia que el Derecho internacional privado siga siendo, en buena medida, Derecho nacional y que, precisamente por ello, las soluciones al asunto de la propiedad del pecio del TITANIC varíen de Estado a Estado. Esa situación incita a la carrera a los tribunales, al *Forum Shopping* y a las conductas procesales estratégicas, puyes todo depende cuáles sean los tribunales que conozcan del asunto.

139. Un homenaje a la figura de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA siempre se quedará pequeño. Sin embargo, el poliédrico análisis de la propiedad del pecio del TITANIC muestra una utilidad singular, pues, por su complejidad, representa un desafío muy elevado para todo experto en Derecho. La carrera académica y personal de ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA prueba que, para un jurista motivado que cuenta con la fuerza del estudio constante como su aliado, no hay ningún desafío que resulte imposible. El esfuerzo y la motivación, la pasión y el método conducen, siempre, a la victoria como destino final.

Cláusulas estatutarias sobre transmisión *post mortem* de acciones y participaciones y Derecho de sucesiones*

Statutory clauses on the post mortem transfer of shares and participations and Succession Law

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho internacional privado
Universidad de Almería*

ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 29.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8914

Resumen: La exclusión por el RS de las cuestiones reguladas por normas societarias es clara al asignar a la *lex societatis* las modalidades de transmisión de acciones y participaciones, pero deja abierta la cuestión de cómo se relacionan unas previsiones estatutarias que restringen o condicionan el acceso a la condición de socio con una *lex successionis* que prevea la reserva imperativa de cuotas del caudal relicto a un determinado grupo de personas. La respuesta parte de la imperatividad -y por ello prevalencia/intangibilidad- de la normativa sucesoria.

Palabras clave: Reglamento sucesiones, cláusulas estatutarias, legítimas.

Abstract: The exclusion by the SR of matters regulated by corporate rules is clear in assigning to the *lex societatis* the modalities for the transfer of shares and participations, but it leaves open the question of how statutory provisions restricting or conditioning access to membership are related to a *lex successionis* that provides for a compulsory share of the relict estate to a certain group of persons. The answer is based on the imperativity – and therefore prevalence/intangibility– of succession rules.

Keywords: Succession Regulation, company statutes, compulsory shares.

Sumario: I. El problema. II. Lo sucesorio y lo societario en el RS. III. Un apunte sobre la dimensión judicial. IV. Cláusulas típicas.

1. Cuando recibí la invitación para participar en este número de *CDT* homenaje al profesor Calvo Caravaca me llené de orgullo y satisfacción, pero también de vértigo: el más ligero repaso de su descomunal obra ofrece la figura de un gigante del Derecho. Sirvan estas humildes líneas como expresión de agradecimiento al maestro.

*El presente trabajo se encuadra en el proyecto de investigación “La revisión del Reglamento 650/2012, sobre sucesiones: balance de aplicación y propuestas de modificación”, PID2023-149454NB”.

I. El problema

2. Sempronio, nacional español residente en Murcia, fallece dejando dos hijos. Su patrimonio es inmobiliario, pero también había invertido una discreta cantidad de dinero en una sociedad de responsabilidad limitada italiana, en cuyos estatutos se prevé que, a la muerte de uno de los socios, la adquisición de la cuota del difunto queda condicionada a la aceptación del sucesor por los partícipes supervivientes. Sempronio había realizado la partición, en lotes equivalentes, pero ahora resulta que el hijo al que había adjudicado las participaciones no ha recibido nada. Asumiendo que esa previsión estatutaria pueda ser válida, ¿no tiene nada que decir la ley rectora de la sucesión? En general, ¿cómo afectan a una sucesión *mortis causa* las previsiones estatutarias que restringen, excluyen o condicionan la transferencia de las cuotas sociales y/o el devenir de una sociedad? ¿Es el Derecho de sociedades una vía de escape de las cuotas imperativas previstas por la *lex successiois*? El problema surge prevalentemente donde el Derecho regulador de la sucesión prevé atribuciones obligatorias en favor de determinadas personas; cuando el régimen es de plena libertad el foco se desplaza al tratamiento de la voluntad del causante de igualación -expresada en testamento u otro modo- que se ve frustrada por la presencia de cláusulas restrictivas¹.

3. Las fricciones de “Derechos en confluencia”², siendo uno de ellos el de sucesiones, son terreno predispuerto para la controversia, porque nos movemos en una zona gris en la que las lógicas chocan. Hablaba F. GALGANO del efecto demoledor (a propósito de la aristocracia francesa) del *Code* napoleónico, cuando estableció que la herencia se divide en partes iguales entre los descendientes³. Lo que vale para el s. XIX es extrapolable a nuestra estructura económica: la proyección de esa lógica aséptica del reparto y de la distribución sobre la actividad mercantil puede generar conflictos, porque mientras que el objetivo del Derecho de sociedades va en el sentido de la consolidación, la unificación y la continuidad, el Derecho de sucesiones pretende la transferencia y el reparto igualitario; la normativa societaria es el instrumento idóneo para los socios y partícipes que sobreviven; la sucesoria sirve a los sucesores. De este modo, la entrada de personas ajenas a la empresa, por mor de la aplicación de tal disciplina sucesoria, puede provocar la desaparición de un núcleo estable y con objetivos compartidos, la pérdida del control de la sociedad, el entorpecimiento de la dinámica empresarial, la reducción de la capacidad de atraer flujos y realizar inversiones, de obtener financiación⁴. Hay que preservar la facultad de asociar a personas comprometidas y de excluir a quienes no tienen más deseo que liquidar y abandonar el negocio, blindando -con mayor o menor intensidad- a la sociedad (y esto no sólo en el caso de las personalistas)⁵.

Cuando fallece uno de los socios, tenemos de un lado a sus sucesores (tómese la expresión en lo sucesivo en sentido amplio) llamando a la puerta para cobrar *lo suyo* y de otro unos estatutos que salvaguardan aquellos objetivos de consolidación: ¿Cómo coordinar ambas lógicas? ¿Cómo se distribuyen las tareas uno y otro sistema? Pues bien, el art. 1.2 del reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los

¹ Por razones de espacio, el presente trabajo se construye desde los sistemas españoles, o sea, pesando en términos de legítimas. *Mutatis mutandis*, puede extrapolarse el razonamiento a esos ordenamientos sin reservas pero con testamento del causante.

La bibliografía sobre el RS es incontrolable (no así la relativa al tema estudiado, desde el prisma planteado). Aquí aparecen citados los trabajos que a mí me parecen relevantes, sin pretensiones de exhaustividad ni de que el lector comparta mis gustos. Seguramente hay magníficos estudios no citados, pero inspiradores, y por ello presentes de un modo u otro: mi agradecimiento y mis disculpas a todos ellos.

² Recojo la expresión de A. ROJO, “Transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones sociales”, en *AAMN*, 2014, p. 19.

³ *Tutto il rovescio del Diritto*, Milán, 2007, p. 10.

⁴ A. ELLUL/M. PAGANO/F. PANUNZI, “Inheritance Law and Investment in Family Firms”, *American Economic Review*, 2010, vol. 100, nº 5, pp. 2418 ss. Por eso es legítimo proteger a la empresa, sin reproche alguno derivado de la libertad de establecimiento (contra, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission’s Proporsal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, 2010, p. 25; disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>).

⁵ Este tema es sobradamente conocido. Remito a A. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, *passim*.

documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante RS) ofrece una respuesta tan coherente como necesitada de desarrollos⁶. Con la vista puesta en la esperada evaluación anunciada en su art. 82, me moveré seguidamente en esa frontera.

4. Permítaseme una precisión inicial, seguramente innecesaria. Esto no va necesariamente de *will substitutes*, *estate planning* o *succession revolution*. Es verdad que cuando se abre una sucesión (esto vale para la interna) entra en juego una batería de normas de elevada complejidad, con costosas reglas de administración (no sólo el enojoso *probate*) que han desembocado en esa huida del Derecho de sucesiones⁷, o sea, herencias que se transmiten en vida o al margen de esa disciplina, utilizando, entre otros, los instrumentos propios del Derecho de contratos (seguros, depósitos bancarios...) o fórmulas societarias (*v. gr.*, aportación de inmuebles a una sociedad)⁸. Mas aquí no se está hablando de alterar las “afiliaciones personales”⁹, ni de colocar los bienes de tal o cual forma mediante actos *inter vivos* con la finalidad prevalente de organizar su destino *post mortem*. En absoluto se trata de escapar al Derecho de sucesiones, sino que la omnimoda libertad negocial de un sujeto se ha podido desenvolver a lo largo de su vida en las formas más variopintas, y en el instante en que se abre su sucesión habrá que afrontar el destino de esas relaciones preexistentes, que *prima facie* viven al margen del fenómeno sucesorio, pero que pueden quedar afectadas por las normas sobre sucesiones en la medida en que -se quiera o no- es del patrimonio del difunto de lo que se está hablando¹⁰.

De otro lado, tampoco se habla aquí de aquellas instituciones que se dirigen a la transmisión íntegra de la empresa (tipo art. 1056 CC), cuya calificación sucesoria no ofrece dudas, o a la exigencia prevista en testamento de dar nacimiento a una sociedad o una fundación¹¹.

II. Lo sucesorio y lo societario en el RS

5. Art. 1.2 RS: quedan excluidas «h) las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras

⁶ En todo sector del Derecho con tintura patrimonial el imperativo de la certidumbre es diáfano, como condición de la planificación. Es la idea que explicita el cdo. 7 RS. Pero aquí existe un elemento diferencial, que son los incentivos para litigar, tanto mayores cuanto la lógica es la misma que en materia concursal, de forma que se alberga la esperanza de lo que ingrese de menos otra persona acrezca al patrimonio del actor. Las atribuciones imperativas conocidas en la *lex successiois* tienen en los privados a sus mejores valedores.

⁷ Sólo un dato: en el ámbito empresarial el 90% de las transferencias de las empresas se producen *inter vivos*: A. SANDERS, “Law and the Law of Succession in Germany”, en S. KALSS, (ed.), *Company Law and the Law of Succession*, Springer, Berlín, 2015, pp. 213 ss.

⁸ Y ello sin mencionar los costes asociados al riesgo de fraccionamiento (en el plano internacionalprivatístico) de esta disciplina, no superado por el RS (piénsese, por ejemplo, en los arts. 10.2, 12 ó 30) o las incertidumbres asociadas al concepto residencia habitual (*vid.* sentencia del Tribunal de Justicia de 16 julio 2020, asunto C-80/19, E.E.; ECLI:EU:C:2020:569).

Téngase presente además que han sobrevivido normas de conflicto diferentes a las reglamentarias, los convenios bilaterales suscritos por algunos Estados miembros con Estados terceros, hijos de su tiempo y por ello anclados en la preferencia de la conexión nacionalidad y/o la opción por el sistema de escisión (y sin contar que sus amplias formulaciones del ámbito material de aplicación puedan generar dificultades en manos de jueces no sometidos a las orientaciones del TJUE): A. DUTTA/W. WURMNEST, *European Private International Law and Member States Treaties with Third States. The Case of the European Succession Regulation*, Cambridge, 2019. Para el tema que nos ocupa (ámbito material) véanse los ejemplos de la Convención nórdica (p. 130) o del convenio entre Alemania y Turquía de 28 mayo 1929 (p. 156).

⁹ La expresión en J. A. SCHOENBLUM, *Multistate and Multinational Estate Planning*, Nueva York, 1999, p. 107. Por mucho que se diseñen mecanismos de elusión allí donde no llega la conexión autonomía, subsiste la amenaza de implementación de objetivos de interés general: E. A. O’HARA/L. E. RIBSTEIN, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *University of Chicago Law Review*, 2000, p. 1162.

¹⁰ Téngase en cuenta que las fórmulas alternativas no son *per se* un mecanismo de fraude (no se puede presumir, cuando incluso un sistema como el del CC deja margen de actuación en vida, sin presunciones de ningún tipo y con meras exigencias contables en sede sucesoria), sino más bien dirigido a la agilización y racionalización del procedimiento de transferencia. La práctica notarial demuestra que los objetivos van en la línea de la igualación de los hijos, atribuyendo cantidades equivalentes: Á. SERRANO DE NICOLÁS, “Planificación sucesoria: el testamento en la sucesión anómala y las transmisiones «parasucesorias»”, en M. GARRIDO/J. M. FUGARDO, *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, tomo I, Barcelona, 2010, p. 42.

¹¹ Y menos aún entran en este núcleo de problemas la transmisión de un paquete accionario que no garantiza el control de la sociedad.

fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros»¹². La norma es irreprochable, pero nos deja al principio del camino¹³. Retengamos tres notas: i) es lógico que, centrado en lo sucesorio, queden fuera de su ámbito material aquellas vicisitudes que, aun vinculándose de un modo u otro al fallecimiento de una persona, no son claramente sucesorias sino que potencialmente se relacionan con la sucesión¹⁴; ii) el RS no interfiere en los actos realizados en vida ni en las titularidades adquiridas, es claro, pero su art. 23.2.i (eficaz en cada rincón del ordenamiento y no sólo donde es expresamente invocado) nos pone sobre la pista de hasta qué punto la ley sucesoria ejerce un control de última instancia, proyectándose hacia atrás en el tiempo e interfiriendo en el cálculo del montante del caudal relicto; iii) permanece la pregunta: ¿cuáles son esas cuestiones reguladas por la normativa societaria que no sufren interferencia de disciplinas colindantes?¹⁵ A diferencia de los rubros de esa disposición con las que existe cierta homogeneidad (es decir, g-j), el contenido de la h) es, dada su amplitud, casi un salto al vacío: se sabe qué es una donación o qué es un *trust* o un plan de pensiones, pero no es concebible (*rectius*, sería absurdo) que todo lo que toca a las sociedades sea inmune al fenómeno sucesorio. Más aun, la primera parte de la norma es una pura tautología que funge sólo como encuadramiento del tema, no como proclamación de la fuerza expansiva de lo societario. Se podría haber escrito “no se aplica el RS a las materias a las que se aplica otra disciplina de derecho internacional privado” y no se habría perdido ni ganado nada: claro que no se aplica a las cuestiones que tienen una normativa propia, pero en este punto exactamente igual que en tema contractual, filiación o daños, por ejemplo. Tal vez sea para paliar la parquedad de la propuesta de 2009¹⁶ que se introduce la segunda parte de la norma, que, si bien se formula como ilustración, en realidad debe operar (si se quiere evitar incertidumbres o lecturas exorbitantes) como delimitación y consiguiente exclusión de aquellas materias con las que no exista identidad de función^{17, 18}.

6. El TJUE no ha tenido oportunidad de pronunciarse específicamente sobre este tema. No obstante, en el asunto *Mahnkopf*¹⁹ despliega un razonamiento cuya traslación a sociedades suscita demasiadas dudas, en la medida en que pivota sobre la finalidad de la atribución patrimonial y la norma controvertida (el art. 1371 BGB), a partir de lo cual la califica como sucesoria, ya que pretende «determinar el *quantum* de la parte alícuota de la herencia que debe atribuirse al cónyuge supérstite con respecto a los otros herederos»²⁰: va de suyo que eso mismo lo pretenden prácticamente todas las normas del sistema

¹² Una presentación general en E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El Reglamento sucesorio europeo”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, 2022, pp. 2376 ss.

¹³ Y del umbral no se suele pasar: v. gr., A. DAVI/A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione Europea”, *CDT*, 2013, p. 19; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *REEI*, 2014, p. 6; A. CEBRIÁN SALVAT, “Los *will substitutes* y el reglamento sucesorio europeo”, *CDT*, 2016, p. 322; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones”, en E. GINEBRA MOLINS/J. TARABAL BOSCH (eds.), *El reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, 2016, p. 74.

¹⁴ M. WELLER, “Art. 1”, en A. L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/P. MANSEL, *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 77.

¹⁵ Es exactamente igual que el considerando 12 cuando excluye “los acuerdos matrimoniales tal como se conocen en algunos sistemas jurídicos en la medida en que no aborden asuntos sucesorios”: ¿Dónde está la frontera?

¹⁶ Recuérdese que se limitaba a hablar de cuestiones de Derecho de sociedades.

¹⁷ Las otras versiones lingüísticas van en la misma línea: no regulación del destino, la suerte, qué sucederá con ellas... O sea, lo que sigue a la apertura de la sucesión y a la designación de los beneficiarios.

¹⁸ El del Convenio de La Haya de 1989 realiza algunas exclusiones emparentadas en su art. 1.2.d), dejando fuera de su ámbito material de aplicación «los derechos y bienes, creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, tales como la propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguro y arreglos de naturaleza análoga». Pero, de la misma manera que el informe oficial anexo no deja dudas en cuanto a los contratos entre instituciones financieras y particulares ni respecto a los sucedáneos de testamentos (los *will substitutes*), no hay nada explícito sobre sociedades; en todo caso, el informe Waters se limita a recordar la amplitud de esa disposición, aseverando que incluye «*toutes dispositions autres que celles à cause de mort, y compris des libéralités...*» (p. 34). Como elemento de interpretación no va a ser demasiado útil, por tanto.

¹⁹ Sentencia de 1 marzo 2018, asunto C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138.

²⁰ Además de una razón práctica igualmente trasladable a este punto, a saber, que la información del CSE sea lo más completa posible, sin reparar en que para ello ya está el art. 68 h) RS: J. M. FONTANELLAS MORELL, “La delimitación del ámbito material de aplicación del reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales. A propósito de la STJUE de 1 de marzo de 2018 (C-558/16: *Mahnkopf*)”, *REEI*, 2018, p. 37. Se genera una vis atractiva de lo

jurídico (señaladamente, por ejemplo, las de liquidación del régimen económico matrimonial), de forma que esa lógica comporta que cualquier operación que influya en el cálculo del caudal relicto es sucesoria, una descomunal *vis atractiva* del Derecho de sucesiones, y consiguiente jibarización del art. 1.2.h RS: una norma estatutaria sobre valoración de acciones, por ejemplo, sería sucesoria. Es improbable que se continúe por esa vía.

7. Un efecto colateral de la falta de delimitación clara de los conceptos empleados es que subsiste -y subsistirá cuando el TJ interprete el art. 1 RS- un margen de apreciación nacional: lo que dice esa disposición es que hay cuestiones que a juicio del legislador europeo deben quedar excluidas de lo sucesorio, pero nada impide que un sistema jurídico estatal (allí donde no exista unificación conflictual ni interpretación autorizada) no comparta esa calificación²¹. Por ejemplo, negocios como la donación partición francesa que incluya un paquete de acciones, la donación *mortis causa* revocable con efectos de presente del Derecho gallego, el *patto di famiglia* o la cláusula de consolidación sin retribución a los herederos, no encajan claramente en las definiciones del RS (la del pacto sucesorio del art. 3.1.b) y sin embargo en los sistemas nacionales vienen caracterizados como instituciones sucesorias²². Son todas ellas situaciones dudosas, que *prima facie* quedan al margen del RS, pero respecto de las que cabe defender una solución como la del legislador alemán en el art. 25 EGBGB y la belga en el art. 78.2 de la ley de Dopr (esto es, la aplicación *mutatis mutandis* del RS²³), no necesariamente coincidente con la de otros Derechos.

8. Creo que a partir de las referencias anteriores se pueden ajustar algo más las piezas del sistema.

Las situaciones controvertidas caen (total o parcialmente) de un lado u otro en razón a su función. El Derecho de sucesiones sirve para ordenar la continuidad de las relaciones constituidas en vida (seguridad jurídica) y canalizar la transferencia intergeneracional de la riqueza. Como el RS se aplica solo a lo sucesorio, su art. 3.1.a delimita sectores poniendo el acento en el evento causal (qué desencadena el nacimiento de una concreta relación jurídica) y la función de cada parcela del ordenamiento. Le incumbe por tanto todo aquello que aflora a raíz de la muerte de un sujeto y como consecuencia directa de ella: fijar cuál es el patrimonio que se hereda, identificar a los sucesores, cuantificar las cuotas²⁴. Basta

sucesorio seguramente inimaginable en el momento de elaboración del RS (cfr. B. HESS/M. REQUEJO, *Incidencia del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de Sucesiones*, Madrid, 2018, p. 52). No puede construirse todo en torno al objetivo de la utilidad del CSE, sino primar el análisis de la función de los institutos: igualmente, A. LARA AGUADO, “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas”, *REEI*, 2020, pp. 34 ss.

De alguna manera, el RS excepciona (no podía ser de otro modo) de la vocación unitaria expresada en el art. 23 y el considerando 42, en la forma radical que se asume en la sentencia de 12 octubre 2017, C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755. Léase en el sentido que las vicisitudes concretas de la transferencia de la propiedad quedan condicionadas por una ley diferente a la *lex successionis*.

²¹ Poniendo el acento en el concepto de contrato sucesorio, W. POINTERS, “Did substantive national succession laws have an impact on the EU Succession Regulation?”, en J. M. SCHERPE/E. BARGELLI, *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Cambridge, 2021, p. 127.

²² Otro tanto dígase de algunos sustitutivos imperfectos del testamento (ventajas matrimoniales, la *joint property*, la *tonfina* o las cláusulas estatutarias), igualmente calificados como contrato sucesorio cuando generan una expectativa legítima en otra persona (el beneficiario), en la medida en que el disponente no puede disponer libérrimamente de esos bienes. *Vid.* A. BONOMI, “Successions internacionales: conflits de lois et de jurisdictions”, *RCADI*, 2011, vol. 350, p. 289; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada, 2014, pp. 38-39; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego?”, *RDC*, 2022, pp. 5 ss.; M. WELLER, “Art. 1”, *op. cit.*, p. 97. J. TALPIS pone el ejemplo de las jurisprudencias nacionales a propósito de los pactos de atribución de la propiedad conjunta al superviviente, de naturaleza sucesoria según las de *civil law* y contractual en las de *common law*: “Managing and preventing cross-border disputes arising with the increasingly popular use of succession substitutes”, *Trusts & Trustees*, 2023, 3, p. 246.

²³ A. BONOMI, “Successions internacionales..., *op. cit.*”, p. 291; igualmente, R. MAGNUS, “A German Perspective on the Impact of EU Private International Law on National Succession Law”, en J. M. SCHERPE/E. BARGELLI, *The Interaction..., op. cit.*, p. 191.

²⁴ Y va de suyo que una vez liquidado el régimen patrimonial del matrimonio o la pareja, si es el caso, y teniendo en cuenta que parte del patrimonio (acciones y participaciones) ha podido ser objeto de un negocio sucesorio (se entiende que válido) en vida del antiguo titular/causante, con consiguiente exclusión de beneficiarios (*v. gr.*, apartación gallega, renuncia por precio

leer el art. 23 RS para aprehender qué es sucesorio. Si la *lex successionis* reserva imperativamente unas cantidades a ciertos sujetos (las legítimas, por ejemplo²⁵) o si hay un testamento en el que se reparten los bienes equitativamente, lo primero será hacer honor a la norma de conflicto reglamentaria (o sea, pagarlas a cargo del caudal relicto), pero con la mínima intromisión posible en lo válidamente hecho en uso de la propia libertad contractual. En consecuencia, se impone el mantenimiento de las previsiones societarias diseñadas en clave de continuidad (...) de la empresa, satisfaciendo las cuotas reservadas con recursos ajenos al contrato social o con el producto de su conversión en dinero (ahí la partición es la clave: *infra*)²⁶: al Derecho rector de la sucesión sólo le importan los derechos de los sucesores, y mientras eso se garantice no hay por qué tocar los negocios *inter vivos*²⁷.

A la *lex societatis* compete -entre otras cosas- regular la forma en la que se satisfacen los objetivos de una sociedad, incluyendo ahí su continuidad y garantía de funcionamiento armónico. Las restricciones estatutarias a la transmisión *post mortem* de acciones y participaciones (validez, eficacia) están al servicio de esas necesidades, y por lo tanto su disciplina corresponde en exclusiva a tal ley²⁸. Es esta la que permite tratar de la misma forma a todos los socios, sin pararse a considerar qué dicen sus leyes de residencia habitual o nacionalidad o sus posibles cambios, como sería el caso si se prefiriese una calificación sucesoria. Así, no todo lo que acontece tras la muerte de un individuo es sucesorio, y el art. 1.2.h RS implicará la intervención sucesiva de dos ordenamientos, uno para identificar beneficiarios y lotes y otro para los procedimientos de entrada (o exclusión) en la sociedad²⁹. El Derecho rector de la sucesión interviene prevalentemente en la primera fase de la transmisión de cuotas sociales, y después deja hacer al de la sociedad³⁰. El engarce y funcionamiento fluido de ambos no está garantizado, claro³¹, cuando, entre otros supuestos, la sucesión quede sometida a un sistema jurídico que reserva cuotas obligatorias a ciertos individuos, que para cobrar sus legítimas pretendan convertirse en titulares de unas acciones o participaciones y se topan con unos estatutos sociales que les pongan trabas, condiciones o simple y llanamente se lo impidan³².

a la acción de reducción...). La cuantía de las legítimas puede depender si se está en presencia de determinadas actividades económicas, como la agricultura (así, en Polonia, Alemania o Austria se reduce): este es un tema netamente sucesorio.

²⁵ Recuérdese la célebre sentencia del *BVG* de 19 abril 2005, y su corolario en la del *BGH* de 29 junio 2022 (la legítima como elemento de orden público del foro).

²⁶ No está escrito en ningún sitio que la normativa sucesoria deba prevalecer absolutamente, como parece sugerirse cuando se habla de su imperatividad (A. BONOMI, "Successions internationales: conflits de lois et de juridictions", *RCADI*, 2011, vol. 350, p. 263) o cuando se asevera que toda operación realizada en vida queda subordinada a las reglas imperativas en materia de sucesión (G. A. L. DROZ, "L'ativité notariale internationale", *RCADI*, vol. 280, 1999, p. 93).

La prevalencia de las fórmulas sucesorias implicaría que no sería descartable la entrada en juego del art. 30 RS para situaciones de titularidad de un paquete de acciones y participaciones, imponiéndose su transferencia a ciertos beneficiarios: A. BONOMI/P. WAUTELET, "Art. 30", en *El Derecho europeo de sucesiones*, Cizur Menor, 2015, párr. 12, nota 21.

²⁷ Un matiz: en esta materia es difícil hablar de derechos absolutos, reservas o expectativas legítimas, porque hasta que no se abra la sucesión no se sabe a qué se tiene derecho (tampoco cuando medió una *electio iuris*), y ello siempre que no haya dudas sobre ley aplicable.

²⁸ A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación práctica del Reglamento (UE) n° 650/2012*, Cizur Menor, 2016, RB-4.6; J. RE, *Pianificazione successoria e diritto internazionale privato*, Padua, 2020, p. 162; J. TALPIS, "Managing...", *op. cit.*, pp. 243-244.

²⁹ En perspectiva interna, C. MUÑOZ DELGADO, "Condición de socio durante el proceso sucesorio y transmisión "*mortis causa*" de la titularidad de acciones y de participaciones sociales", *RCDI*, 2018, p. 2758.

³⁰ La Recomendación de la Comisión Europea de 7 diciembre 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas animaba a los Estados miembros a introducir en las legislaciones nacionales, para garantizar la continuidad de las empresas, una previsión que hiciera prevalecer el contrato de sociedad sobre los actos unilaterales de uno de los socios (art. 5.b): es inviable.

M. WELLER ("Art. 1", *op. cit.*, pp. 99-100) defiende la prevalencia absoluta de la ley de la sociedad, con lo que se convierte en el cauce idóneo para frustrar las reservas obligatorias previstas en el Derecho rector de la sucesión.

³¹ *Cfr.* A. BONOMI, "Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni", *RDIPP*, 2010, p. 821; E. FONGARO, "L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions»", *JDI*, 2014, pp. 51 ss.

³² No hay coordinación posible cuando hay fraude. Piénsese en la inversión masiva en una sociedad cerrada como forma de defraudar las legítimas de los herederos, por ejemplo. Aunque ninguna norma reglamentaria lo prevea explícitamente, el cdo. 26 reconoce la vigencia de la lucha contra el fraude, que no puede no desenvolverse trámite una correcta calificación de los hechos y consiguiente aplicación de la norma de conflicto que realmente corresponda al asunto debatido.

III. Un apunte sobre la dimensión judicial

9. Terreno fronterizo, incertidumbres, incentivos a la litigación...: no es descartable un litigio sobre la validez o la interpretación de las cláusulas estatutarias restrictivas (v. gr., el legatario de unas participaciones demanda a la sociedad por no haber sido aceptado, o pretende que se declare la nulidad de tal cláusula). La pregunta es dónde³³.

10. Es diáfano que la duda es de calificación³⁴. Parece claro que se trata de reproducir los dos planos apuntados *supra*, de forma que sólo identificación de sucesor, cuantías, administración y partición es sucesorio, mientras que los litigios que ponen en el centro del debate tales pactos son propios de los foros contractuales.

Las hipótesis básicas serían las siguientes: a. socios que litigan ente sí para incorporar, modificar o eliminar una cláusula estatutaria de carácter restrictivo; b. un sujeto que acaba de recibir unas participaciones sociales y se encuentra con una cláusula en virtud de la cual la adquisición de la condición de socio depende de la anuencia del resto de los socios, topándose con una negativa a su juicio injustificada, abusiva, o simplemente dilaciones en la toma de decisiones; c. cláusulas que prevén el traspaso automático de la propiedad a los supervivientes. Pues bien, a mi juicio:

- a. Los actos de elaboración de unos estatutos, por medio de los cuales unos individuos deciden consorciarse, tienen naturaleza contractual³⁵; lo que viene después son acuerdos sociales, no contratos entre socios³⁶, y por consiguiente cualquier actuación ulterior emana de la sociedad como tal y es materia objeto de la competencia exclusiva del art. 24.2 RBI bis. Por ello un eventual litigio relativo a la incorporación o no en los estatutos de una cláusula restrictiva de la sucesión y sus derivados (interpretación, aplicación *in casu*,...) es de naturaleza contractual³⁷, y una controversia sobre incorporación, modificación o eliminación sobrevenida (o derivaciones) queda cubierta por el foro exclusivo. Es verdad que de cara a la individualización de un órgano judicial, lo normal es que los resultados de una u otra calificación no difieran (lugar de ejecución no puede ser sino el de la sede de la sociedad), y sólo el posible juego de la autonomía entraña diferencias.
- b. El litigio en el que un sucesor afectado por una cláusula estatutaria o su implementación impugne el acuerdo social trata de su validez: el alcance *erga omnes* de cualquier pronunciamiento, la probabilidad de que sean varios los terceros que actúen como actores y su inexorable vinculación con el Registro mercantil, justifican la subsunción en el art. 24.2.
- c. Las cláusulas de acrecimiento no son sino pactos de naturaleza contractual (se podrá discutir su validez o no, pero la eficacia transmisiva es algo que lógicamente deriva de su validez), con independencia de cuál sea el documento en el que vengan recogidas. Es arduo hablar

³³ Todo lo que se diga en este punto debe ser entendido con cautela, asumiendo que está minado por la pluralidad de criterios de competencia judicial internacional: de nada sirve afirmar que nuestras autoridades pueden conocer de tal o cual sucesión mientras existan jurisdicciones en las que el criterio es la presencia de bienes, el estrategia siempre tiene la posibilidad de reclamar atribuciones patrimoniales en otro Estado. Ejemplos elocuentes de la práctica de Nueva York, donde la discrecionalidad judicial lo preside todo, en R. C. LAWRENCE III/E. S. RIZZO, "Basic Conflict of Laws Principles", en J. A. SCHOENBLUM (ed.), *A Guide to International Estate Planning*, Chicago, 2000, pp. 5-6.

³⁴ En general sobre el art. 24.2 RBI bis, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, 2017, Parte II, capítulo VII, párr. 178. Sobre acuerdos sociales, R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pp. 160 ss.

³⁵ Y por ello se pueden incluir válidamente pactos de sumisión, en los términos de la STJ de 22 marzo 1983, asunto C-/82, *Martin Peters*; ECLI:EU:C:1983:87.

³⁶ J. ALFARO, "La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales", en <https://almacenederecho.org>, entrada de 14 octubre 2016. El contrato es el acto fundacional; los acuerdos son actos unilaterales (de la sociedad como ente autónomo) de ejecución de ese contrato.

³⁷ Así la acción impugnando la decisión del órgano social considerando que no se ha respetado lo previsto en los estatutos (el respeto escrupuloso de las formas de transmisión de acciones y participaciones en nuestro caso): STJCE 2 octubre 2008, asunto C-372/07, *Hassett*; ECLI:EU:C:2008:534.

de un lugar de ejecución en estos casos, por lo que parece razonable concentrar eventuales controversias en el foro del domicilio del demandado³⁸.

Está fuera de duda la calificación societaria de cualquier debate relativo a interpretación o ejecución de pactos parasociales; lo contractual ocupa una posición central, sea desde el punto de vista de los foros de competencia sea desde la perspectiva de la legitimación activa.

IV. Cláusulas típicas

11. Asumido que hablamos de normas y/o pactos estatutarios dirigidos a la salvaguarda del buen funcionamiento de la sociedad, y que no asignan derechos como consecuencia de la muerte de su titular, su contenido contractual³⁹ y sujeción a la *lex societatis*⁴⁰ no son dudosos. En lo que sigue asumiremos que tenemos a un sujeto llamado a suceder en unas acciones o participaciones (abintestato, testamentario o en virtud de cualquier otra disposición sucesoria), con las que se quiere pagar las cuotas previstas en la *lex successionis*. No se olvide que, incluso entre los más estrictos en esta materia, todos los ordenamientos conceden margen para satisfacer los imperativos intergeneracionales, siempre hay una parte del patrimonio libremente disponible. Así pues, la administración y partición de la herencia tienen especial relevancia, porque si las cuotas sociales entran en esa parte dispositiva, o si vienen asignadas a un legatario que satisface las exigencias estatutarias, no hay problema alguno; el problema surge cuando se designa a un beneficiario que no encaja en las cláusulas restrictivas.

Va de suyo por lo demás que la individualización del cauce jurídico idóneo para elegir al destinatario es tarea exclusiva de la *lex successionis*, sin que el juicio que la normativa sobre sociedades pueda realizar acerca de los mecanismos de transferencia del patrimonio sea relevante, entrando en juego allí donde termina su tarea el Derecho rector de la sucesión. Así, por ejemplo, que una sociedad sea española no tacha de nulidad la designación del heredero de las participaciones sociales por un ordenamiento extranjero que admite los pactos sucesorios o los prematrimoniales, o que haya mediado un contrato para otorgar testamento (*ex art. 23 RS*).

12. Empecemos con un apunte sobre constancia registral de las restricciones, dada su trascendencia económica, un riesgo de déficit de información con gravosas consecuencias en el momento de aceptar una herencia o un legado (piénsese en ordenamientos donde la aceptación es pura y simple, sin beneficio de inventario ni derecho de deliberar, o en los sujetos que no pueden solicitar la formación de inventario).

En la medida en que se trata de acuerdos que alteran el valor de cambio de la participación (*v. gr.*, obligaciones de ceder el derecho de voto, o prohibiciones de enajenar durante un tiempo o condición previa de suscribir un protocolo familiar), hasta el punto de que pueden llegar a hacer desaparecer un mercado de títulos, parece exigible que se dé la oportunidad de conocer su existencia y contenido. Aceptar una herencia o un legado sin saber realmente cuánto vale lo que acepta casa mal con los principios básicos del Derecho patrimonial. Así las cosas, ocurre empero que nos introducimos en un entorno en el que no se garantiza la transparencia: i) La cuestión de la obligatoriedad o no de la publicidad hacia terceros pertenece en primera instancia al ámbito de materias propias de la *lex societatis*, y después a la ley del registro (la ley de la autoridad registral determina qué se inscribe y cómo, si se controla o no la legalidad de los actos inscribibles, la eficacia de la inscripción; *vid. art. 188.3 RRM*)⁴¹. Todo ello sin

³⁸ Se pueden trasladar a este ámbito los argumentos del TJ en la sentencia de 19 febrero 2002, asunto C-256/00, *Besix*; ECLI:EU:C:2002:99.

³⁹ En el entorno europeo contamos con ejemplos de esta calificación: art. 28 del Reglamento de 1985 sobre agrupación europea de interés económico; propuesta de reglamento de sociedad europea de responsabilidad limitada (el anexo I exigía que los estatutos regularan la suerte de las acciones a la muerte de un socio).

⁴⁰ Objetivos similares se pueden alcanzar mediante contratos. Los pactos parasociales quedan por ello sometidos a la ley designada por el RRI: *vid. J. TALPIS*, "Succession Substitutes", en *RCADI*, 2012, 356, p. 39

⁴¹ *Vid.* las referencias a los sistemas jurídicos de nuestro entorno en R. ARENAS GARCÍA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2000, pp. 52 ss.

perjuicio de que puede darse que las restricciones tengan origen legal, no siendo necesario su registro por ser susceptibles de conocimiento; ii) en el caso español, dado que el RM tiene como función lógica proteger nuestro mercado, nos toparemos con el obstáculo de que una sociedad extranjera no puede acceder a él, y sólo las sucursales pueden hacerlo (art. 81.1 RRM⁴²), por lo que mal se pueden evitar desde nuestro foro esos déficits de conocimiento, prevea lo que prevea la *lex successionis*; más aun, no se admitirá la inscripción de pactos que vayan en contra del tipo societario elegido y -fundamental- que hagan ilusoria la posibilidad de desprenderse de unas participaciones, pero ello no significa que no haya que contar con ellas, segura fuente de controversias.

Consecuencia de lo anterior, no se descarta que sólo después de la partición pueda evidenciarse que lo recibido vale menos de lo legado y racionalmente esperado, con lesión en su caso de eventuales derechos legítimos. Es claro que la respuesta no puede venir de la ley societaria, que no se encarga de proteger legítimas ni derechos hereditarios; sólo cabría encomendar al ordenamiento rector de la sucesión arbitrar los medios para tutelar los derechos de los sucesores, con expedientes del tipo de la rescisión o revisión de la partición de los arts. 1074 y 1079 CC⁴³.

1. La previsión de disolución

13. No es anómalo en las sociedades personalistas -y en general las fundadas en la relación de confianza- su disolución a la muerte de un socio, salvo que se haya previsto otra cosa (*v. gr.*, art. 222 CCom⁴⁴). La participación del difunto entra en el cálculo del caudal relicto, y se convierte en metálico: liquidación y reparto de la cuota se realizan conforme a las previsiones de la *lex successionis*. En nada influye el hecho de que el causante haya realizado la partición y haya asignado su cuota social a un legitimario, porque no se impone su voluntad, y lo único que cabe es la conversión en metálico. Las previsiones expresas del Derecho rector de la sucesión que choquen con lo previsto en la *lex societatis* (si a la muerte del socio anuda la continuación de la sociedad con los sucesores) son irrelevantes, porque frente a la norma de disolución automática nada puede alzarse: es inevitable. Si concibiera la legítima como *pars bonorum* se impondrá un ajuste respetuoso de las necesidades societarias y de la atribución patrimonial, o sea, el pago en metálico lo que corresponda.

Cabe por supuesto que se haya pactado una disolución parcial (en la parte del difunto, amortizándola; equivale a una exclusión de socios) o la continuación con los herederos, acuerdo de naturaleza contractual que no entra en la designación de los beneficiarios y sólo atiende a los objetivos de la sociedad⁴⁵; los sucesores simplemente reciben sus atribuciones sucesorias con cargo a la parte de capital del socio difunto, y en las mismas condiciones (léase compromisos) en las que se poseyeran por el causante⁴⁶: ahí la armonía entre ambos sistemas jurídicos es total y no se precisa ajuste alguno⁴⁷.

⁴² Otro tanto dígase para los protocolos familiares: *vid.* RD 171/2007 y art. 531 LSC para las cotizadas. Los acuerdos contenidos en un pacto parasocial o los acuerdos que dan vida a una sociedad interna no gozan, evidentemente, de publicidad alguna (así, art. 29 LSC; resolución de la DGRN de 24 marzo 2010, entre otras).

⁴³ Una acción del estilo de la de complemento de legítima no suele tener cabida, porque se habla de informaciones que se adquieren sólo al final del proceso sucesorio. Sobre este tema *vid.* STS de 4 abril 2022; ECLI:ES:TS:2022:1387.

⁴⁴ Resolución de la DGRN de 22 noviembre 1957. En general, *vid.* C. PAZ ARES, "Comentario a los arts. 1700 y 1704 CC", en VVAA, *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, pp. 1492 ss. y 1502 ss. Recuérdese el art. 363 LSC para las comanditarias por acciones. En Alemania la regla es la continuación para la sociedad colectiva; en Austria justo lo contrario.

⁴⁵ En Suiza, por ejemplo, el *Code des obligations* permite que se pacte la continuación de la sociedad simple, colectiva y comanditaria: no se duda de que se trata de un acto *inter vivos* que no mira más que al interés de la sociedad, o sea, designar a quién reemplaza al muerto: P. H. STEINAUER, *Droit des successions*, Berna, 2015, pp. 189-190.

⁴⁶ En particular, los pactos parasociales obligan a quien los haya firmado y a sus sucesores, durante el tiempo para el que se hayan pactado. Es lógica estrictamente contractual. Si se han sindicado las acciones y existe un mandato colectivo, cesión de los títulos, transmisión de la titularidad a una comunidad, pignoración... son cuestiones ajenas al ámbito de la ley sucesoria. Ampliamente, C. PAZ ARES, "El *enfoucement* de los pactos parasociales", *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, 2003, nº 5, pp. 29-30.

⁴⁷ Otro tanto dígase de la previsión de ordenamientos como el alemán, el austriaco o el holandés en el sentido de que los herederos (convertidos en socios) tengan la obligación de ofrecer sus acciones a los antiguos socios, o que sea la propia sociedad la que adquiera las acciones. En nada padecen los derechos derivados de la ley sucesoria, desde el momento en que solo se produce un cambio en la naturaleza de los derechos (metálico a cambio de participaciones).

Por lo demás, el proceso de disolución y liquidación de la sociedad queda regido exclusivamente por la *lex societatis* (art. 1.2.i).

2. Cláusulas de continuación

14. Lo normal es que la actividad mercantil siga desarrollándose, pero con filtros en cuanto a cambios subjetivos: de hecho, en la mayoría de los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada se incluye algún tipo de restricción a la adquisición de la condición de socio, dado su carácter híbrido entre personalista y capitalista⁴⁸. Previsiones estatutarias como las referidas sirven para lanzar a inversores y financiadores un mensaje de permanencia y estabilidad del paquete de control⁴⁹.

Conviene reparar en la incidencia del paso del tiempo en la posición de los nuevos socios, y esto a su vez tiene que ver con los diversos modelos nacionales sobre transmisión sucesoria. No es lo mismo que el heredero reciba sus títulos el mismo día en que se abre la sucesión o que lo haga pasado un tiempo -con o sin efectos retroactivos- o que pasen a poder de un administrador o que sea necesario aceptar la herencia de forma expresa o que se presuma el rechazo en presencia de ciertas circunstancias o que no pueda disponer de los bienes heredados hasta que no se emita un certificado de heredero, por ejemplo⁵⁰. Durante un lapso (hasta la partición) quien tiene la disponibilidad de las acciones y participaciones es el administrador (puede ser el albacea o no⁵¹) de la herencia, cuyos poderes de administración tienen que quedar delimitados de forma cumulativa por dos sistemas, la *lex successionis* (art. 23.2.f RS) pero también la ley de la sociedad, que es la que ofrece el catálogo de actos permitidos a una persona jurídica⁵². Así las cosas, se adquiere la condición de socio sólo después de la partición y liquidación (a salvo la hipótesis de que de acuerdo con la ley rectora de la sucesión se produzca una transferencia automática, cuando el objeto esté perfectamente identificado o no se constituya comunidad⁵³). En consecuencia, durante ese plazo de tiempo en el que normalmente no se dispone de los títulos nada impedirá que se realicen operaciones societarias que alteren su valor, y con ello indirectamente se atenta contra la intangibilidad de la reserva. Piénsese por ejemplo en una ampliación de capital con exclusión del derecho de preferencia de los antiguos accionistas, con el consiguiente efecto de dilución de la participación, o en una OPA de exclusión que limite la liquidez del título. A mi juicio las únicas opciones para defender

⁴⁸ Si lo que se impone es la transmisión de la nuda propiedad, reservando el usufructo a los antiguos socios, es un tema cuya trascendencia se agota en la valoración de las acciones, a los efectos del cálculo de la cuota.

⁴⁹ B. LONGO/A. MINTO, “Intergenerational transfers of entrepreneurial assets. The destiny of the company share between individualistic aspects and the need for the continuation of the economic initiative”, *Ricerche giuridiche*, 2013, p. 398. Otra perspectiva en E. CALÒ (“El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho”, *Indret*, 2010/3, p. 7), para quien el blindaje de la sociedad la convierte en algo parecido a una fundación familiar.

⁵⁰ Desde el punto de vista aquí tratado es equiparable la cláusula que prevea la conversión del tipo social a la muerte de un socio o de uno con características especiales (al margen casos en que se exijan aportaciones suplementarias).

⁵¹ Con detalle sobre consecuencias prácticas, T. BALLARINO, “Successioni (dir. int. priv.)”, *Enc dir*, vol. LXIII, 1990, pp. 1288 ss.; M. FERID, “Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé”, *RCADI*, 1974, vol. 142, pp. 120 ss.

⁵² Quién haya de ser representante de la herencia yacente en una junta de accionistas es tema estrictamente societario. No hay motivo para imponer una comunicación directa entre ambas realidades, de manera que el albacea tenga que serlo. De hecho, las normas del Derecho de sociedades (incluidos los estatutos) pueden imponer otras modalidades de formación de la voluntad social (v. gr., que sea un socio). Vid. A. PARRA LUCÁN, “Art. 126”, en J. A. GARCÍA-CRUCES/I. SÁNCHEZ GARGALLO, *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Valencia, 2021, pp. 1784 ss.

⁵³ En un plano puramente material repárese en que la concreción del momento de la valoración de las participaciones puede constituir un incentivo al rescate, al no absorber los datos derivados de su revalorización o de las nuevas expectativas de negocio. En ese sentido, no parece que la ley de la sucesión pueda ofrecer instrumento autónomo alguno para la tutela de los sucesores.

⁵⁴ No todas las participaciones son idénticas. Pudieran existir privilegios en algunas, o proceder de momentos distintos de emisión, o no estar todas íntegramente desembolsadas, etc. No es lo mismo hablar de “lego a ... la mitad de mis acciones en la sociedad x” que “lego las acciones 1 a 100” (cfr. T. RUBIO GARRIDO, “Las sociedades de capital y algunas disfunciones que generan en el derecho de sucesiones y la tutela: problemas procesales, legado de acciones, cautela socini y adquisición del legado *iure transmissionis*”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, 2019, versión online). Sólo cuando no sea necesaria ninguna operación de identificación pasan directamente al heredero o legatario.

la posición del *socio inminente* pasan por su participación en la sociedad (conforme a la *lex societatis*, pues), sin que puedan operar expedientes derivados de la normativa reguladora de la sucesión.

Distingamos varias fórmulas.

A) Cláusulas de continuación obligatoria

15. En su virtud, los sucesores vienen obligados a entrar en la sociedad, bajo pena de tener que indemnizar a los socios supervivientes. Se ha sostenido que se trata de un pacto sucesorio prohibido por numerosas leyes sucesorias⁵⁴; existen dudas en torno a su relevancia como gravamen que puede afectar a las legítimas; asimismo, se formula una objeción de naturaleza estrictamente societaria, y es que la condición de socio es voluntaria, por lo que tal cláusula sería nula⁵⁵.

Al respecto, conviene reiterar la distancia entre los pactos entre socios y la designación de sucesores. Por eso: i) Si el ordenamiento regulador de la sociedad admite este tipo de acuerdos, es algo en lo que las autoridades españolas no pueden entrar, y es claro que la única sanción posible es impedir el acceso a nuestro registro mercantil, como contrario al orden público del foro, con la consecuencia de la inoponibilidad: la sociedad podrá operar en el mercado patrio, pero sin posibilidad de imponer la observancia de esos compromisos ii) si se trata de una mercantil extranjera y de un socio cuya sucesión se somete a un sistema como el del CC o los que no admiten los pactos sucesorios, tampoco hay gran convulsión, porque, de entrada, que pueda recibir esa calificación es poco verosímil, a la luz de la definición del art. 3 RS⁵⁶, e incluso si así fuera seguiría siendo indiferente, porque no es tarea de la *lex successionis* inmiscuirse en el sistema de reemplazo de los socios; iii) el problema viene de ordenamientos como el del CC español que prohíben cualquier carga o gravamen (art. 813)⁵⁷: si la legítima corta ha sido pagada con participaciones de una sociedad de la que es obligatorio formar parte, no siendo real que la única alternativa de liberación sea renunciar a la herencia, parece razonable que, en aplicación del art. 23 RS, prime la solución del sistema rector de la sucesión, abriéndose la opción de liquidar al heredero que desde el primer momento comunique que no quiere formar parte de la sociedad o exonerarle de la observancia de la cláusula estatutaria aquí comentada, permitiéndole desvincularse en cualquier momento⁵⁸; iv) desde luego, parece improbable que el operador jurídico español ampare la validez de esta obligatoriedad, en caso de que se le cuestione (socini mediante)⁵⁹.

B) Continuación facultativa

16. Los sucesores son libres de elegir si incorporarse a la sociedad o pedir la liquidación de su cuota, y los socios supervivientes renuncian a decidir nada sobre disolución o continuación. Es un contrato (entre los socios) en favor de tercero⁶⁰. Desde el punto de vista de este estudio, es claro que: i) la designación de quién tenga esa facultad corresponde a la ley sucesoria; ii) la muerte opera como

⁵⁴ Habría en todo caso que matizar en función del nivel de identificación del beneficiario: sólo si es designado con nombre y apellidos se puede descubrir un pacto sucesorio.

⁵⁵ Cfr. S. P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padua, 2014, p. 75.

No se confunda en todo caso esta cláusula con la prohibición de enajenación *inter vivos* durante un periodo de tiempo (v. gr., art. 108.4 LSC), que no afecta a la sucesión sino a quien ya ha adquirido voluntariamente la condición de socio y que, además, tiene un fundamento legítimo y digno de tutela.

⁵⁶ Son trasladables las observaciones de I. RODRÍGUEZ URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, 2014, p. 121.

⁵⁷ Cosa distinta es la previsión de una cautela socini, dejando en todo caso incólume la legítima estricta.

⁵⁸ Todo lo anterior a reserva de hacer una partición que asigne acciones y participaciones a quien esté dispuesto a pasar por esa cláusula.

⁵⁹ El TS deja claro que la cautela socini no impide reclamar aquello a lo que se tiene legalmente derecho (sentencias 254/14 de 3 septiembre, 464/18 de 19 julio). Creo que esta regla es extrapolable a los casos con elementos de internacionalidad y sea cual sea el Derecho regulador de la sucesión, ex art. 24 CE.

⁶⁰ S. P. CERRI, *Negozi successori e trasmissione dell'impresa*, Padua, 2014, p. 64.

condición suspensiva para adquirir el derecho a decidir si ingresar o no; iii) en Italia, por ejemplo, se duda de si se trata de cláusulas eficaces también cuando se trate de legatarios. En la medida en que es la ley sucesoria la que marca el grado en el que una persona subentra en las relaciones del difunto, es esa y no la ley de la sociedad la que designa al círculo de beneficiarios; iv) no existe lesión alguna en los derechos de los herederos, que reciben o participaciones o su equivalente en metálico.

C) Cláusula de rescate

17. He aquí una previsión en la que el contacto entre ley sucesoria y ley societaria es **mínimo**. Es el supuesto contemplado en el art. 110.2 LSC para las sociedades limitadas y 123 para las anónimas (y 188.3 RRM). Funciona igual que la cláusula en sentido inverso que permite a los herederos o legatarios exigir a los socios que les compren sus acciones o participaciones⁶¹, así como la cláusula de prelación, que obliga a los herederos del premuerto a vender las acciones a los otros socios, en caso de que quieran venderlas, y el pacto de opción, en virtud del cual los sucesores que reciben unas participaciones deben ofrecerlas a los otros socios durante un cierto periodo de tiempo, que pueden optar por adquirirlas al precio fijado en el pacto.

Se trata de una operación *inter vivos*, donde cada sistema jurídico interviene de forma distributiva, sucesivamente. En el momento en que se abre la sucesión se adquiere la parte social (bienes, no dinero), y si se atribuyen unas participaciones y después se ejecuta el rescate, es un tema societario, inherente a los estatutos, por lo que todo lo referente al acuerdo discurre al margen del Derecho de sucesiones⁶². Si dentro del plazo establecido en la ley o los estatutos se ejecuta la opción y se convierte la participación en metálico, según los cauces establecidos en la normativa societaria, no padecen los derechos derivados de la muerte del *de cuius*⁶³. La única salvedad deriva de la falta de disponibilidad plena durante un tiempo de lo recibido por causa de sucesión; no parece que esto pueda ser calificado como gravamen de la legítima, porque es incuestionable que se tiene la titularidad de los títulos, con las limitaciones admitidas por la *lex societatis*.

Igualmente conectado es el hecho de que cuando se ejecuta un derecho de adquisición preferente, ya se ha pagado el impuesto de sucesiones (con lo que se termina recibiendo de menos) o las diferencias entre el momento de la muerte y el de la partición. Las normas sobre valoración son claras, con lo que malamente se puede impugnar ésta; más razonable parece buscar el remedio en las acciones en defensa de la legítima⁶⁴.

D) Cláusulas de aceptación

18. Se atribuye a la sociedad o a concretas personas dentro de ella el derecho de aceptar o no a los sucesores, abrir o no la sociedad a terceros, fundado en la necesidad de tutelarla frente a socios no

⁶¹ Aun siendo menos frecuentes. A. PERDICES, *Cláusulas restrictivas...*, *op. cit.*, pp. 276 ss.

⁶² A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis causa...*, *op. cit.*, RB-4.7-4.8. Los sucesores no tienen más que acatar lo pactado en estatutos. Desde el punto de vista de este trabajo (el de los sucesores), es indiferente si adquiere la sociedad o los socios o si éstos han concertado un seguro de vida a título personal y recíproco o no.

⁶³ La norma del art. 110 LSC es muy correcta al fijar el *dies a quo* para el cómputo del plazo, que no puede ser el fallecimiento del causante sino el de adquisición de la condición de socio. Con ello se permite tener en cuenta las vicisitudes que ocurran hasta que esta última se verifica, extremo que sólo la ley de la sucesión puede aportar (piénsese en una partición controvertida, o en una sucesión sometida al derecho inglés, con una inexorable administración de por medio). El paso del tiempo puede convertir en ilusoria una atribución hereditaria, si la sociedad quiebra o es liquidada, por ejemplo. Teóricamente el valor de las participaciones a recibir es el razonable en el día de la muerte del socio, pero al cabo de los años puede no quedar capital con el que pagar. Se podría aducir que se recibieron unos títulos con valor real (el que tuvieron el día del fallecimiento), pero lo cierto es que no se ha podido disponer de ellos (para enajenarlos, por ejemplo). No es descartable por consiguiente que se puedan explorar remedios en la *lex successionis* si las cuotas legítimas se han visto afectadas.

⁶⁴ Otra opinión en A. ROJO, "Transmisión...", *op. cit.*, p. 45.

gratos o incapaces. Late un puro interés social, sin interferencias sucesorias; la libertad de un testador queda preservada en todo momento también en presencia de estas cláusulas⁶⁵.

Lo usual es que se condicione tal aceptación a la concurrencia de ciertos requisitos personales (v. gr., no ser socio en una empresa de la competencia, tener una nacionalidad o una determinada profesión⁶⁶), a la asunción de compromisos (en particular, suscribir un protocolo familiar⁶⁷) o a la realización de determinadas prestaciones accesorias. Tan cierto es que la partición es tema sucesorio como que el partidor debería realizar su tarea con un ojo puesto en los estatutos sociales. Va de suyo que si un sujeto no es admitido nace el derecho a recibir su equivalente en dinero, y el destino de los títulos será el previsto en estos o el que en su defecto disponga la ley rectora de la sociedad⁶⁸.

Se puede evocar la misma objeción vista *supra*, y es la prohibición de gravar o condicionar la legítima, cuando es satisfecha con esos títulos. No es lo mismo exigir unas determinadas prestaciones al ya socio que ha tenido la oportunidad de deliberar, oponerse y votar, que hacerlo como condición ineludible para llegar a serlo. Si constituyen la única propiedad apta para el pago de la cuota reservada, cabría articular una solución frente al heredero reacio a aceptar esos compromisos, que es excluirlo tan pronto ingrese en la sociedad⁶⁹.

3. Cláusulas de consolidación

19. Con diversas estructuras, se trata en esencia del mismo resultado: cláusula inserta en el contrato de compra (de unos títulos en este caso) por varios compradores, en virtud de la cual se prevé que el último superviviente ha sido propietario de todo el bien desde el primer momento (tontina)⁷⁰; en el caso de la *joint tenancy with right of survivorship* -forma típica de adquisición de bienes por matrimonios, pero no sólo por matrimonios⁷¹- cada uno tiene una parte indivisa del bien durante la vida y un derecho sobre el conjunto en caso de supervivencia, de manera que en el momento de morir uno de los copropietarios se procede a un recálculo de lo que corresponde a cada uno⁷². Al final, la sociedad será unipersonal. A diferencia de la cláusula de rescate, no se va adquiriendo progresivamente la parte del premuerto, sino que se es propietario del conjunto desde el principio; debe diferenciarse igualmente de los contratos

⁶⁵ E. LUCCHINI GUASTALLA, “Gli strumenti di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione *si praemioriar* al patto di familia”, en VVAA, *Studi in onore di G. Cian*, Padua, 2010, p. 1478. En Bélgica se exige el consenso de una parte sustancial de los socios (art. 249 CS).

⁶⁶ Hay supuestos de filtro de origen legal que de nuevo subrayan la transcendencia de la partición: explotaciones agrarias (el sucesor debe ser agricultor) y sociedades que operan en sectores estratégicos (la condición de socio se hace a veces depender de la posesión de la nacionalidad propia).

⁶⁷ L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El protocolo familiar*, Madrid, 2008, p. 238.

⁶⁸ Por supuesto siempre cabe demandar a la sociedad (*supra*), por defectuosa aplicación de las normas o por el uso abusivo del poder de control.

Una alternativa sería repetir la partición, si la ley sucesoria lo permite. Es una solución antieconómica, desaconsejable (de nuevo, STS de 4 abril 2022).

⁶⁹ Otra lectura en L. M. VALLET MAS, “El empresario creador y el futuro de su empresa”, *AAMN*, 1980, p. 234.

⁷⁰ En la tontina no hay atribución gratuita, y por ello no hay que colacionar lo recibido.

Recuérdese que su objeto puede ser la entera propiedad (cláusula *Defrénois*) o sólo el usufructo (cláusula *Raucent*). De su utilización en los actos constitutivos de sociedades da cuenta M. COLAGERO, “«Tontine» e «achat tontinier». Ovvero di una interessante vicenda francese”, *Rivista di Diritto civile*, 2000, p. 748. Los requisitos de la cláusula tontina (unidad de título, de tiempo y de posesión) se han ido espiritualizando tanto que basta con la intención para que exista esta forma de propiedad.

La *company limited by guarantee* puede ser usada con idéntico fin, al ser un puro contrato. Se emparenta igualmente con las cláusulas de atribución conocidas en el Derecho holandés para esposos y parejas -que permiten pactar que un superviviente pueda reclamar la parte del difunto sin tener que pagar nada a cambio- y con el pacto de supervivencia del art. 231-15 CC de Cataluña, si bien aquí el valor del bien sirve para calcular la legítima.

⁷¹ Al no tratarse de una institución inherente a la institución matrimonial en estos países, no existen interferencias con la ley rectora de sus efectos económicos (entre otras cosas, porque no suelen existir éstos en los ordenamientos de los que hablo). Otra opinión, no obstante, en Corte Suprema sueca, sentencia de 22 octubre 1970, *JDI*, 1975, p. 596.

De todas formas, si se tratara de cónyuges -o asimilados- sometidos a un régimen económico comunitario tampoco estaríamos hablando de tema matrimonial sino contractual.

⁷² Como los títulos no entran en el caudal relicto, cualquier acto dispositivo (testamento en particular) sobre ellos debe ser tratado como hace nuestro art. 861 CC (legado de cosa ajena).

de compraventa de participaciones con previsión de una condición suspensiva de su eficacia (el fallecimiento del vendedor), que es cuando se recibe el precio, que se integra en el caudal sucesorio.

20. En principio, la prevalencia de la calificación contractual de estas fórmulas es generalizada⁷³, y, consecuentemente, es en el RRI y no en el RS donde debe buscarse el ordenamiento que establezca su régimen jurídico. Pero, como siempre, el diablo vive en los detalles. Ese “en principio” quiere decir que en los ordenamientos donde nace y se desarrolla esta forma de adquisición hay que prestar atención a circunstancias como la edad, salud o las respectivas aportaciones para realizar uno u otro encuadramiento⁷⁴; no hay motivos para no extender a la interpretación del art. 3.1.b RS los criterios allí cincelados, de manera que se afirmará que a veces esta forma de adquisición es un pacto sucesorio, no una cláusula estatutaria standard, y que por lo tanto el RS podría entrar en juego⁷⁵.

Si la calificación cae del otro lado y se acepta que se trata de un contrato (no donación) con pacto de consolidación, no existe medio para que una cuota reservada pueda ser pagada con cargo a tal adquisición. Tampoco el art. 23 RS lo exige. Simplemente es un negocio ajeno a la sucesión.

4. La valoración de las participaciones

21. A lo largo de las páginas anteriores he aludido al abono en metálico de las participaciones y acciones de los excluidos o inadmitidos a la sociedad. La normativa societaria consagra una regla de pago del valor razonable (su complemento es la normativa registral, claro)⁷⁶, mas en los estatutos se puede prever un criterio diferente (valor contable del último ejercicio, valor nominal; o, en otro orden de cosas, una corrección en razón al peso relativo de la participación o de eventuales derechos anexos al título)⁷⁷, previsión más que razonable que desempeña un rol económico tutelable, al facilitar la liquidación, permitir el mantenimiento y recuperación en su caso del control de la empresa, evitando un sacrificio desproporcionado⁷⁸. En atención a sus fines y función, este es un tema ajeno a la *lex successionis*: es un acto *inter vivos*, marcado por la reciprocidad de las eventuales ventajas, sometido a condiciones idóneas para la tutela de los socios, previo a la sucesión, que desplaza las reglas genéricas de la ley sucesoria (v. gr., art. 818 CC)⁷⁹. Se apuntan a este respecto dos temas bien distintos: a) dependiendo de las circunstancias, puede llegar a convertirse en una liberalidad en favor del resto de los asociados

⁷³ No obstante, en los sistemas continentales hay ejemplos de una calificación sucesoria: P. CZERMAK, “Die Joint Tenancy im Internationalen Privatrecht”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1988, pp. 58 ss.; E. CALÒ, “El proyecto de Reglamento...”, *op. cit.*, p. 6. En un caso que puede resultar ilustrativo, el OLG de Nuremberg en sentencia de 25 abril 2017, relativo a dos alemanes propietarios de un inmueble en Austria con previsión del derecho de acrecimiento del supérstite, el tribunal descarta la aplicabilidad del RS (15 W 318/17). Para los sistemas anglosajones, y con referencia a las posibles calificaciones alternativas (presunción de *resulting trust*, anticipo), J. TALPIS, “Succession Substitutes...”, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁴ Si los implicados en la venta no tienen opciones similares reales de adquirir el objeto del negocio (v. gr., uno de ellos tiene una enfermedad terminal, o hay una enorme desproporción entre las edades) o no han realizado aportaciones económicas similares, se tiende a descubrir una donación o un pacto sucesorio: E. FONGARO, “L’anticipation successorale...”, *op. cit.*, pp. 538-539; E. BENDELAC, *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé*, Bruselas, 2016, pp. 66-67.

⁷⁵ Tarea realmente ardua en defecto de prueba del Derecho extranjero, y desde luego imposible si se acude a la ley española ex art. 33 LCJI.

⁷⁶ Sin perjuicio de soluciones específicas. Por ejemplo, en Derecho belga los arts. 374 y 375 CS para las sociedades cooperativas establecen que el valor de las cuotas es determinado en función del balance del año en que ocurriera el fallecimiento.

⁷⁷ Una estipulación que prevea la conversión de la clase de acción (por ejemplo, a acciones sin voto a cambio de mayor dividendo) incide en la valoración, tiene relevancia en el cálculo de las cuotas, pero no es tema sucesorio.

⁷⁸ J. ALFARO, “Las cláusulas de liquidación del socio saliente: función, contenido y validez”, *AAMN*, tomo XXXVIII, pp. 364 ss. Los arts. 114.2.b y 175.2.b RRM implícitamente lo admiten. Entre nosotros, por ejemplo, resoluciones de la DGRN de 15 noviembre 2016 y de la DGSJFP de 28 agosto 2023.

⁷⁹ No se pierda de vista el ejemplo de las leyes de Austria y Alemania, donde para las sociedades personalistas se acepta la asignación de un valor menor al real o incluso cero, sin compensación a los legitimarios, mientras que en las limitadas se fija en estatutos un precio inferior al real: con detalle en M. SCHAUER, “Intergenerational transfer of wealth from a comparative perspective. Different solutions to a complex problema”, *Ricerche giuridiche*, 2013, p. 345.

(difícilmente será un contrato sucesorio del RS)⁸⁰, cuando no de fraude a los reservatarios. Si la cláusula es válida conforme al Derecho rector de la sociedad, no parece que sea atacable, de forma que una eventual lesión de las legítimas previstas por la ley sucesoria sólo puede encontrar respuesta en este mismo ordenamiento, corrigiendo las otras atribuciones; b) la regla general de valoración de activos sucesorios es estar al momento de la apertura de la sucesión, si bien la normativa sobre sociedades o los estatutos pueden prever otros criterios (*v. gr.*, art. 124 LSC)⁸¹; si la valoración se hace en el momento del pago (*lex societatis*), puede llegar a ser necesario anular o reducir una atribución, por inoficiosa (*lex sucessionis*)⁸².

Al final, la libertad negocial ejercida en vida tiene que pasar por el tamiz de la normativa sucesoria acomodando soluciones.

⁸⁰ P. H. STEINAUER, *Droit des successions*, Berna, 2015, pp. 189-190.

⁸¹ Muy interesante e inusual la regla del art. 244 de la Ley de Derecho civil gallego, al prever la actualización monetaria al momento del pago del valor de la legítima (norma tanto más necesaria cuanto ese momento puede ser muy lejano: art. 282).

⁸² Con ulteriores referencias a las posibles formas de realizar las atribuciones testamentarias, A. ROJO, “Transmisión *mortis causa*...”, *op. cit.*”, p. 23.

El impacto de la Ley de Inteligencia Artificial en la regulación europea sobre drones

The impact of the Artificial Intelligence Law on european drone regulation

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Visitante (Acreditada a Titular) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 22/07/2024 / Aceptado: 20.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8915

Resumen: La multitud de aplicaciones y usos de los drones en los últimos años es un reflejo de la importancia que tiene este sector en la economía de los distintos países y de Europa especialmente. Pues bien, combinando los drones y la Inteligencia Artificial se pueden realizar actividades de mayor complejidad y por tanto de mayor riesgo, entre las que se encuentran las operaciones autónomas, que van a permitir transportar tanto de paquetería como de personas (taxis aéreos). En primer lugar, se abordará la regulación europea específica en materia de drones, relacionada con la navegación aérea, que todavía no ha avanzado mucho en este sentido, y las modificaciones que sufrirá a raíz de la entrada en vigor de Ley de Inteligencia Artificial.

Para, a continuación, estudiar la incidencia que podría tener la Ley de Inteligencia Artificial sobre los drones, por si alguna parte de la normativa fuese de aplicación a los drones altamente automatizados o a los drones autónomos. Por anticipar algún aspecto relevante de la Ley de Inteligencia Artificial, es que todas las aeronaves no tripuladas son consideradas “sistemas de IA de alto riesgo” con independencia de su nivel de automatización, es decir, que no solo los drones altamente automatizados o los drones autónomos son incluidos dentro de los “sistemas de IA de alto riesgo”, sino todos los tipos de drones.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, IA, drones autónomos, aeronaves no tripuladas, aeronaves pilotadas por control remoto, RPAS, UAS, UAV, regulación, transporte aéreo, incidentes, accidentes, responsabilidad civil

Abstract: The multitude of applications and uses of drones in recent years is a reflection of the importance that this sector has in the economy of different countries and especially Europe. Well, by combining drones and Artificial Intelligence, more complex and therefore higher risk activities can be carried out, among which are autonomous operations, which will make it possible to transport both parcels and people (air taxis). Firstly, the specific European regulation on drones, related to aerial navigation, will be addressed, which has not yet made much progress in this regard, and the modifications it will undergo as a result of the entry into force of the Artificial Intelligence Law.

To then study the impact that the Artificial Intelligence Law could have on drones, in case any part of the regulations were applicable to highly automated drones or autonomous drones. To anticipate some relevant aspect of the Artificial Intelligence Law, it is that all unmanned aircraft are considered

*Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Generación de Conocimiento 2021. Modalidad: Investigación No Orientada Tipo B. PID2021-123070NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que lleva por título: Conducción autónoma y seguridad jurídica del transporte. IP: Eliseo Sierra Noguero.

“high-risk AI systems” regardless of their level of automation, that is, not only highly automated drones or autonomous drones are included within “high-risk AI systems”, but all types of drones

Keywords: Artificial Intelligence, AI, autonomous drones, unmanned aircrafts, remotely piloted aircrafts, RPAS, UAS, UAV, UA, regulation, air transport, civil aviation, incidents, accidents, civil liability.

Sumario: I. Introducción. II. Regulación específica en materia de drones. 1. Reglamento (UE) 2018/1139 sobre normas comunes en la aviación civil. A) Ámbito de aplicación: Comparativa con el Reglamento (UE) 216/2008. B) Ámbito de aplicación: comparativa con el Real Decreto 1036/2017. C) Normativa específica sobre drones: “Conformidad de las aeronaves no tripuladas”. 2. Reglamento Delegado (UE) 2019/945, sobre diseño, fabricación y comercialización de aeronaves no tripuladas. 3. Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, sobre las operaciones de vuelo de las aeronaves no tripuladas. A) Categorías. a) Categoría abierta. b) Categoría específica. c) Categoría certificada. B) Requisitos de los operadores de drones. C) Requisitos de los pilotos de drones. III. Normativa aplicable a los drones altamente automatizados o drones autónomos. 1. Niveles de automatización de los drones. 2. Incidencia de la Ley de Inteligencia Artificial (IA) en la regulación sobre drones. A) Modificación del Reglamento (UE) 2018/1139. B) Drones como sistemas de IA de alto riesgo. C) Responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA. D) Multas. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Se puede afirmar que los drones son una realidad en los cielos de algunas ciudades y países, si bien se pueden encontrar fuera del entorno europeo y en menos cantidad de las que podría haberse esperado, si se tiene en cuenta que empezaron a utilizarse en los años 90 básicamente para fines militares¹. De hecho, la palabra “dron” tiene su origen en la aviación militar, aunque también se utiliza en el ámbito civil².

La utilización de drones civiles ha crecido de forma exponencial, tanto en cantidad, tamaño y peso, como en la disparidad de usos, cuyo número sigue aumentando. Los drones son utilizados en áreas tan diversas como las siguientes: labores de precisión agrícola, control e inspección de infraestructuras (electricidad, oleoductos y gaseoductos, instalaciones industriales), control de los recursos naturales, compromiso con el medio ambiente, investigación atmosférica, información y medios de comunicación, fotos deportivas, filmación, investigación y protección de la fauna, catástrofes del relieve, seguridad civil (búsqueda y rescate, contaminación, actividades policiales, control de multitudes, etc.) y actividades de ocio³. El tamaño, la configuración y la complejidad de los drones es extremadamente variado, aspectos que van a depender de los diferentes tipos de operaciones que se pretendan realizar con ellos, así como de los usuarios. Lo cual quiere decir que los drones no están siendo diseñados y fabricados sólo por las compañías que habitualmente construyen grandes aeronaves civiles, como por ejemplo Airbus o Boeing, sino que otras empresas también están fabricando estos aparatos, que bien pueden ser pequeñas o medianas empresas, entre las que destacan las empresas chinas DJI (empresa tecnológica), AutoFlight o EHang o las empresas americanas como Joby Aviation⁴. Se puede afirmar que, en el sector de los dro-

¹ J. KLEINSCHMIDT, “Drones y el orden legal internacional”, *Colombia Internacional*, mayo-agosto 2015, pp. 23-26. Aunque en Japón, también se han venido utilizando los drones para fines agrícolas desde finales de los años 90 (“Unmanned Aerial Vehicles - The Economic Case for Drones”, editor MarketLine, a Progressive Digital Media business, London, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland, 6 de enero de 2014, p. 2).

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

³ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 8, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

⁴ Así a modo de ejemplo, en relación a los taxis aéreos: AutoFlight ha logrado el primer vuelo interurbano de taxi aéreo, conectando Shenzhen con Zhuhai en solo 20 minutos, y planea demostraciones en la Expo Mundial de Osaka 2025; EHang ha puesto a la venta su taxi aéreo EH216-S en Taobao por aproximadamente \$332,060 con la aprobación de la Autoridad Civil de Aviación China (CAAC); Joby Aviation promete transformar los cielos de Nueva York con su eVTOL (Electric

nes, como está sucediendo con la transformación digital en lo que concierne a la movilidad, las empresas europeas se están quedando por detrás de las empresas chinas y americanas, sobre todo por la regulación que es más restrictiva, pero también por la falta de financiación⁵.

Según un estudio realizado en el año 2015, sobre la previsión del mercado global de drones entre los años 2015 y 2020, que se centra en el mercado de drones de menos de 25 kg, se observa cómo los drones destinados al entretenimiento y a los medios de comunicación suponen una mayor cuota de mercado, con una tasa de crecimiento anual del 26% (1,3 billones de dólares)⁶. En segundo lugar, en dicho estudio se encontrarían los drones destinados al control e inspección en general (infraestructuras, etc...), seguidos en tercer lugar, de los drones que realizan labores de precisión agrícola.

En este estudio, el mercado de drones se ha dividido en ocho categorías: seguridad civil, tareas de precisión agrícola, entretenimiento y medios de comunicación, paquetería, control e inspección, topografía y cartografía, ocio y educación. Del cual se puede deducir que los drones destinados a actividades de ocio (hobby, “do-it-yourself”) también ocupan una importante cuota de mercado, situándose en el cuarto lugar. Esto se debe a que los aficionados de la aviación han hecho volar modelos reducidos de aviones teledirigidos, desde hace décadas. Pero, desde el año 2000, la utilización de drones, y en concreto, los de reducido tamaño, han experimentado un rápido crecimiento, los cuales han sido diseñados tanto para fines recreativos como de ocio, volviéndose en consecuencia cada vez más populares⁷.

Por otro lado, en relación al peso de los drones, en un cuestionario que realizó la Agencia Europea de Seguridad Aérea o EASA (*European Aviation Safety Agency*) a los operadores de drones, se puso de manifiesto que, dentro del segmento de los drones de menos de 25 kg, más del 90% tienen un peso entre 0 y 4 kg⁸. De los cuatro tipos de drones objeto del cuestionario, con alas giratorias, con alas fijas, híbridos y nanos-drones, se esperaba que hubiese una demanda mayor de unidades de los drones de alas giratorias; en segundo lugar, de aquellos drones que tienen alas fijas; y, en tercer lugar, de los conocidos como nanos-drones⁹. Estos últimos son del tamaño de la palma de la mano, con un peso de menos de

Vertical Take-Off and Landing), habiendo completado un vuelo desde Manhattan hasta el aeropuerto John F. Kennedy en solo siete minutos. Por otro lado, DJI es líder en ventas de drones y tecnología, pues tiene una cuota de mercado del 76% a nivel global. Disponible en línea en https://www.linkedin.com/posts/alejandroadiaz_eh216-evtol-innovaciaejn-ugcPost-7189187890382327811-Md7v/?utm_source=share&utm_medium=member_desktop (consultado el 1 de mayo del 2024).

⁵ Así lo pone de manifiesto la Comisión, al señalar el camino a seguir en la década digital, haciendo referencia a la década del 2020 al 2030, donde afirma que se debe prestar especial atención a la innovación disruptiva y de vanguardia. De forma que, aunque Europa ya está creando tantas empresas emergentes como Estados Unidos, necesita crear condiciones más favorables y un mercado único verdaderamente funcional para su ampliación y crecimiento rápido. En este sentido, Europa ya cuenta con diversas herramientas, pero la brecha de inversión para financiar el crecimiento de las empresas emergentes entre Estados Unidos y Europa, e incluso entre la Unión Europea y China sigue siendo considerable. *Vid. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions '2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade'*, COM (2021) 118 final, 9 marzo 2021, pp. 9-10, disponible en línea en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:12e835e2-81af-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF (consultado el 30 de abril de 2024).

⁶ *Vid. Graph 1 - Global UAS market size, by application, 2015-2020 (in USD million)*. Source: market research report “UAV Drones Market by Type (Fixed wing, Rotary Blade, Nano, Hybrid), Application (Law Enforcement, Precision Agriculture, Media and Entertainment, Retail) & Geography (Americas, Europe, APAC, Row) – Analysis & Forecast to 2020” MarketsandMarkets, 2015 (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*)” (NPA 2017-05 (B)), p. 8, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)).

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

⁸ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), pp. 9-10, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

⁹ *Vid. Table 2 - Global UAS market size, by type, 2014-2020 (units)*. Source: market research report “UAV Drones Market by Type (Fixed wing, Rotary Blade, Nano, Hybrid), Application (Law Enforcement, Precision Agriculture, Media and Entertainment, Retail) & Geography (Americas, Europe, APAC, Row) – Analysis & Forecast to 2020” MarketsandMarkets, 2015 (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*)” (NPA 2017-05 (B)), p. 10, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)).

30 g., pero que tienen más capacidades que muchos drones que son más grandes: utilizan sistemas de navegación avanzados, tecnologías de auto-pilotaje, enlaces de datos digitales, así como multi-sensores de carga explosiva¹⁰. El radio de acción de los nanos-drones es de 1,5 km y vuelan fácilmente cuando el viento es fuerte. Los desarrollos actuales y futuros permitirán drones más pequeños incluso, con más capacidades y con mayor autonomía. Pero, desde luego, donde se ha producido un incremento desproporcionado de ventas es en los drones de alas giratorias o rotatorias y es donde la empresa china DJI cubre gran parte de la demanda.

2. En el lado opuesto, en relación con los sectores de actividad que está pendiente de explosionar, la ICAO (*International Civil Aircraft Organization*) prevé que el mercado mundial del transporte y de la logística, apoyado por sistemas de aeronaves no tripuladas crezca de 11.000 millones de dólares estadounidenses en 2022 hasta 29.000 millones en 2027¹¹. Se pronostica también que el número de drones producidos crecerá de 2 millones de unidades en 2021 hasta 6,5 millones en 2030¹².

Los drones utilizados en el ámbito profesional ofrecen importantes beneficios para los diferentes usos civiles, cuyo valor añadido se incrementa con la distancia entre el aparato y el piloto que lo controla (vuelos fuera del alcance visual)¹³. Entre estos usos, muy diversos y con potencial para un desarrollo mayor del actual en los próximos años se encuentran las inspecciones de seguridad y el control de infraestructuras (vías ferroviarias, presas y centrales eléctricas), la evaluación de catástrofes naturales, las labores agrícolas de precisión (agricultura sostenible) y la producción mediática, la termografía aérea o incluso la entrega de paquetes en zonas aisladas¹⁴.

En relación con estos usos profesionales de los drones, se debe señalar la importancia de una de las tecnologías disruptivas y transversales, la Inteligencia Artificial. El crecimiento de la capacidad de computación está agilizando la aplicación de las técnicas de Inteligencia Artificial, procesando e interpretando grandes volúmenes de información y extrayendo conclusiones y datos de gran relevancia en un menor tiempo. El concepto de Inteligencia Artificial es muy amplio, como se puede comprobar en el recién aprobado Reglamento, sin embargo, las técnicas de *Machine Learning*, pero más concretamente la disciplina de *Deep Learning* son las que están teniendo una mayor aplicación de momento¹⁵. Existen

¹⁰ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*” (NPA 2017-05 (B)), p. 9, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)

¹¹ En castellano es conocida como OACI, Organización de Aviación Civil Internacional, pero se utilizarán las siglas en inglés, ICAO, para que haya uniformidad en el presente trabajo, pues todas las siglas que se mencionan se refieren a los términos en inglés, no en castellano. Este organismo fue creado en el Convenio de Chicago, el 7 de diciembre de 1944, con el objetivo de regular la aviación civil internacional, y por eso, a este Convenio también se le conoce como Convenio de la OACI. El principio fundamental de dicho Convenio es el reconocimiento de que todo Estado tiene soberanía exclusiva en el espacio aéreo sobre su territorio, de manera que ningún servicio aéreo internacional no programado, puede operar sobre o dentro de un territorio de un Estado contratante sin su consentimiento previo. Actualmente, los Estados contratantes son 193, entre los que está España, los países de la Unión Europea y los Estados del continente americano, como Canadá y Estados Unidos. Aunque las funciones de la ICAO son muchas, entre sus objetivos fundamentales está mejorar la seguridad a nivel mundial, fomentar el desarrollo de un sistema de aviación civil económicamente viable y reducir los perjuicios medioambientales de las actividades de aviación.

¹² ICAO, *Informe anual de 2021*, “Cuestiones emergentes y transversales de la aviación – Uso creciente de sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS)”, disponible en línea en https://www.icao.int/annual-report-2021/Pages/emerging-and-cross-cutting-aviation-issues-increased-use-of-unmanned-aircraft-systems-uas_es.aspx (consultado el 1 de mayo de 2024).

¹³ Si bien los vuelos BVLOS (*Beyond Visual Line of Sight*) están generando más problemas de los que inicialmente parecía, pues todavía se están estudiando formas de controlar el vuelo del dron, de manera, que de momento la regulación europea no lo permite, pues se trataría del segundo escenario para la categoría específica de los drones que todavía no se ha aprobado.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

¹⁵ *Vid.* La recién aprobada Ley de Inteligencia Artificial, que es un Reglamento y que se empezará a aplicar dos años después de su entrada en vigor, es decir, en el 2026 (Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), disponible en línea en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf (consultado el 24 de abril de 2024). En adelante, se utilizará como fuente la “*EU Artificial Inte-*

varias arquitecturas de *Deep Learning* basadas en redes neuronales capaces de realizar la detección de objetos, junto con su clasificación y categorización, lo cual las hace idóneas para analizar imágenes capturadas por drones y obtener información de relevancia.

Para una comprensión rápida de dichos conceptos, la Inteligencia Artificial (IA) se define como una máquina que es capaz de imitar el razonamiento humano. En esta misma línea, la Ley de Inteligencia Artificial define un sistema de IA como: “*un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales*”¹⁶. Dentro de la IA, se encontrarían los conceptos de *Machine Learning* (ML) y *Deep Learning* (DL). Por *Machine Learning* (ML) se entiende como un subconjunto de Inteligencia Artificial (IA) donde las personas “entrenan” a las máquinas para reconocer patrones basados en datos y hacer sus predicciones. Mientras que por *Deep Learning* se hace referencia a un subconjunto de *Machine Learning* (ML) en el que la máquina es capaz de razonar y sacar sus propias conclusiones, aprendiendo por sí misma¹⁷.

En definitiva, combinando la Inteligencia Artificial y los drones podremos conseguir aplicaciones de mayor complejidad. Cuando se utilizan los drones para la recopilación de datos o las inspecciones, estos datos son incorporados en cadenas de valor dentro de sectores como la agricultura, la construcción, la seguridad, etc., donde pueden ser procesados y analizados para propósitos específicos. En este sentido, el punto clave es el dron como instrumento de recopilación de datos en una cadena de valor más larga que incluye otras aplicaciones tecnológicas, para hacer el mejor uso posible de los datos recopilados¹⁸. Pero para seleccionar e integrar estas tecnologías habrá que tener en cuenta el tipo de escenario y la aplicación para la que va a ser utilizado el dron¹⁹.

3. Según un estudio de mercado de la empresa *Teal Group Corporation* realizado en 2024, el mercado de drones destinado a usos civiles promete ser uno de los más dinámicos del sector aeronáutico, pasando de 7.200 millones de dólares (valor del vehículo aéreo) en 2022 a cerca del triple, 19.800 millones de dólares en 2031. Durante los próximos 10 años, el mercado llegará a los 139 mil millones de dólares. Sin embargo, se pronostica una expansión máxima para la mayoría de los sectores alrededor del año 2029, a medida que las empresas comprendan los requisitos de los drones, la tecnología madure y la regulación se estabilice. Así que muchos tipos pasarán a un ciclo de reemplazo a partir de entonces. La excepción es Estados Unidos, donde los cambios regulatorios que se esperan hacia el final del período impulsarán una mayor demanda, especialmente de sistemas más grandes, en varios sectores²⁰. Si bien, no se puede estar de acuerdo con esta última afirmación, pues sobre todo en China y en menor medida en Europa, los cambios regulatorios también propiciarán que los drones más grandes, como los destinados a la movilidad aérea urbana, sean demandados.

lligence Act”, puesto que, aunque el contenido fundamental es el mismo, se han introducido pequeños cambios hasta su texto definitivo que será aprobado previsiblemente a finales de mayo de 2024. *Vid. EU Artificial Intelligence Act*, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁶ Art. 3.(1) Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/3/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁷ R. ALONSO, “IA, Machine Learning y Deep Learning, ¿cuál es la diferencia?”, *Hardzone*, disponible en línea en <https://hardzone.es/tutoriales/rendimiento/diferencias-ia-deep-machine-learning/> (consultado el 10 de mayo de 2024).

¹⁸ *Commission Staff Working Document: EU Drone Sector state of play. Accompanying the document “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘A Drone Strategy 2.0 for a Smart and Sustainable Unmanned Aircraft Eco-System in Europe’”*, COM (2022) 652 final, 29 noviembre 2022, p. 19, disponible en línea en https://transport.ec.europa.eu/document/download/a37d608a-a433-4714-8d23-1fe28ea892b3_en?filename=SWD_2022_366_drone_strategy_2.0.pdf (consultado el 30 de abril de 2024).

¹⁹ E. PÉREZ GARCÍA, “Inteligencia Artificial y Drones: Nuevas soluciones de seguridad”, *Securitecnia*, noviembre 2019, p. 34.

²⁰ *Research & Markets*, “2022/2023 World Civil Unmanned Aerial Systems Market Profile & Forecast”, disponible en línea en <https://www.researchandmarkets.com/reports/5685194/20222023-world-civil-unmanned-aerial-systems> (consultado el 1 de mayo de 2024).

En esta misma línea, ya en el año 2020, la Comisión Europea consideró que el desarrollo de servicios de drones apoyados por una industria competitiva podría ser la base de la doble transición de Europa hacia una economía verde y digital, favorecer la recuperación posterior a la COVID-19, así como colaborar en la futura resiliencia de la economía de la Unión Europea. En este sentido, desde los desplazamientos de personas diariamente y la entrega de mercancías hasta el desarrollo de un amplio espectro de nuevas aplicaciones y servicios, los drones podrían facilitar la vida económica y social, así como convertirse en un motor de una mayor digitalización de la economía europea.

Por todo ello, en la Estrategia de Movilidad Sostenible e Inteligente del 2020, la Comisión anunció su intención de adoptar una “Estrategia de drones 2.0 para un ecosistema de aeronaves no tripuladas inteligentes y sostenibles en Europa” en el año 2022, con el fin de aprovechar todo el potencial que ofrecen los drones para contribuir a que el mercado único funcione correctamente²¹. Es más, las aplicaciones de los drones pueden contribuir en gran medida a la transformación digital de muchas empresas, así como a cumplir los objetivos de la Estrategia Digital de Europa²².

El objetivo de la “Estrategia de drones 2.0” es mejorar la competitividad del ecosistema europeo de drones, por lo que las acciones establecidas en la Comunicación deben garantizar operaciones con drones seguras, inteligentes, resilientes, inclusivas y limpias en la Unión Europea²³. El alcance de esta estrategia va más allá del *Urban Air Mobility* (Movilidad Aérea Urbana), concepto que se ha venido mencionando en el contexto de las nuevas iniciativas de movilidad urbanas. Si bien la EASA, en línea con un enfoque centrado en la regulación de las operaciones, ha desarrollado la noción de *Innovative Aerial Services* (Servicios Aéreos Innovadores), IAS. Estos se corresponden con el conjunto de operaciones y/o servicios que benefician a los ciudadanos y al mercado de la aviación y que son posibles gracias a las nuevas tecnologías relacionadas con el transporte aéreo: las operaciones y/o los servicios incluyen tanto el transporte de pasajeros y/o carga como las operaciones aéreas (por ejemplo, vigilancia, inspecciones, cartografía, redes de telecomunicaciones, etc.)²⁴. Por lo que las IAS comprenderían tanto las operaciones aéreas ya mencionadas, como todo un nuevo mercado denominado *Innovative Air Mobility* (Movilidad Aérea Innovadora), IAM, que a su vez incluye *Urban Air Mobility* (Movilidad Aérea Urbana), *Regional Air Mobility* (Movilidad Aérea Regional) e *International Air Mobility* (Movilidad Aérea Internacional)²⁵. Esto implicaría que no solo las aeronaves tripuladas, sino las no tripuladas, es

²¹ Este documento de trabajo acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre “Un Estrategia de drones 2.0 para un ecosistema de aeronaves no tripuladas inteligentes y sostenibles en Europa”, que establece las acciones necesarias para garantizar el despliegue de un ecosistema de drones en la Unión Europea, de manera que apoye los objetivos del Pacto Verde Europeo, de la transformación digital de la Economía Europea y de la Estrategia de Movilidad Sostenible e Inteligente. *Vid. Commission Staff Working Document: EU Drone Sector state of play. Accompanying the document “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘A Drone Strategy 2.0 for a Smart and Sustainable Unmanned Aircraft Eco-System in Europe’”*, COM (2022) 652 final, 29 noviembre 2022, p. 3, disponible en línea en https://transport.ec.europa.eu/document/download/a37d608a-a433-4714-8d23-1fe28ea892b3_en?filename=SWD_2022_366_drone_strategy_2.0.pdf (consultado el 30 de abril de 2024).

²² *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions ‘2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade’*, COM (2021) 118 final, 9 marzo 2021, disponible en línea en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:12e835e2-81af-11eb-9ac9-01aa75e-d71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF (consultado el 30 de abril de 2024).

²³ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘A Drone Strategy 2.0 for a Smart and Sustainable Unmanned Aircraft Eco-System in Europe’*, COM (2022) 652 final, 29 noviembre 2022, pp. 1-25, disponible en línea en https://transport.ec.europa.eu/system/files/2022-11/COM_2022_652_drone_strategy_2.0.pdf (consultado el 30 de abril de 2024).

²⁴ Una investigación muestra que tan pronto como la demanda de drones para entrega de mercancías aumente, el número de “nidos” de drones económicamente viables en la Unión Europea podría ser sustancialmente mayor que en Estados Unidos, debido al patrón de uso del suelo de las ciudades de la Unión Europea, lo que representaría un potencial mercado interesante. *Vid. Commission Staff Working Document: EU Drone Sector state of play. Accompanying the document “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘A Drone Strategy 2.0 for a Smart and Sustainable Unmanned Aircraft Eco-System in Europe’”*, COM (2022) 652 final, 29 noviembre 2022, p. 22, disponible en línea en https://transport.ec.europa.eu/document/download/a37d608a-a433-4714-8d23-1fe28ea892b3_en?filename=SWD_2022_366_drone_strategy_2.0.pdf (consultado el 30 de abril de 2024).

²⁵ El concepto de IAM pretende incluir operaciones con nuevos diseños de aeronaves, que no entran dentro de ninguna de las categorías conocidas, pero que tienen capacidades de despegue y aterrizaje vertical (*Vertical Take-Off and Landing-VTOL*), características de propulsión específicas (distribuidas), que pueden operar en configuración no tripulada, etc...; y que están

decir, los drones podrían entrar en un espacio aéreo diferente del Estado en el que el dron o el operador del dron estén matriculados.

4. Este incremento del número de drones está generando en la actualidad problemas reales y cada vez mayores, puesto que tanto la regulación europea como las nacionales, limitan la altura del vuelo de los drones a los 150 m (500 pies), éstos invaden el espacio aéreo no controlado²⁶. A pesar de que las aeronaves comerciales operan en espacio aéreo controlado, en el espacio aéreo no controlado tiene lugar el despegue y aterrizaje de los mismos, así como el aterrizaje de helicópteros en la azotea de hospitales y edificios, lo cual puede provocar colisiones de los drones con cualquier aparato de la aviación en general²⁷. Hasta la implantación completa del conocido como *U-Space* no será posible que la aviación tripulada y no tripulada operen compartiendo el mismo espacio aéreo, ya sea controlado o no controlado²⁸. Se han contemplado 4 niveles del *U-Space*, y en el nivel último, el 4 se ofrecerían servicios completos de *U-Space*, es decir, niveles muy altos de automatización, conectividad y digitalización tanto para el dron como para el sistema *U-Space*²⁹. Si bien no se espera llegar a este nivel 4 del *U-Space* hasta después del 2035³⁰.

Mientras se implementa de manera completa el *U-Space*, los incidentes con drones pueden poner en peligro a las aeronaves y a sus ocupantes. En línea con lo anteriormente señalado, la mayoría de los sucesos se han notificado durante la aproximación/aterrizaje y el despegue/ascenso, que son las fases más críticas de un vuelo³¹. Pero además de estos riesgos físicos, los drones también pueden causar daños económicos y operativos. Las perturbaciones más graves relacionadas con drones han tendido lugar en el aeropuerto de Gatwick (Londres) entre el 19 y el 21 de diciembre de 2018. Tras los informes de avistamientos de drones, se cerró la pista del aeropuerto, lo que provocó la cancelación de aproximadamente 1.000 vuelos afectando a 140.000 pasajeros. Se estima que este incidente le costó a la industria hasta

concebidos para ofrecer una nueva movilidad aérea de personas y de carga, en particular en zonas (urbanas) congestionadas, basándose en una infraestructura aérea y terrestre integrada. Por lo tanto, IAM describe una amplia gama de tipos de aeronaves, tanto tripuladas, como no tripuladas, cuyos diseños incorporan las innovaciones en curso, especialmente en las áreas de híbridos y electrificación de los sistemas de propulsión, almacenamiento de energía, materiales ligeros, digitalización y automatización. Estas innovaciones han hecho posible una variedad de diseños novedosos que abarcan multirrotor, ala basculante, rotor basculante y ala motorizada, ofreciendo la posibilidad de despegue y aterrizaje corto (*Short Take-Off and Landing-STOL*), así como de despegue y aterrizaje vertical (*Vertical Take-Off and Landing-VTOL*). Vid. *Commission Staff Working Document: EU Drone Sector state of play. Accompanying the document "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'A Drone Strategy 2.0 for a Smart and Sustainable Unmanned Aircraft Eco-System in Europe'"*, COM (2022) 652 final, 29 noviembre 2022, pp. 5-6, disponible en línea en https://transport.ec.europa.eu/document/download/a37d608a-a433-4714-8d23-1fe28ea892b3_en?file-name=SWD_2022_366_drone_strategy_2.0.pdf (consultado el 30 de abril de 2024).

²⁶ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*" (NPA 2017-05 (B)), pp. 40-41, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

²⁷ *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*" (NPA 2017-05 (B)), p. 40, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

²⁸ El *U-Space* se ha desarrollado, dada su complejidad, a través de 4 reglamentos, pero que no son objeto de estudio en el presente trabajo.

²⁹ Para ver en detalle cuáles serían aproximadamente los requisitos que se tendrían que cumplir en las distintos niveles del *U-Space*, esto es en el U1, U2, U3 y U4, Vid. *Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*" (NPA 2017-05 (B)), p. 42, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018).

³⁰ No obstante, existen autores que consideran que se podría llegar al nivel completo de integración de la aviación en el espacio aéreo, es decir, al nivel 4 del *U-Space* para el año 2030 (M. LAMON, "Remotely Piloted Aircraft Systems: The future of aviation", *Revista de Derecho del Transporte*, n° 29, 2022, p. 165). Si bien esta fecha no parece realista, dado que si, tenemos en cuenta que cada país europeo puede estar en un nivel diferente del *U-Space*, nos encontraríamos entre el nivel 2 y 3. Existen multitud de proyectos para contribuir al desarrollo completo del *U-Space*, como DIODE (*D-Flight Internet of Drones Environment*) o SAFEDRONE, entre otros muchos proyectos ya finalizados, disponibles en línea en <https://www.sesarju.eu/U-space> (consultado el 30 de mayo de 2023).

³¹ Para comprender mejor la vulnerabilidad de los aviones tripulados a los ataques con drones, la EASA gestiona un proyecto apoyado por Horizonte 2020.

64 millones de euros. Un estudio de 2020 sugiere que, si el aeropuerto de Frankfurt tuviera que cerrarse durante un período continuo de 48 horas debido a avistamientos de drones, le costaría 3 millones de euros al aeropuerto y otros 34 millones de euros a las aerolíneas. Los incidentes de menor escala también pueden causar elevados costes, particularmente si provocan el cierre de la pista de aterrizaje. Se estima que para los diez aeropuertos europeos más grandes, el coste del cierre de una pista de 30 minutos estaría entre 325.000 y 514.000 euros³².

Los incidentes con drones de aficionados se han venido produciendo porque quienes los operan no conocen la regulación existente, que prohíbe el vuelo de los mismos en zonas próximas a aeropuertos o aeródromos, como es el caso de la legislación española, por ejemplo, que establece que la distancia a la que pueden volar con respecto a un aeropuerto debe ser de al menos de 8 km. No obstante, como actualmente existe un mayor conocimiento de los aficionados sobre cómo pueden operar sus drones, se ha ido reduciendo el uso de los mismos al menos cerca de aeropuertos o aeródromos. Pero, además, las autoridades públicas de los distintos Estados intervienen detectando e inhibiendo drones cerca de aeropuertos o de infraestructuras críticas, con el objeto de garantizar la seguridad del tráfico aéreo.

Por lo que respecta a los profesionales, estos suelen conocer muy bien la normativa específica de uso de drones, pero desconocen el uso de drones en situaciones de emergencia, como es el caso de los incendios, o la normativa existente en materia de medio ambiente, pudiendo provocar incidentes o accidentes por un mal uso de los drones. También, se plantean problemas con las grandes concentraciones humanas, como las que se producen por la gente para ver la Vuelta Ciclista a España, en cuyo caso las autoridades españolas publican áreas restrictivas temporales para evitar que la gente opere con los drones en determinados días a unas horas concretas.

Con el objetivo de delimitar las responsabilidades en caso de incidente o accidente con los drones, una de las propuestas es la del registro o matriculación de los mismos. Las distintas legislaciones nacionales europeas ya obligan a la inscripción de los drones, pero únicamente de aquellos que superen los 25 kg, cuando son las aeronaves inferiores a estos pesos las que suelen autorizarse a operar de noche o sobre aglomeraciones de personas³³. Sin embargo, existen especialistas en la materia que se inclinaban por copiar la regulación estadounidense, pues la FAA (*Federal Aviation Administration*) ha introducido la obligatoriedad de la inscripción de los drones cuyo peso esté entre los 250 g y los 25 kg³⁴. Aunque la FAA afirma que esta es sólo una herramienta más entre otras muchas para lograr la integración de los drones con el resto del tráfico aéreo en condiciones de seguridad. No obstante, la regulación europea, como se podrá comprobar, ha optado finalmente por la obligatoriedad del registro del operador del dron cuando éste supere los 250 g. de peso.

5. Se abordará la regulación europea específica en materia de drones, relacionada con la navegación aérea, y las modificaciones que sufrirá a raíz de la entrada en vigor de Ley de Inteligencia Artificial. El incumplimiento de dicha normativa sobre drones, que básicamente es de carácter administrativo, deriva en una serie de sanciones que establece cada Estado y en el caso de España están recogidas en la Ley de Seguridad Aérea³⁵.

En cualquier caso, se estudiará la incidencia que podría tener la Ley de Inteligencia Artificial sobre los drones, por si alguna parte de la normativa fuese de aplicación a los drones altamente automatizados o a los drones autónomos. Por adelantar algún aspecto relevante de la Ley de Inteligencia Artificial, es que todas las aeronaves no tripuladas son consideradas “sistemas de IA de alto riesgo” con independen-

³² European Union Aviation Safety Agency (EASA), *Drone Incident Management at Aerodromes*, 8 March 2021.

³³ *Id.* Appendix V- “Overview of EASA Mss UAS regulatory framework” (*Notice of Proposed Amendment 2017-05 (B): Introduction of a regulatory framework for the operation of drones; Unmanned aircraft system operations in the open and specific category*) (NPA 2017-05 (B)), pp. 126-127, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de abril de 2018)). En este apéndice se recoge un cuadro que destaca los aspectos más importantes de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de drones.

³⁴ B. STEVENSON, “A320 Collision heightens UAV safety concerns”, *FlightGlobal*, 21 abril 2016, disponible en línea en <https://www.flightglobal.com/news/articles/a320-collision-heightens-uav-safety-concerns-424419/> (consultado el 18 de abril de 2018).

³⁵ Art. 55 Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 162, 8 julio 2003.

cia de su nivel de automatización, es decir, que no solo los drones altamente automatizados o los drones autónomos son incluidos dentro de los “sistemas de IA de alto riesgo”, sino todos los tipos de drones³⁶.

II. Regulación específica en materia de drones

6. Hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento (UE) 2018/1139, la regulación existente en materia de drones se limitaba a ciertos tipos de drones, en concreto se centraba en las aeronaves que eran controladas por pilotos remotos. Bajo el concepto genérico de drones se incluyen las aeronaves pilotadas por controles remotos o RPAS (*Remotely Piloted Aircraft System*), los sistemas de aviones no tripulados o UAS (*Unmanned Aircraft System*), los vehículos aéreos no tripulados o UAV (*Unmanned Aerial Vehicle*) o las aeronaves no tripuladas o UA (*Unmanned Aircraft*). Por lo tanto, con el término dron se hace referencia a todo tipo de avión no tripulado³⁷.

No obstante, la normativa europea ha acogido la acepción de UA (*Unmanned Aircraft*), que incluye a cualquier aeronave que opere o esté diseñada para operar de forma autónoma o para ser pilotada a distancia sin un piloto a bordo³⁸; mientras que utiliza el término UAS (*Unmanned Aircraft System*), para hacer referencia a la aeronave más el sistema que hace posible el control por parte del piloto remoto³⁹.

7. En este sentido, las regulaciones existentes de ámbito nacional, como la española, permiten los usos civiles de los drones bajo ciertos límites, entre los que merece la pena destacar: tienen que ser de pequeño tamaño, menos de 150 kg; que vuelen por debajo de los 500 pies, es decir 150 m; dentro del alcance visual del piloto; que vuelen de día; que operen dentro de determinadas zonas geográficas alejadas de grupos de población o de zonas de exclusión aérea como son los aeropuertos, las centrales eléctricas, las centrales nucleares, las plantas químicas y otras infraestructuras críticas⁴⁰. Aunque las regulaciones nacionales también ofrecen la posibilidad de realizar sobrevuelos fuera del alcance visual del piloto, de noche o sobre grupos de población, cuando se trate de aeronaves más pequeñas y/o bajo determinados escenarios.

El Reglamento (UE) 2018/1139 viene a modificar la regulación de drones que, a diferencia de la normativa europea que existía hasta su entrada en vigor, el Reglamento (CE) 216/2008, se solapaba con las regulaciones nacionales. Efectivamente, el 22 de agosto de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea⁴¹. Mediante el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139 se derogó entre otras normas, el Reglamento (CE) 216/2008, teniendo efectos esta nueva normativa desde el 11 de septiembre de 2018, aunque una compleja disposición transitoria recogida en el art. 140 ha implicado una eficacia escalonada, en distintas fechas.

Efectivamente, el ámbito de aplicación material del Reglamento anterior, el Reglamento (CE) 216/2008, eran los drones cuya masa máxima en el despegue sea superior a los 150 kg. Por esta razón, en

³⁶ Art. 6.1 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/6/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

³⁷ M. FINGER/ N. BERT/ D. KUPFER (editores), “Regulating Drones –Creating European Regulation that is smart and proportionate”, *Florence School of Regulation – Transport (European University Institute)*, nº 3, 2015, p. 5.

³⁸ Art. 3, apartado 30 Reglamento (UE) 2018/1139; art. 3, apartado 1 Reglamento Delegado (UE) 2019/945.

³⁹ Art. 3, apartado 3 Reglamento Delegado (UE) 2019/945; art. 2, apartado 1 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁴⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

⁴¹ Reglamento (UE) núm. 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, DO núm. L 212, 22 agosto 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2111/2005, (CE) núm. 1008/2008, (UE) núm. 996/2010, (CE) núm. 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) núm. 552/2004 y (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo.

la Comunicación de la Comisión del 2014, Europa ya manifestó su interés por las aplicaciones comerciales de los drones de menos de 150 kg de peso⁴². En la misma se señalaba que la disponibilidad de drones menos costosos, más flexibles y menos invasivos, estaba siendo asumida sólo parcialmente por el papel de las aeronaves tripuladas, y más concretamente de los helicópteros. Pero la mayor utilidad de los drones venía dada por los nuevos usos que podían proporcionar los aparatos de pequeño tamaño, que no eran objeto en ese momento de la regulación europea. Lo cual generaría nuevas aplicaciones, que incidirían en el empleo directo e indirecto, lo cual repercutiría en la economía general, por ejemplo, aumentando la productividad⁴³. De ahí, la necesidad de desarrollar una nueva normativa europea como el Reglamento (UE) 2018/1139, que a diferencia de su antecesor es de aplicación a los drones de todos los tamaños y pesos.

En dicha Comunicación de la Comisión del 2014, se establecía que la evolución e integración de los drones civiles en el espacio aéreo común debería realizarse en un plazo de quince años, es decir para el 2028, si se tiene en cuenta que la hoja de ruta europea se realizó en el año 2013⁴⁴. En dicha hoja de ruta, se señalaban tres pilares específicos: (1) Investigación y desarrollo; (2) Normativa en materia de seguridad operacional, armonización de las normas técnicas y medidas adicionales, tales como la privacidad y la protección de datos; (3) seguros y responsabilidad⁴⁵. En ese momento, el Parlamento Europeo también daba recomendaciones a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, donde ya se hacía referencia a la inteligencia artificial en relación con los drones⁴⁶.

En este sentido, la seguridad operacional era una prioridad de la política europea de aviación, de manera que la normativa existente hasta el momento obstaculizaba el mercado europeo, ya que las autorizaciones nacionales no gozaban de reconocimiento mutuo por parte de los Estados miembros y, por consiguiente, de toda Europa. El objetivo era que el nuevo marco reglamentario tuviera en cuenta la amplia variedad de aeronaves y se centrara en las tecnologías maduras, para después ir introduciendo normas más detalladas, lo que permitiera en un futuro llevar a cabo operaciones con drones más complejas⁴⁷. Efectivamente la nueva normativa europea, el Reglamento (UE) 2018/1139, es de aplicación a una gran variedad de aeronaves, pero es una regulación muy básica que ha sido desarrollada reglamentariamente con posterioridad⁴⁸.

Por lo tanto, las futuras normas europeas y mundiales en materia de drones tenían que abarcar cuestiones relacionadas con: la aeronavegabilidad, las especificaciones de certificación, el uso recreativo y comercial, la identificación del dron, del propietario o del operador, la aprobación de las organizaciones

⁴² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

⁴³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

⁴⁴ La previsión de la Comisión no parecía que fuera a cumplirse en los próximos 11 años, dado que ni la tecnología, ni el espacio aéreo están preparados para la integración de los drones en el espacio aéreo con el resto de usuarios. Sin embargo, con la entrada en vigor el 11 de septiembre de 2018, del Reglamento 2018/1139, la posibilidad de que los drones compartan el espacio aéreo con el resto de aeronaves, parece algo más próxima. Aunque este Reglamento señala que las disposiciones pertinentes del Reglamento 216/2008 seguirán siendo de aplicación hasta que entren en vigor los actos delegados a que se refiere el artículo 58 y los actos de ejecución a que se refiere el artículo 57 del Reglamento 2018/1139, según la disposición transitoria del art. 140.2 de dicho Reglamento.

⁴⁵ “Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System”, *Informe final del Grupo Director del RPAS europeo*, junio 2013 (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92).

⁴⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), DO núm. C 252, 18 julio 2018, pp. 239-257.

⁴⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

⁴⁸ El sector aeronáutico en sí mismo – y por tanto su regulación- ya era complejo cuando únicamente navegaban por el espacio aéreo las aeronaves tripuladas, así que la incursión en el mismo de las aeronaves tripuladas por control remoto sólo ha venido a incrementar su grado de complejidad, y previsiblemente será mayor cuando se introduzca la posibilidad de que estas últimas puedan transportar personas o cosas, o incluso que estas aeronaves no tripuladas sean completamente autónomas.

de formación de los pilotos, la formación y la concesión de la licencia de los pilotos, las operaciones, la responsabilidad y el seguro, la protección de datos y la intimidad, “el geoperimetrage”, la tecnología que permita detectar y evitar a otros (“*detect-and-avoid*”) o las zonas de exclusión aérea⁴⁹. Y todo en aras de la creación de un mercado europeo de drones, que en ese momento, estaba fragmentado por las legislaciones nacionales⁵⁰. Aunque muchas de las cuestiones señaladas ya se han conseguido, las relacionadas con la responsabilidad y el seguro no se han visto modificadas por un desarrollo normativo posterior.

El sentido de la Propuesta de la EASA, que derivó en el desarrollo de la normativa actual, era que existiese una normativa europea que reflejase los distintos tamaños de los drones, así como las distintas actividades a desarrollar, de forma que se permitiese establecer mejor la responsabilidad civil hacia terceros, así como los posibles seguros⁵¹. Si bien, en línea con lo anteriormente señalado, no existe todavía una normativa específica para drones en esta materia, sino que es de aplicación la normativa prevista para la aviación tripulada.

1. Reglamento (UE) 2018/1139 sobre normas comunes en la aviación civil

8. El Reglamento (UE) 2018/1139 entró en vigor el 11 de septiembre de 2018, fecha a partir de la cual, era de aplicación a todas las aeronaves, tanto las tripuladas como las no tripuladas, con independencia de su tamaño⁵². Sin embargo, el Reglamento (UE) 2018/1139 es un Reglamento Básico, que debía ser desarrollado mediante actos delegados y de ejecución, como así ha sido a través de los dos Reglamentos que serán estudiados en los siguientes epígrafes.

Hasta ese momento, como se ha comentado, existía un mercado fragmentado en relación a los drones, ya que cada Estado poseía su propia legislación interna. Por lo que había que desarrollar una normativa de la Unión Europea para conseguir una regulación uniforme, que impulsara la creación de un mercado europeo de drones, en el que los avances científicos y la innovación tecnológica era y es fundamental.

A) Ámbito de aplicación: Comparativa con el Reglamento (UE) 216/2008

9. Las novedades introducidas por el nuevo Reglamento (UE) 2018/1139 con respecto a su antecesor el Reglamento (CE) 216/2008 es que la regulación de las aeronaves no tripuladas no se va establecer solamente en función del peso de la aeronave.

Aunque el Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1139 contiene un listado de las aeronaves excluidas de su ámbito de aplicación, ninguna aeronave no tripulada está excluida, a diferencia de lo que sucedía con el Reglamento (UE) 216/2008 (Anexo II). Así resulta paradójico que el Reglamento (UE) 2018/1139 se aplique a todas las aeronaves no tripuladas, pero se excluya de su ámbito de aplicación

⁴⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70.

⁵⁰ En el año 2015, Estados Unidos representaba el principal mercado para la utilización de los RPAS, pero su uso está centrado en las operaciones militares. Europa lideraba el sector civil, con 2.500 operadores (400 en el Reino Unido, 300 en Alemania, 1.500 en Francia, 250 en Suecia, etc.) frente a 2.342 operadores en el resto del mundo, y que debe hacer todo lo posible por fomentar su firme postura competitiva. Por su parte, Japón cuenta con un gran número de operadores de RPAS y con dos décadas de experiencia, especialmente en la utilización de estos sistemas en trabajos agrícolas de precisión, como la fumigación de los cultivos; de hecho, este país fue el primero en autorizar, a mediados de los años noventa, la utilización de esta tecnología en las actividades agrícolas, lo que hizo que el número de operadores se multiplicase en pocos años (Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de octubre de 2015, sobre el uso seguro de los sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota (RPAS), comúnmente conocidos como vehículos aéreos no tripulados (UAV), en el ámbito de la aviación civil, 2014/2243(INI), DO núm. C 355, 20 octubre 2017, pp. 63-70).

⁵¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Una nueva era de la aviación — Abrir el mercado de la aviación al uso civil de sistemas de aeronaves pilotadas de forma remota de manera segura y sostenible», COM (2014) 207 final, DO núm. C 12, 15 enero 2015, pp. 87-92.

⁵² Art. 141 Reglamento (UE) 2018/1139.

a las aeronaves tripuladas con masa inferior a 70 kg⁵³. Esto es como consecuencia de que el legislador europeo considera que ningún tipo de aeronave no tripulada supone un riesgo bajo para la seguridad aérea⁵⁴. En este mismo sentido, se manifiesta la actual Ley de Inteligencia Artificial, al considerar a todos los drones como “sistemas de alto riesgo”⁵⁵. También se debe a que se pretende que la nueva normativa aplicable a las aeronaves no tripuladas sea uniforme en todos los Estados miembros.

Sin embargo, se mantiene la exclusión de aquellas aeronaves que: “*lleven a cabo actividades o servicios militares, de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, control fronterizo, vigilancia costera o similares, bajo el control y la responsabilidad de un Estado miembro, emprendidas en el interés general por un organismo investido de autoridad pública o en nombre de este*”, teniendo en cuenta que los Estados miembros garantizarán que las actividades y servicios realizados por dichas aeronaves se realizan teniendo en cuenta los objetivos de seguridad del Reglamento, y que cuando sea necesario, dichas aeronaves estarán separadas del resto de aeronaves de forma segura⁵⁶.

10. El Reglamento (UE) 2018/1139 también introduce otra novedad con respecto al Reglamento (CE) 216/2008 y es que dentro del concepto de aeronave no tripulada se encuentran tanto las aeronaves pilotadas por control remoto como las aeronaves autónomas, es decir, en las que no existe un piloto remoto⁵⁷. Si bien esa normativa de momento, en materia de navegación aérea, sólo se ha desarrollado a través de una disposición en el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, que será estudiada en dicho epígrafe.

B) **Ámbito de aplicación: comparativa con el Real Decreto 1036/2017**

11. El Reglamento (CE) 216/2008 no era de aplicación ni a los drones con una masa máxima en el despegue inferior a 150 kg; ni a las aeronaves en general, ya fueran tripuladas o no tripuladas, destinadas a operaciones aéreas especializadas o a vuelos experimentales, bajo determinadas condiciones establecidas en el Anexo II del Reglamento (CE) 216/2008, que recoge las aeronaves que están excluidas del ámbito de aplicación de dicho instrumento internacional. En España, se hizo a través del Real Decreto 1036/2017 de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, excluyendo de forma expresa a las aeronaves autónomas.

Así que, en principio, el Real Decreto 1036/2017 queda desplazado en relación con las aeronaves de masa inferior a 150 kg que no efectúen actividades de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares con la norma europea⁵⁸. De manera, que el Real Decreto 1036/2017 no va a ser de aplicación a las aeronaves no tripuladas destinadas a la realización de operaciones especializadas distintas de las arriba mencionadas –esto es, las no desarrolladas con fines públicos– y a la ejecución de vuelos experimentales.

⁵³ Tampoco contempla el Reglamento (UE) 2018/1139, a diferencia del Reglamento (CE) 216/2008 (letra b) del Anexo II), la exclusión de su ámbito de aplicación de las aeronaves no tripuladas específicamente diseñadas o modificadas para la investigación o para propósitos de experimentación o científicos, y que puedan producirse en número muy limitado –esto es las aeronaves no tripuladas destinadas a operaciones aéreas especializadas o vuelos experimentales–; aunque siguen estando excluidas este tipo de aeronaves en el caso de que sean tripuladas (letra b) apartado 1 del Anexo I del Reglamento (UE) 2018/1139).

⁵⁴ El Anexo I Reglamento (UE) 2018/1139 señala las aeronaves excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento, porque suponen un riesgo para la seguridad aérea, siempre que no se les haya expedido un certificado conforme al Reglamento anterior, el Reglamento (CE) 216/2008 (precepto 2.3.d) Reglamento (UE) 2018/1139). Vid. E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 123.

⁵⁵ Art. 6.1 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/6/> (consultado el 25 de mayo de 2024)

⁵⁶ Precepto 2.3.a) y párrafo penúltimo del precepto 2.3 Reglamento (UE) 2018/1139.

⁵⁷ Art. 3, apartado 30 Reglamento (UE) 2018/1139. Hasta el Reglamento (UE) 2018/1139 no existía todavía ninguna regulación en relación con las aeronaves autónomas. Vid. S. DÍAZ ALABART, S., *Robots y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2018, p. 47.

⁵⁸ Vid. E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 124.

Por otro lado, el Reglamento (UE) 2018/1139 permite que las autoridades nacionales españolas –o a las de cualquier Estado miembro–, con objeto de lograr mejoras en términos de seguridad, interoperabilidad o eficiencia, pueden decidir que las aeronaves no tripuladas que realizan actividades y servicios militares realizados en interés público, les sean de aplicación las normas del Reglamento (UE) 2018/1139. En cuyo caso, el Real Decreto 1036/2017 quedaría totalmente desplazado por el Reglamento (UE) 2018/1139, cuando son precisamente estos dos tipos de operaciones realizados con aeronaves no tripuladas, el objetivo fundamental de este Real Decreto 1036/2017. En ese sentido, uno de los caracteres fundamentales de este nuevo Reglamento es la flexibilidad.

12. Además, en opinión de ciertos autores, el apartado 8 situado al final del artículo 56 del Reglamento (UE) 2018/1139, que recoge la “Conformidad de las aeronaves no tripuladas”, abre la posibilidad a una regulación nacional adicional y concurrente, “*por razones ajenas al ámbito de aplicación del presente Reglamento, en particular por razones de seguridad pública o de protección de la privacidad y de los datos personales con arreglo al Derecho de la Unión*”⁵⁹. Sin embargo, esto no debería suponer un resquicio legal para el desarrollo de normas nacionales por parte de los Estados miembros, puesto que esta opción se contempla en el Reglamento (UE) 2018/1139 tanto para las aeronaves no tripuladas, como para las aeronaves tripuladas.

Por último, cuando se trate aeronaves que no se encuentren dentro el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139, con el fin de facilitar la elaboración de normas nacionales para las aeronaves que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, la Agencia podrá emitir documentación orientativa con este propósito⁶⁰.

C) Normativa específica sobre drones: “Conformidad de las aeronaves no tripuladas”

13. Teniendo en cuenta que el Reglamento (UE) 2018/1139 es una regulación muy básica, que debía ser desarrollada posteriormente mediante actos delegados y de ejecución, la regulación de las aeronaves no tripuladas está recogida en:

- a) a Sección VII bajo el título “Aeronaves no tripuladas”, dentro del Capítulo III que aborda “Requisitos sustantivos” de todas las aeronaves;
- b) y el Anexo IX que recoge “Requisitos esenciales para aeronaves no tripuladas”.

La Sección VII destinada a “Aeronaves no tripuladas”, está compuesta por cuatro artículos, del art. 55 al 58. El art. 55 recoge los “Requisitos esenciales para las aeronaves no tripuladas”, el art. 56 comprende la “Conformidad de las aeronaves tripuladas”, el art. 57 contempla los “Actos de ejecución y competencias delegadas” y por, último, el art. 58 desarrolla las “Competencias delegadas”.

14. En primer lugar, las aeronaves no tripuladas que entren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139 deberán cumplir con los requisitos esenciales previstos para las aeronaves no tripuladas, que están desarrollados en el Anexo IX⁶¹.

En cuanto a las aeronaves no tripuladas que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139, en virtud del precepto 2.1, letra b), son: (a) aquellas matriculadas en un Estado miembro, salvo que el Estado miembro haya transferido sus responsabilidades de acuerdo con el Convenio de la ICAO a un tercer país y que por tanto, la explotación de la aeronave recaiga en un operador

⁵⁹ Vid. E. GALLARDO ROMERA, “Régimen jurídico de los drones en España. Drones civiles: uso profesional, uso recreativo y uso deportivo. Drones militares”, *Derecho de los drones*, Walters Kluwer, Madrid, 2018, p. 124.

⁶⁰ Considerando (4) Reglamento (UE) 2018/1139.

⁶¹ El art. 55 del Reglamento (UE) 2018/1139 detalla exactamente que deben cumplirse los requisitos en cuanto al diseño, la producción, el mantenimiento y la explotación de las aeronaves no tripuladas, y sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota, así como al personal, incluidos los pilotos a distancia, y a las organizaciones que intervengan en estas actividades.

de aeronaves de un tercer país⁶²; (b) aquellas matriculadas en un tercer país, pero explotadas por un operador de aeronaves que tenga su “domicilio” (establecimiento, residencia o un centro de actividad principal) en un lugar en el que se aplican los Tratados (Tratado de la Unión Europea, TUE, y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE); (c) aquellas que no estén matriculadas ni en un Estado miembro, ni en un tercer país, pero que estén explotadas en el territorio al que se aplican los Tratados por un operador de aeronaves con “domicilio” en el sentido del Reglamento, en dicho territorio; (d) y en caso de que las aeronaves no tripuladas no cumplan ninguno de los requisitos anteriores, aquellas que estén sometidas a la supervisión de la Agencia o de un Estado miembro.

15. Bajo el título “Conformidad de las aeronaves no tripuladas”, el art. 56 establece los requisitos necesarios para que dichas aeronaves obtengan la conformidad. En el apartado 1 se establece que de conformidad con los actos delegados (art. 58) y los actos de ejecución (art. 57), se podrá requerir un certificado para las aeronaves no tripuladas. Sin embargo, también teniendo en cuenta los mismos aspectos que para la solicitud del certificado, los actos delegados (art. 58) y los actos de ejecución (art. 57) podrían exigir una declaración que confirme el cumplimiento de dichos actos delegados y de ejecución⁶³.

Al igual que sucede con el requerimiento de los certificados, la declaración relativa a las aeronaves no tripuladas puede solicitarse sobre: (a) el diseño, la producción, el mantenimiento y la operación de las misma; (b) de sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlarlas de forma remota; (c) el personal, incluidos los pilotos a distancia, y las organizaciones que intervengan en tales actividades.

En este sentido, ya se establecía que iban a existir disposiciones adaptadas a las particularidades de la aviación deportiva y recreativa. Así, las organizaciones que realizasen el diseño y la fabricación de productos utilizados en la aviación deportiva y recreativa, componentes y equipos no instalados aeronáuticos deben tener la posibilidad de declarar el cumplimiento de dichos requisitos con las normas del sector pertinentes, pero siempre con sujeción a las limitaciones y condiciones adecuadas para garantizar la seguridad⁶⁴.

16. Finalmente, el desarrollo del Reglamento (UE) 2018/1139 se ha realizado a través de dos instrumentos, el Reglamento Delegado (UE) 2019/945, sobre diseño, fabricación y comercialización de aeronaves no tripuladas y el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, sobre las operaciones de vuelo de las aeronaves no tripuladas, que han comenzado a aplicarse en fechas diferentes.

2. Reglamento Delegado (UE) 2019/945 sobre diseño, fabricación y comercialización de aeronaves no tripuladas

17. El Reglamento Delegado (UE) 2019/945, sobre diseño, fabricación y comercialización de aeronaves no tripuladas, entró en vigor y es de aplicación desde el 1 de julio de 2019⁶⁵. En el mismo, se establecen los requisitos de diseño para UAS pequeños, de hasta 25 kg, que se implementarán mediante el uso de la conocida como marca CE (“Conforme Europa”) para productos comercializados en Europa. El operador encontrará en cada uno de estos drones, dependiendo de si es clasificado como C1, C2, C3

⁶² Es posible que una aeronave que esté matriculada en un Estado miembro, sea explotada por un operador de un tercer Estado. En cuyo caso, en virtud del art. 83 del Convenio de la ICAO, las autoridades del Estado de matrícula de la aeronave pueden transferir ciertas responsabilidades, tales como las relacionadas con la aeronavegabilidad, la formación de los pilotos o las operaciones de cabina, a las autoridades del Estado en el que la aerolínea realiza sus operaciones. Esta opción está destinada a la aviación tripulada, pero también es de aplicación a las aeronaves no tripuladas, porque los dos primeros criterios, (a) y (b), para la aplicación del Reglamento tienen como objeto los dos tipos de aeronaves, tanto las tripuladas como las no tripuladas. A propósito de la transferencia de determinadas responsabilidades entre el Estado de matrícula y el Estado en el que el explotador tiene su oficina principal, o en su defecto, su residencia permanente, *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, *Compraventa Internacional de Grandes Aeronaves Civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 88-108.

⁶³ Precepto 56.5 Reglamento (UE) 2018/1139.

⁶⁴ Considerando (25) Reglamento (UE) 2018/1139.

⁶⁵ Reglamento Delegado (UE) 2019/945 de la Comisión, de 12 de marzo de 2019, DO núm. L 152, 11 junio 2019, sobre los sistemas de aeronaves no tripuladas y los operadores de terceros países de sistemas de aeronaves no tripuladas.

o C4, una información relativa a lo que puede o no puede hacer con el dron para no poner en peligro a las personas⁶⁶. Esta clasificación de los drones, será explicada en el siguiente epígrafe, al estudiar las diferentes categorías de operaciones que pueden hacer los UAS.

Esta normativa es de aplicación exclusivamente a los UAS diseñados para operar en la categoría abierta o de riesgo medio, a las que no se les exige certificado de aeronavegabilidad, pero sí marcado CE y en su caso la etiqueta de identificación de clase. La Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos conformarían la nueva legislación armonizada de la Unión Europea cuando se trata de drones que operan en la categoría abierta⁶⁷.

Dicho Reglamento debe aplicarse también a los UAS considerados juguetes en el sentido de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la seguridad de los juguetes; pero también deben ser conformes con dicha Directiva⁶⁸.

3. Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 sobre las operaciones de vuelo de las aeronaves no tripuladas

18. El Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 establece las normas que deben cumplir las aeronaves no tripuladas para poder operar en condiciones de seguridad; más concretamente, deben respetar los requisitos relacionados con la aeronavegabilidad, las organizaciones, las personas que participan en la utilización de UAS (*Unmanned Aircraft System*) y las operaciones de las aeronaves no tripuladas⁶⁹. Este instrumento internacional entró en vigor el 31 de diciembre de 2020.

Esto se debe a que las aeronaves no tripuladas, independientemente de su masa, pueden ser utilizadas dentro del mismo espacio aéreo del cielo único europeo que las aeronaves tripuladas, ya sean estos aviones o helicópteros⁷⁰. Así que las normas señaladas en este Reglamento de Ejecución tienen como objetivo garantizar la seguridad tanto de las personas en tierra, como de otros usuarios del espacio aéreo durante las operaciones de este tipo de aeronaves, ya que pueden realizar una amplia gama de operaciones⁷¹.

En este contexto, se debe realizar una clasificación conforme al riesgo de la operación realizada con el dron, y no sólo teniendo en cuenta el peso del dron. Se usa, por tanto, el riesgo a la hora de clasificar las operaciones de los drones ya que, por ejemplo, una aeronave no pilotada en el mar abierto ofrece un peligro menor que una más pequeña que sobrevuela a los espectadores de un estadio.

A) Categorías

19. Las tres categorías en las que se clasifican las operaciones de los UAS se establecen en función del riesgo que la operación de dicho UAS supone para terceros (personas y propiedades)⁷²:

- a) Categoría abierta, que es aquella que implica un riesgo bajo.
- b) Categoría específica, que es la que implica un riesgo medio.
- c) Categoría certificada, que es aquella que conlleva un riesgo alto.

⁶⁶ Vid. Partes 1 a 5 del Anexo Reglamento Delegado (UE) 2019/945.

⁶⁷ Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, DO núm. L 153, 22 mayo 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE.

⁶⁸ Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, DO núm. L 170, 30 junio 2009, sobre la seguridad de los juguetes.

⁶⁹ Considerando (4) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 de la Comisión, de 24 de mayo de 2019, DO núm. L 152, 11 junio 2019, relativo a las normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas.

⁷⁰ Considerando (1) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁷¹ Considerando (4) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁷² *A-NPA 2015-10*, p. 1, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

20. En relación con dichas categorías, antes de la redacción definitiva del Reglamento (UE) 2018/1139 y de sus dos reglamentos que lo desarrollan (Reglamento Delegado (UE) 2019/945 y Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947), se realizó una evaluación de la seguridad en relación con el impacto social o económico de las tres categorías, antes de definir exactamente sus características⁷³.

a) Categoría abierta

21. En la categoría abierta o de riesgo bajo, la seguridad se garantiza con limitaciones operacionales, cumplimiento con estándares de seguridad industriales, requisitos para ciertas funcionalidades y set mínimo de normas operacionales. La policía es la principal encargada de supervisar su cumplimiento⁷⁴.

22. Los límites para que una operación entre dentro de la categoría abierta son: que el UAS tenga una masa máxima en el despegue o MTOM (*Maximum take-off mass, Masa máxima en el despegue*) inferior a 25 kg; que la altura no supere los 120 m; que esté dentro del alcance visual del piloto o VLOS (*Operations in visual line of sight*)⁷⁵.

Las operaciones de la categoría abierta, no deben exigir la utilización de UAS sujetos a procedimientos estándar de conformidad aeronáutica, es decir que necesiten una certificación o una declaración, sino que deben realizarse con las clases de UAS definidas en el Reglamento Delegado (UE) 2019/945⁷⁶.

Las operaciones de UAS realizadas en la categoría abierta no estarán sujetas a ninguna autorización previa, ni a una declaración operacional del operador de UAS antes de que se realice la operación⁷⁷. Pero, además, las operaciones de UAS en esta categoría se dividirán en tres subcategorías⁷⁸:

23. Dentro de la categoría abierta se distinguen tres subcategorías de operaciones, que nunca deben realizarse sobre aglomeraciones de personas⁷⁹:

- a) A1, es aquella en la que se engloban las operaciones que se realizan sobre personas, de forma excepcional. Estas operaciones sólo pueden ser realizadas por: un UA clasificado como C0 o de forma privada, ambos con una masa máxima en el despegue inferior a 250 g., incluida su carga útil; o un UA clasificado como C1, cuya masa máxima en el despegue es inferior a 900 g, incluida su carga útil; cuyos operadores han de estar registrados⁸⁰.

Se ha considerado que la MTOM de una aeronave no tripulada que transmite 80 julios de energía cinética, es de aproximadamente 900 gramos, y estos 80 julios de energía cinética es lo máximo que la cabeza de una persona puede absorber sin fracturarse el cráneo⁸¹. Por eso, se ha decidido que sea obligatoria la inscripción de los operadores de aeronaves no tripuladas a partir de 250 g., o que en caso de colisión pueda transferir una energía cinética superior a 80 julios, es decir, en principio, cuando se trate

⁷³ NPA 2017-05 (B), p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

⁷⁴ A-NPA 2015-10, p. 14, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

⁷⁵ Art. 4 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947. Vid. NPA 2017-05 (A), p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de noviembre de 2019).

⁷⁶ Considerando (8) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁷⁷ Art. 3 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁷⁸ Los requisitos para la operación de los UAS en cada subcategoría se señalan en la parte A del Anexo de dicho Reglamento (Art. 4.2 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

⁷⁹ NPA 2017-05 (A), pp. 14-15, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de abril de 2018).

⁸⁰ UAS.OPEN.020 (Operaciones de UAS de la subcategoría A1) Parte A del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁸¹ NPA 2017-05 (B), pp. 117-121, sobre todo p. 119, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

de un UA de 900 g. Y que sea precisamente la categoría C1 la que pueda volar por encima de personas aisladas, no sobre concentraciones de personas.

- b) A2, es la categoría en la que se engloban las operaciones que se realizan de forma próxima a la gente. Y estas operaciones sólo pueden ser realizadas por un UA clasificado como C2, que tiene una masa máxima en el despegue inferior a 4 Kg., incluida carga útil⁸².
- c) A3, es la que corresponde a las operaciones que se realizan lejos de la gente. Dichas operaciones sólo pueden ser realizadas por un UA clasificado como C2 (MTOM inferior a 4 kg. incluida carga útil), C3 o C4 (estos últimos con una masa máxima en el despegue inferior a 25 Kg. incluida carga útil)⁸³. Para que sea clasificado el UA como un C3, además, deber tener una dimensión característica máxima inferior a 3 m.

Por otro lado, C4 es una clasificación que está pensada para los drones actuales que no cumplen la normativa y tienen un MTOM de menos de 25 Kg. Como consecuencia del buen nivel de seguridad alcanzado por las aeronaves de clase C4, se ha permitido la realización de operaciones de bajo riesgo de estas aeronaves en la categoría abierta. Estas aeronaves, utilizadas a menudo por operadores de aeromodelos, son comparativamente más simples que otras clases de aeronaves no tripuladas, por lo que no están sujetas a requisitos técnicos desproporcionados⁸⁴.

24. Cuando la operación a la que se destina el dron excede uno de los límites de la categoría abierta, entonces la operación entra dentro de la categoría específica⁸⁵.

b) Categoría específica

25. En la categoría específica o de riesgo medio, se precisará de la autorización de una autoridad aeronáutica nacional, posiblemente asistida por una Entidad cualificada tras una evaluación de riesgos elaborada por el operador. En un manual de operaciones se enumerarán las medidas para reducir el riesgo⁸⁶.

26. En la categoría específica se incluyen, por tanto, todas las operaciones que excedan las restricciones de la categoría abierta. Al principio, en la propuesta de modificación del Reglamento (UE) 216/2018, se señaló que una operación realizada por un UAS sería clasificada dentro de la categoría certificada cuando al considerar los riesgos, se requiriese la certificación de la UA (*Unmanned aircraft*) y de su operador, así como la licencia del piloto⁸⁷. Sin embargo, esto finalmente ha sido cambiado, y también en la categoría específica, además de en la categoría certificada, se podría exigir un certificado expedido por las autoridades competentes para la utilización de aeronaves no tripuladas, así como para el personal, en particular los pilotos a distancia, y las organizaciones que participen en tales actividades, o para las aeronaves con arreglo al Reglamento Delegado (UE) 2019/945⁸⁸.

De hecho, también en un primer momento, se había señalado que la categoría certificada podría no ser necesaria, puesto que todas las operaciones que no entrasen dentro de la categoría abierta podrían ser cubiertas por la categoría específica. Aunque esto teóricamente podría ser así, habría casos en los

⁸² UAS.OPEN.030 (Operaciones de UAS de la subcategoría A2) Parte A del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁸³ UAS.OPEN.040 (Operaciones de UAS de la subcategoría A3) Parte A del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁸⁴ Considerando (28) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁸⁵ *NPA 2017-05 (A)*, p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de noviembre de 2019).

⁸⁶ *A-NPA 2015-10*, p. 14, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

⁸⁷ *NPA 2017-05 (A)*, p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de noviembre de 2019).

⁸⁸ Considerando (12) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

que las medidas para mitigar el riesgo serían tan numerosas que la certificación sería más eficiente y permitiría, además, cubrir más operaciones que las descritas en la evaluación de riesgos⁸⁹. En definitiva, en la categoría abierta entrarían las operaciones de los UAS que no están comprendidas en las otras dos categorías, ni en la categoría abierta, ni en la certificada.

27. Dentro de esta categoría se pueden realizarse un amplio abanico de operaciones, desde las que implican un riesgo bajo, hasta las que entrañan un mayor riesgo. Por ello, el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 contempla un sistema de declaración del operador para facilitar la garantía del cumplimiento del Reglamento en caso de operaciones de bajo riesgo para la categoría específica, respecto a la cual se ha definido un escenario estándar con medidas detalladas de atenuación del riesgo⁹⁰.

El escenario estándar está definido en el apéndice 1 del anexo, para el que se ha determinado una lista precisa de medidas de atenuación, de tal manera que la autoridad competente pueda conformarse con declaraciones de los operadores en las que afirmen que aplicarán las medidas de atenuación al ejecutar este tipo de operación⁹¹. Si la operación específica se lleva a cabo en este escenario estándar, no será necesaria autorización operacional o de vuelo previa⁹².

Los dos escenarios previstos son:

- STS-01, que comprendería aquellas actividades desarrolladas VLOS (dentro del alcance visual del piloto), sobre una zona terrestre controlada, en un entorno poblado y con un dron clasificado como C5 (este puede ser un dron C3 más un kit).
- STS-02, que abarcaría las actividades realizadas BVLOS (fuera del alcance visual del piloto), con observadores del espacio aéreo, sobre una zona terrestre controlada, en un entorno poco poblado; donde los observadores del espacio aéreo deberán estar situados a 1 km. del piloto y existir 1 km. entre observadores; y con un dron clasificado como C6.

No obstante, si la aeronave no tripulada no opera en cualquiera de estos dos escenarios estándar, tendrá que obtener una autorización operacional de la autoridad competente, de la EASA, para poder volar⁹³.

28. Aunque no se trate de una autorización operacional en el sentido del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, la autoridad competente emitirá una autorización cuando se trate de operaciones de UAS en el marco de clubes y asociaciones de aeromodelismo, a petición de los mismos⁹⁴. Esta autorización se expedirá de conformidad con cualquiera de las opciones siguientes: las normas nacionales pertinentes; o los procedimientos, la estructura organizativa y el sistema de gestión establecidos en el club o asociación de aeromodelismo⁹⁵. En la autorización se establecerán las condiciones en las que podrán efectuarse operaciones en el marco de clubes o asociaciones de aeromodelismo, y dicha autorización se limitará al territorio del Estado miembro en el que se expida⁹⁶.

La solicitud de autorización operacional tampoco es obligatoria si el operador de UAS posee un LUC (*Light UAS operator Certificate, Certificado de Operador de UAS ligero*) con las facultades adecuadas de conformidad con lo establecido en dicho Reglamento, en relación con dicho certificado⁹⁷.

⁸⁹ *NPA 2017-05 (A)*, p. 10, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de noviembre de 2019).

⁹⁰ Considerando (10) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁹¹ Art. 2 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁹² Art. 5 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁹³ Art. 12 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁹⁴ Art. 3 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁹⁵ En ese último caso, en el que la autorización se expida de acuerdo con las normas establecidas en el club o asociación de aeromodelismo, deberán asegurarse determinados aspectos, tales como, que los pilotos a distancia que operen en el marco de clubes o asociaciones de aeromodelismo estén informados de las condiciones y las limitaciones definidas en la autorización expedida por la autoridad competente, entre otros (art. 16.2 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

⁹⁶ Art. 16.3 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

⁹⁷ Para aquellos operadores que vuelen UAS habitualmente con el fin de no tener que estar solicitando autorización o emi-

29. Se debe destacar, que es posible realizar operaciones transfronterizas u operaciones fuera del Estado de registro, algo que, hasta la entrada en vigor de este Reglamento de Ejecución, no estaba contemplado en ninguna normativa sobre drones. Así pues, cuando un operador de UAS tenga previsto realizar una operación en la categoría específica, que vaya a tener lugar total o parcialmente en el espacio aéreo de un Estado miembro distinto del Estado miembro de registro, dicho operador tendrá que presentar una solicitud o una declaración a la autoridad competente del Estado miembro donde se pretende llevar a cabo dicha operación⁹⁸.

30. En esta categoría específica estarían todas las operaciones realizadas por aeronaves no tripuladas que realizan todas las actividades de precisión agrícola y de supervisión e inspección de infraestructuras, que se suelen realizar fuera del alcance visual del piloto (BVLOS)⁹⁹. También entrarían dentro de esta categoría, cuando los drones realicen tareas de filmación o toma de fotografías fuera del alcance visual del piloto. En esta misma categoría estarían aquellas aeronaves no tripuladas destinadas al transporte de cosas, tales como los drones que Amazon, DHL o Google, tienen preparados desde hace años para realizar entregas de paquetes¹⁰⁰.

c) Categoría certificada

31. En la categoría certificada o de riesgo alto, los requisitos son comparables a aquellos que tienen que cumplir las aeronaves tripuladas. Será supervisada por la agencia aeronáutica nacional en cuanto a emisión de licencias y aprobación de mantenimiento, operaciones, formación, gestión del tránsito aéreo y servicios de navegación aérea, y organizaciones de aeródromos; y por la EASA (*European Union Aviation Safety Agency, Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea*) para el diseño y autorización de las organizaciones extranjeras¹⁰¹.

Las operaciones de la categoría certificada deben estar sujetas, por principio, a normas sobre la certificación de los operadores y la concesión de licencias de pilotos a distancia, además de la certificación de los UAS con arreglo al Reglamento Delegado (UE) 2019/945¹⁰².

32. Dado que para determinar si una operación entraba dentro de la categoría certificada, se analizaban los criterios similares a los estudiados en la evaluación de riesgos, se llegó a la conclusión de que una operación sólo podía ser certificada después de una detallada investigación¹⁰³.

Sin embargo, las operaciones que inicialmente fueron propuestas para que fuesen clasificadas dentro de la categoría certificada¹⁰⁴: UAS grande o complejo que opera continuamente sobre concen-

tiendo declaración según corresponda, éstos podrán solicitar un Certificado de operador de UAS ligero (Certificado LUC). La normativa relativa al LUC (*Light UAS operator Certificate*, Certificado de operador de UAS ligero) está recogida en la Parte C del Anexo del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 (UAS.SPEC.030 (Solicitud de autorización operacional) Parte B del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

⁹⁸ Se presentará solicitud o declaración por parte del operador del UAS, en función del tipo de operación que se vaya a realizar en la categoría específica: si es de mayor o menor riesgo, atendiendo a la regulación establecida para la categoría específica (Art. 13 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

⁹⁹ *NPA 2017-05 (B)*, p. 11, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

¹⁰⁰ “Unmanned Aerial Vehicles - The Economic Case for Drones”, editor MarketLine, *a Progressive Digital Media business*, London, United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland, 6 de enero de 2014, p. 2; R.-G. OLSEN, “Paperweights: FAA Regulation and the Banishment of Commercial Drones”, *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 32, nº 2, 2018, p. 651.

¹⁰¹ *A-NPA 2015-10*, p. 14, disponible en línea en <http://easa.europa.eu/system/files/dfu/A-NPA%202015-10.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

¹⁰² Art. 3 y Considerando (11) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹⁰³ *NPA 2017-05 (B)*, p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

¹⁰⁴ En ese momento esa lista todavía estaba siendo desarrollada por el grupo de trabajo 7 de JARUS (WG-7) (*NPA 2017-05 (A)*), p. 11, disponible en línea en https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28A%29_0.pdf (consultado el 27 de noviembre de 2019)).

traciones de personas; UAS grande o complejo que realiza operaciones más allá del alcance visual del piloto o BVLOS en el espacio aéreo con alta densidad; UAS utilizados para el transporte de personas; y UAS para el transporte de productos peligrosos, que pueda suponer un riesgo elevado para terceras personas en caso de colisión.

Finalmente, en el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, se ha establecido que entran dentro de la categoría certificada únicamente las operaciones con UAS que cumplan las dos condiciones siguientes¹⁰⁵:

- a) que el UAS esté certificado de conformidad por cumplir alguna de las condiciones siguientes: tenga una dimensión característica de 3 metros o más y esté diseñado para ser utilizado sobre concentraciones de personas; esté diseñado para el transporte de personas; o esté diseñado para el transporte de mercancías peligrosas y requiera una gran solidez para atenuar los riesgos para terceros en caso de accidente¹⁰⁶;
- b) que la operación del UAS se realice en cualquiera de las condiciones siguientes: implique volar sobre concentraciones de personas; conlleve el transporte de personas; o conlleve el transporte de mercancías peligrosas que pueden entrañar un riesgo elevado para terceros en caso de accidente.

33. En consecuencia, las operaciones con UAS destinados al transporte de personas, es decir los taxis aéreos o *coches voladores* entrarían dentro de la categoría certificada. En general podría afirmarse que estos UAS, tendrían que cumplir los mismos requisitos que las aeronaves tripuladas. Por lo que, los fabricantes de estos modelos de aeronaves, se han dado cuenta de que, si es necesario obtener la misma certificación que para las aeronaves tripuladas, han decidido optar por los helicópteros, pues pueden realizar el servicio de transporte aéreo urbano. Si bien es cierto que los helicópteros, a diferencia de la mayoría de los prototipos de aeronaves no tripuladas señaladas en la introducción no son eléctricos, ni autónomos.

El Reglamento (UE) 2018/1139, sobre normas comunes en la aviación civil, ya señala que dicha regulación es de aplicación a todo tipo de aeronaves no tripuladas, ya operen a través de control remoto o de forma autónoma, pero estaba pendiente el desarrollo de una normativa sobre este tipo de drones¹⁰⁷. Esta misma definición de aeronave no tripulada se recoge en el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, así que todo lo establecido en dicho instrumento internacional es de aplicación tanto a las aeronaves pilotadas por control remoto, como a las aeronaves que operan de forma autónoma¹⁰⁸. Sin embargo, el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 sólo contempla una disposición sobre las *operaciones autónomas*, entendidas estas como aquellas operaciones durante las cuales una aeronave no tripulada funciona sin que el piloto a distancia pueda intervenir¹⁰⁹. Se alude a estas operaciones en relación con las responsabilidades de los operadores de UAS cuando se trata de una operación que está dentro de la categoría específica¹¹⁰.

B) Requisitos de los operadores de drones

34. Los operadores de UAS estarán obligados a registrarse cuando utilicen en la categoría abierta, cualquier aeronave no tripulada¹¹¹:

¹⁰⁵ Art. 6 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹⁰⁶ Art. 40.1 Reglamento Delegado (UE) 2019/945.

¹⁰⁷ Art 3 Reglamento (UE) 2018/1139.

¹⁰⁸ El Reglamento Delegado (UE) 2019/945 también contempla en su art. 3, esa misma definición de aeronave no tripulada, en la que incluye a las aeronaves que operan de forma autónoma, pero no contiene ninguna disposición específica sobre este tipo de aeronaves no tripuladas.

¹⁰⁹ Art. 2 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹¹⁰ UAS.SPEC.050 (Operaciones de UAS en la categoría específica) Parte B del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹¹¹ Art. 14.5 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

- a) con una MTOM de 250 g o más, o que, en caso de colisión, pueda transferir a un ser humano una energía cinética superior a 80 julios; o que esté equipada con un sensor capaz de capturar datos personales, salvo que sea conforme con la Directiva 2009/48/CE, relativa a la seguridad de los juguetes¹¹².
- b) cuando utilicen una aeronave no tripulada de cualquier masa en la categoría específica.

Los operadores de UAS indicarán su número de registro en todas las aeronaves no tripuladas que cumplan las condiciones arriba señaladas¹¹³.

Estos operadores de UAS se registrarán en el Estado miembro en el que residan si son personas físicas, o en el que tengan su centro de actividad principal si son personas jurídicas, y se asegurarán de que su información de registro es exacta. Un operador de UAS no podrá estar registrado en más de un Estado miembro a la vez¹¹⁴.

35. Por otro lado, cualquier aeronave no tripulada cuyo diseño esté sujeto a certificación deberá ser registrada por su propietario¹¹⁵. Cuando se realizó la evaluación de la seguridad en relación con el impacto social o económico de las tres categorías, en un primer momento, se propuso la obligatoriedad del registro de las aeronaves no tripuladas que entren dentro de la denominada categoría abierta que tengan una masa máxima en el despegue mayor de 900 g¹¹⁶. Finalmente, esta propuesta no se ha incorporado en ninguna disposición, lo cual difiere bastante de la mayoría de las legislaciones nacionales sobre drones, como la española, que establecen que las aeronaves no tripuladas con una masa máxima en el despegue superior a 25 kg deberán ser registradas¹¹⁷.

Se ha debido considerar que con la inscripción del operador de UAS con una MTOM superior a 250 g. es posible determinar quién es el responsable del dron, y puesto que sólo los drones clasificados C1 pueden volar sobre alguna persona de forma excepcional, con la inscripción de los operadores se estaban cumpliendo suficientemente los requisitos de seguridad.

36. En relación con las *operaciones autónomas* el operador del UAS deberá garantizar que durante todas las fases de la operación del UAS se asignen adecuadamente las responsabilidades y tareas, dado que en estas operaciones no es posible designar un piloto remoto. Esto quiere decir, que el operador es el responsable de actividades que se atribuyen al piloto remoto, cuando es este el que tripula la aeronave¹¹⁸. Se debe destacar que esta disposición sobre las *operaciones autónomas* sólo está incluida en la categoría específica.

37. Por último, los Estados miembros podrán permitir que los clubes y asociaciones de aeromodelismo registren a sus miembros, en su nombre, en los sistemas de registro señalados. En caso contrario, los miembros de clubes y asociaciones de aeromodelismo se registrarán de conformidad con lo que se ha establecido anteriormente¹¹⁹.

¹¹² Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, DO núm. L 170, 30 junio 2009, sobre la seguridad de los juguetes.

¹¹³ Art. 14.8 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹¹⁴ Además, los Estados miembros expedirán un número de registro digital único para los operadores de UAS y para los UAS que requieran registro, que permita su identificación individual. El número de registro de los operadores de UAS se establecerá sobre la base de normas que promuevan la interoperabilidad de los sistemas de registro (Art. 14.6 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

¹¹⁵ Las marcas de nacionalidad y de matrícula de una aeronave no tripulada se establecerán de conformidad con el anexo 7 del Convenio de Chicago (Art. 14.7 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947).

¹¹⁶ *NPA 2017-05 (B)*, p. 113, disponible en línea en <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/NPA%202017-05%20%28B%29.pdf> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

¹¹⁷ Art. 9 del Real Decreto 1036/2017.

¹¹⁸ UAS.SPEC.050 (Operaciones de UAS en la categoría específica) Parte B del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹¹⁹ Art. 16.4 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

C) Requisitos de los pilotos de drones

38. La edad mínima de los pilotos a distancia que utilicen UAS en las categorías abierta y específica será de dieciséis años¹²⁰.

No se exigirá ninguna edad mínima para los pilotos a distancia: que operen en la subcategoría A1 con un UAS de la clase 0 (MTOM inferior a 250 g. incluida la carga útil), que sea un juguete en el sentido de la Directiva 2009/48/CE; o que operen con UAS de construcción privada con una masa máxima de despegue inferior a 250 g¹²¹.

Los Estados miembros podrán reducir la edad mínima siguiendo un planteamiento basado en el riesgo, teniendo en cuenta los riesgos específicos relacionados con las operaciones realizadas en su territorio: en hasta cuatro años en el caso de los pilotos a distancia que operen en la categoría abierta; en hasta dos años en el caso de los pilotos a distancia que operen en la categoría específica¹²².

Ahora bien, cuando un Estado miembro reduzca la edad mínima de los pilotos a distancia, estos solo podrán utilizar un UAS en el territorio de ese Estado miembro¹²³.

Por otro lado, los Estados miembros podrán especificar una edad mínima diferente de los pilotos a distancia que operen en el marco de clubes o asociaciones de aerodelismo, en la autorización expedida para llevar a cabo la operación en sus instalaciones¹²⁴.

39. En cuanto a la formación de los pilotos a distancia, para la categoría abierta, será necesaria poseer una formación acreditada para aquellos UAS de más de 250 g., pero esta formación varía según el tipo de dron y deberá actualizarse cada 5 años¹²⁵. Para la categoría específica, la competencia de los pilotos a distancia es establecida en su caso, en la autorización operacional expedida por la autoridad competente; o en el escenario estándar definido en el Apéndice 1 del Anexo; o en el LUC (*Light UAS operator Certificate, Certificado de Operador de UAS ligero*)¹²⁶.

III. Normativa aplicable a los drones altamente automatizados o drones autónomos

40. Como ya se ha adelantado anteriormente, combinando los drones y la Inteligencia Artificial se pueden realizar operaciones de mayor complejidad y por tanto de mayor riesgo. Pero para seleccionar e integrar estas tecnologías habrá que tener en cuenta el tipo de escenario y la aplicación para la que va a ser utilizado el UAS. Por lo tanto, será necesario ir siguiendo una serie de fases para conseguir una solución óptima y adaptada a cada caso: 1º. Selección del tipo de UAS; 2º. Selección de la carga de pago; 3º. Proceso y análisis; 4º. Integración de sistemas¹²⁷.

1º. Selección del tipo de dron. Dependiendo del área a recorrer, la zona a monitorear, el tipo de información a capturar, etc., en definitiva, dependiendo de la misión a realizar será necesario escoger un tipo de UAS u otro. Para una operación de escaneo de mapas y de zonas forestales generalmente será más apropiado seleccionar un dron de ala fija eléctrico relativamente pequeño –porque estos drones no son de los más pequeños–, fiable y robusto que puede realizar su cometido durante, al menos una o dos horas, sin que sea necesario cambiarlo de baterías. La desventaja de estos drones es la carga y que no tiene la agilidad de movimiento que los multi-rotors. Por eso, han surgido los drones híbridos, con un generador de combustible.

¹²⁰ Art. 9.1 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹²¹ Art. 9.2 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹²² Art. 9.3 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹²³ Art. 9.4 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹²⁴ Art. 9.5 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹²⁵ Parte A del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹²⁶ Art. 8.2 Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹²⁷ E. PÉREZ GARCÍA, “Inteligencia Artificial y Drones: Nuevas soluciones de seguridad”, *Securitecnia*, noviembre 2019, p. 34.

Por otro lado, la supervisión del tendido eléctrico puede requerir de un UAS de un tamaño mayor con una autonomía de entre cinco y diez horas, capaz de recorrer cientos de kilómetros e informar del tipo de vegetación y el modelo predictivo de crecimiento, ya que la vegetación puede dañar los tendidos con el paso del tiempo. La inspección con drones ayuda a prevenir y solucionar averías y puede suponer un ahorro considerable en reparaciones. Los drones multi-rotores o de alas giratorias, que son los más comunes, que son relativamente pequeños –normalmente menos de 250 gramos–, de fácil manejo y con libertad de movimientos, tienen un problema con la velocidad y la autonomía que están muy limitadas, pues la duración de sus baterías está entre 15 y 20 minutos¹²⁸. Por ello, se recurre a drones de este tipo, pero más grandes que pueden llegar a tener una envergadura de entre 1 metro y 1 metro y medio y con mayor autonomía de vuelo. Pueden pesar cerca de 25 kg, porque para hacer la inspección del tendido eléctrico necesitará incorporar un sistema LiDAR. Es más exacto que las otras opciones que existen para desarrollar esta actividad, porque a través del mismo se realiza una foto real mediante láser (entre 300 y 1000 puntos por m²), de modo que se levanta un plano real sobre el terreno. Estas mediciones se visualizan en una nube de puntos 3D que permite crear mapas y modelos 3D muy precisos y detallados para otras muchas aplicaciones, como la construcción o la topografía. Es un sistema que tiene mucho alcance y se puede utilizar de noche, frente a otros sistemas como la fotogrametría que únicamente se puede utilizar de día, y en la foto que realiza elimina la vegetación¹²⁹. Si bien son drones bastante caros, entre 100.000 y 500.000 euros, pero compensa el ahorro en personal que se necesitaría para esta actividad, por no mencionar, del coste humano que pueden implicar estas actividades que por la altura a la que se desarrollan, se convierten en peligrosas.

No obstante, aunque pueda parecer extraño, los drones cautivos pueden ser muy útiles en la realización de determinadas actividades, como son las de seguridad realizadas por entes privados o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹³⁰. Gracias a su alimentación continua, ofrecen una cobertura aérea rápida e ininterrumpida en grandes espacios, pues ya no tiene la limitación de la duración de las baterías para volar; y, además, se vuelve prácticamente inmune a accesos o robos de datos externos ya que no difunde ninguna señal que pueda ser intervenida. La operación con este tipo de drones es más segura, porque no hay riesgos de que el dron salga volando sin control y produzca daños a terceros; y la operación es tremendamente sencilla, pues no es necesario planificar una laboriosa ruta tridimensional con puntos de trazado que puedan cruzar zonas sensibles o con obstáculos sobrevenidos¹³¹. Permiten mejorar la seguridad en eventos, monitorizar crisis, reforzar la seguridad pública, actuar como puente de radio o facilitar la vigilancia, tanto con fines privados como públicos¹³². Así, por ejemplo, son útiles en labores de vigilancia de tráfico en zonas de alta densidad de tráfico concentradas en días concretos como fines de semana o vueltas de vacaciones, pues las autoridades de tráfico pueden saber de antemano los conflictos que se van produciendo, pudiendo actuar con mayor antelación para su prevención y/o mitigación. También, por ejemplo, mediante el uso de los drones cautivos en grandes eventos deportivos o grandes concentraciones de personas, los servicios de seguridad pueden observar de forma continuada las zonas críticas, tanto durante todo el evento como en los momentos anteriores y posteriores al mismo.

¹²⁸ E. PÉREZ GARCÍA, “Inteligencia Artificial y Drones: Nuevas soluciones de seguridad”, *Securitecnia*, noviembre 2019, pp. 34-35.

¹²⁹ Mediante la fotogrametría, se hace una foto a través de nubes de puntos del GPS (*Global Positioning System*), no hace líneas rectas, por lo que es menos preciso, pues no usa mediciones reales; y además no se puede utilizar de noche.

¹³⁰ El elemento que ancla el dron al suelo es un cable que también puede conducir electricidad y en los casos en los que no se ha reconvertido un dron normal en un dron cautivo –es decir, el dron ha sido diseñado como dron cautivo desde el principio– el cable también sirve como conducción para las señales de control y datos del sensor embarcado en el dron. *Vid.* R. VALDIVIESO, “Drones cautivos”, *Aertec*, disponible en línea en <https://aertecsolutions.com/2021/04/12/drones-cautivos/> (consultado el 30 de abril de 2024).

¹³¹ Los drones cautivos tienen dos características fundamentales. La primera es que permite ser alimentado eléctricamente de forma indefinida, pues se sustituye el peso de las baterías por el del cable –que suele ser bastante menor que el de las baterías–, así que sus características de vuelo son mucho más flexibles que en su configuración no cautiva. No obstante, la mayoría de los sistemas cautivos suelen tener una pequeña batería de emergencia, para que en los casos de que haya algún corte de la alimentación por cable, se permita hacer una toma segura. La segunda característica es que los datos de control y de sensor no tienen que ser esparcidos por radiofrecuencia para poder ser recibidos por el operador, sino que también se transfieren por el cable. *Vid.* R. VALDIVIESO, “Drones cautivos”, *Aertec*, disponible en línea en <https://aertecsolutions.com/2021/04/12/drones-cautivos/> (consultado el 30 de abril de 2024).

¹³² E. PÉREZ GARCÍA, “Inteligencia Artificial y Drones: Nuevas soluciones de seguridad”, *Securitecnia*, noviembre 2019, p. 35.

2º. Selección de la carga de pago (sensores). Para mejorar la conciencia situacional se recurre al uso de sensores que ofrezcan información precisa del espacio que se está controlando. El desarrollo de sensores de nueva generación, cuya reducción de tamaño, peso y consumo está jugando un papel fundamental, facilita que los drones puedan embarcar cada vez más tipos de sensores.

Las cámaras visuales son el sensor más utilizado en drones, si bien dependiendo de la actividad a desarrollar se pueden incorporar otros, como cuando se trata de realizar tareas de precisión agrícola. Determinadas características de las cámaras como el *zoom*, la resolución, la apertura y la sensibilidad son fundamentales para muchas operaciones. Pero también existen cámaras nocturnas, cámaras térmicas, sistemas LiDAR –ya mencionados–, cámaras multi-espectrales y otros tipos de sensores se pueden realizar operaciones de mayor complejidad¹³³.

3º. Procesado y análisis. Toda la información capturada puede ponerse a disposición del operador. Sin embargo, se genera un gran volumen de información en las actividades profesionales realizadas con drones, como, por ejemplo, en la inspección de infraestructuras o en las labores de vigilancia y seguridad. La necesidad de analizarla en tiempo real exige el procesamiento de dicha información, ya sea mediante técnicas clásicas de identificación de patrones o técnicas de Inteligencia Artificial basadas en el aprendizaje, como el *Machine Learning*. En actividades de seguridad, como la detección y seguimiento de un intruso en un determinado espacio o la localización de una embarcación ilegal en una zona fronteriza, el procesamiento en tiempo real es imprescindible. En otras actividades como inspección de tendidos eléctricos o de infraestructuras conviene mandarla, por si se estropeara el dron o si, en el peor de los casos, este fuera robado, la información recabada se perdería. Si bien, para estos últimos casos, el dron cuenta con un GPS (*Global Positioning System*) para su localización.

En cualquier caso, cuando es necesario el procesamiento e interpretación de toda la información en tiempo real, pueden surgir problemas. En el mejor de los casos, cuando el canal de comunicaciones disponga de un buen ancho de banda –pues los datos pesan mucho– y se garanticen comunicaciones ininterrumpidas, como sucede con el dron cautivo, el procesamiento se puede hacer en tierra desplegando toda la capacidad de computación necesaria. Pero, cuando el canal de comunicación de vídeo no esté tan asegurado, pueda haber interferencias –al usar enlaces por radiofrecuencia–, el ancho de banda sea muy caro –si usamos enlaces por satélites–, o tenga alta latencia –por usar tecnología 4G–, es fundamental realizar este procesamiento de manera embarcada¹³⁴. De este modo, el propio dron captura la información del entorno, procesará e interpretará los datos en tiempo real mediante un procesador embarcado, utilizando técnicas de Inteligencia Artificial, y mandará la información relevante junto con la posición del dron.

4º. Integración de sistemas. Finalmente, esta información deberá integrarse en los centros de control que tenga el operador, para proceder a un análisis de los datos. Así, por ejemplo, en tareas de inspección de tendidos eléctricos, el dron realiza la inspección de los mismos puntos, en distintos días para hacer un seguimiento de la evolución a lo largo del tiempo.

O si se está desarrollando una tarea de vigilancia, la información recogida por el dron se integra en los centros de control y en los sistemas finales de gestión de alertas y de vídeo, así como con sistemas externos (sistemas de información meteorológica o registros de entrada y salida) que permitan verificar las alertas recibidas y cotejarlas con otra información para poder descartarlas o reafirmarlas.

Los procesadores gráficos pequeños cada vez tienen más capacidad de cómputo, se desarrollan redes neuronales más rápidas y con mejor capacidad de aprendizaje y de interpretación en diferentes

¹³³ A través de los sistemas LiDAR, el dron está conectado con su servidor y con el Instituto Geográfico Nacional, de forma que va dejando un registro del recorrido que va realizando. Para mejorar la eficiencia de las operaciones con sistemas LiDAR existen planificadores de vuelo, de forma que realiza un seguimiento automático del terreno, se consigue la previsualización de las nubes de puntos y cuenta con herramientas para ajustar los parámetros de vuelo en función de las características específicas de los sensores LiDAR utilizados, optimizando en última instancia la recogida de datos (“Planificadores de vuelos de drones: La continua integración de LiDAR y UAVs”, *YellowScan*, disponible en línea en <https://www.yellowscan.com/es/knowledge/drone-flight-planners-the-continuing-integration-of-lidar-and-uavs/> (consultado el 1 de mayo de 2024).

¹³⁴ Para transmitir la información se necesitan en ocasiones anchuras de banda de 90 gigas cuando se trata de inspección de tendidos eléctricos, por ejemplo.

escenarios. Esto unido a que existen drones con mejores prestaciones capaces de llegar más lejos en menos tiempo, ha derivado en que las soluciones que ofrecen en materia de seguridad se hayan multiplicado¹³⁵. Sin embargo, aunque los drones son utilizados por la policía y la guardia civil en algunas partes de España, deberían utilizarse de manera generalizada para obtener mejores soluciones de seguridad que respondan a sus necesidades y reduzcan sus riesgos.

41. En función de la actividad a desarrollar el nivel de automatización variará hasta llegar a actividades en las que sea necesaria la total autonomía del dron, como los servicios de *Urban Air Mobility* (Movilidad Aérea Urbana) y más aún si cabe, los servicios de *Innovative Aerial Services* (Servicios Aéreos Innovadores). Si bien para poder realizar estas operaciones y para el desarrollo pleno de la Inteligencia Artificial, será necesario una interconectividad total, en la que los gestores de estos y otros servicios relacionados juegan también un papel fundamental.

1. Niveles de automatización de los drones

42. De la misma manera que no existe el vehículo completamente autónomo, haciendo referencia a los vehículos terrestres, tampoco existe todavía el dron completamente autónomo. En relación con los vehículos, no puede confundirse un vehículo autónomo con aquél que tiene un elevado grado de autonomía¹³⁶.

Existe, en cualquier caso, una diferencia importante en relación a la automatización de ambos medios de transporte, puesto que el objetivo último en lo que respecta a los vehículos es conseguir un vehículo completamente autónomo. Sin embargo, en materia de aviación no tripulada, el concepto de aeronave autónoma, entendida esta como aquella en la que no se permite al piloto intervenir en la dirección del vuelo, ha sido sustituido, de momento, por el concepto de operaciones autónomas¹³⁷. Se denomina operación autónoma a cualquier diseño del sistema que determine e implemente cambios en el funcionamiento de la aeronave y prohíba a cualquier persona que intervenga en las operaciones normales de la aeronave. Dentro del concepto de autónomo no se incluye al piloto automático tradicional, la gestión de sistemas de vuelo o sistemas similares donde el piloto al mando puede realizar cambios directa o indirectamente, o cuando el piloto debe confirmar los cambios en las operaciones antes de que se produzcan. Además, las acciones de contingencia pre-programadas en un sistema tampoco entrarían dentro de esta definición, por ejemplo, acciones que ocurren sólo cuando se producen fallas de alguna parte del sistema¹³⁸. En esta misma línea, en el actual Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947, también

¹³⁵ E. PÉREZ GARCÍA, “Inteligencia Artificial y Drones: Nuevas soluciones de seguridad”, *Securitecna*, noviembre 2019, p. 35.

¹³⁶ D. NOGUÉRO/ I. VINGIANO-VIRICEL, “Intelligence artificielle et véhicules autonomes”, en A. BENSAMOUN/ GRÉGOIRE LOISEAU (dirs.), *Droit de l'intelligence artificielle*, Collection Les Intégrales, vol. 15, 2e édition, Lextenso-LGDJ, París, 2022, p. 113.

¹³⁷ Definición de aeronave autónoma recogida en ICAO Circular 328 AN/190 *Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, 2011 (“Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System”, *Informe final del Grupo Director del RPAS europeo, Anexo 1 - A Regulatory Approach for the integration of civil RPAS into the European Aviation System*, junio 2013, p. 49, disponible en línea en https://www.sesarju.eu/sites/default/files/European-RPAS-Roadmap_Annex-1_130620.pdf (consultado el 1 de mayo de 2024).

¹³⁸ “Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System”, *Informe final del Grupo Director del RPAS europeo, Anexo 1 - A Regulatory Approach for the integration of civil RPAS into the European Aviation System*, junio 2013, pp. 49-50, disponible en línea en https://www.sesarju.eu/sites/default/files/European-RPAS-Roadmap_Annex-1_130620.pdf (consultado el 1 de mayo de 2024). También en relación con la aviación tripulada existen sistemas que consiguen que el despegue y el aterrizaje se desarrolle de forma autónoma. Por ejemplo, el sistema ATTOL se integra tanto del *software* como del *hardware* compuesto por multitud de cámaras, sensores LiDAR y otras herramientas. Funciona de un modo similar al de los coches autónomos, es decir, reconoce el entorno en el que se encuentra (la pista del aeropuerto, las condiciones climáticas...) y según eso actúa de un modo u otro para despegar o aterrizar. No obstante, aunque el objetivo a largo plazo sea la realización de un vuelo de 400 pasajeros de forma autónoma, el piloto no será prescindible, pues controlará que no se produce ningún fallo y podrán centrarse más en la toma de decisiones estratégicas que en las operaciones del avión en sí mismo. En definitiva, el piloto se encargaría de decidir qué hacer y sería el avión el que se encargue de hacerlo con dicho sistema. *Vid.* C. RUS, “Así despegue y aterriza un Airbus de 400 pasajeros de forma totalmente autónoma”, *Xataka*, 5 agosto 2020, disponible en línea en <https://www.xataka.com/vehiculos/asi-despega-aterriza-airbus-400-pasajeros-forma-totalmente-autonoma> (consultado el 18 de junio de 2024).

se hace referencia a “operaciones autónomas”, pero no prevé ninguna regulación para las aeronaves completamente autónomas, al menos de momento¹³⁹. Esto podría deberse a su peligrosidad, ya que una aeronave completamente autónoma puede convertirse en un arma letal, llegando a reproducir los mismos resultados nefastos que los atentados de las Torres Gemelas de Nueva York¹⁴⁰.

La diferencia, por tanto, es que un dron automatizado sigue las órdenes sobre su destino y la ruta para llegar al mismo, pero no puede tomar decisiones; mientras que un dron completamente autónomo debería decidir sobre su destino y ruta, así como sobre el control en el aire¹⁴¹.

43. Al igual que sucede con los vehículos autónomos, existen cinco niveles de automatización¹⁴².

En el nivel 0, sin automatización, el piloto tiene el control total de cada movimiento y los drones se controlan en todo momento de forma manual. Entre los usos más comunes de este tipo de drones se encuentran los drones recreativos, como los utilizados para las carreras de drones y el aeromodelismo. De hecho, sólo los drones con estos fines tienen un nivel 0 de automatización.

Por lo que respecta al nivel 1, de asistencia al piloto, el control del funcionamiento general y la seguridad del vehículo lo mantiene el piloto, pero el dron puede asumir al menos una función vital durante un período de tiempo limitado. Por lo tanto, el dron no tiene el control sostenido del vehículo y nunca controla ni la velocidad, ni la dirección de vuelo al mismo tiempo, pero puede brindar apoyo para la navegación y/o mantener la altitud y la posición. Por su parte, el piloto cuenta con soporte GNSS para estabilizar el vuelo, mientras que todas las entradas en términos de rumbo, altitud y velocidad se realizan mediante entrada manual¹⁴³. En este nivel, las funciones de detectar y evitar están disponibles para alertar al piloto de la proximidad de los drones a los obstáculos, sin embargo, la parte de evitar depende de la entrada manual del piloto.

En cuanto a las aplicaciones de este tipo de drones se encuentran, además de los usos de los mismos por aficionados, respecto de los usos profesionales, los de inspección y mantenimiento, localización y detección, fotografía y filmación, protección y seguridad, y monitoreo. Un alto porcentaje de los drones posee este nivel de automatización, es decir, todos salvo los que se usan de forma recreativa, que no necesitan ningún nivel de automatización.

44. En cuanto al nivel 2, la automatización parcial, el piloto sigue siendo responsable del funcionamiento seguro del vehículo y debe estar preparado para tomar el control del dron en caso de cualquier fallo. Sin embargo, “bajo ciertas condiciones”, el dron puede tomar el control en términos de rumbo, altitud y velocidad. El piloto todavía está totalmente a cargo, incluido el seguimiento del espacio aéreo, las condiciones de vuelo y la reacción en caso de emergencia. La mayoría de los fabricantes construyen drones a este nivel, donde el dron puede ayudar con las funciones de navegación y permitir al piloto desconectarse de algunas de sus tareas. El dron posee un sistema de detectar y alertar al piloto de los posibles obstáculos, que el piloto manualmente deberá salvar, como en el nivel 1 de automatización.

En este nivel de automatización se carga en el dron una ruta de vuelo pre-programada en la que no intervenga el piloto y el dron comenzará a ejecutar la tarea de volar a lo largo de estos trayectos después del despegue. Algunos drones con este nivel de autonomía tienen incorporada una función de despegue y aterrizaje automatizado, lo cual facilita el manejo del dron, pero no lo hace más autónomo. Las aplicaciones de este tipo de drones son mapeo, topografía, esterilización y siembra, y medición. Este nivel de automatización también lo tiene un alto porcentaje de drones, siendo menor que los que tienen un nivel 1 de autonomía

¹³⁹ Art. 2.17) Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

¹⁴⁰ Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (COORD.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillaumon*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 942-943.

¹⁴¹ M. McNABB, “DRONEII: Tech Talk – Unraveling 5 Levels of Drone Autonomy”, *dronelife*, 11 marzo 2019, disponible en línea en <https://dronelife.com/2019/03/11/droneii-tech-talk-unraveling-5-levels-of-drone-autonomy/> (consultado el 10 de abril de 2024).

¹⁴² C. NÚÑEZ ZORRILLA, “La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 796, 2023, p. 835.

¹⁴³ GNSS son las siglas de *Global Navigation Satellite System* (Sistema Mundial de Navegación por Satélite).

45. Por lo que respecta al nivel 3, la automatización condicional, al igual que en el nivel 2, el dron puede volar solo, pero el piloto remoto aún debe prestar atención y estar preparado para tomar el control en cualquier momento. El dron notificará al piloto si es necesaria cualquier intervención, por lo que el piloto es el sistema de respaldo del dron. Este nivel implica que el dron puede realizar todas las funciones “bajo ciertas condiciones”, mientras que en el nivel 2, sólo algunas funciones.

En este nivel, el dron vuela a lo largo de una trayectoria de vuelo pre-programada cuando los sensores a bordo detectan un obstáculo. Después de la detección de ese obstáculo, por ejemplo, de la copa de un árbol, el dron se detendrá y enviará al piloto una alarma de un objeto muy cerca. Después, el piloto corrige manualmente el rumbo/altitud antes de que el dron continúe volando a lo largo de su trayectoria pre-programada. La cartografía, topografía y entrega de bienes, serían las principales aplicaciones de este tipo de drones. Este nivel de automatización lo tienen una cantidad de drones menor que la cantidad de drones que tienen un nivel 2 de autonomía.

Dentro del nivel 3, se encontraría el nivel 3+, conocido como despliegue automatizado de drones. En este sentido, otra forma de medir la autonomía de un dron es tener en cuenta su entorno de trabajo. Algunos fabricantes han logrado avances en la automatización del despliegue de drones mediante la construcción de “cajas de drones totalmente automatizadas”. Esto implica que no se necesita ningún ser humano en el circuito para supervisar el vuelo.

Este nivel consiste en tener un dron en un lugar concreto para realizar frecuentemente la misma tarea, por ejemplo, inspeccionar una mina a cielo abierto dos veces por semana. La ruta de vuelo pre-programada sigue siendo la misma, el dron está equipado con capacidades automáticas de despegue y aterrizaje y la caja del dron brinda refugio, así como la posibilidad de recargar las baterías y desplegar automáticamente el dron según el programa establecido. Las áreas de aplicación actuales de ese tipo de drones son cartografía, topografía y protección y seguridad.

46. En cuanto al nivel 4, de alta automatización, el dron puede ser controlado por una persona, pero no siempre es necesario. Este puede volar solo a tiempo completo en las circunstancias adecuadas. Se espera que el dron tenga sistemas de apoyo para que, si uno de los sistemas falla, siga estando operativo. Su comportamiento depende de una funcionalidad incorporada fija o de un conjunto de reglas fijas que establecen el comportamiento del sistema. En este nivel de automatización, el sistema de detectar y evitar presente en los drones con nivel 3 de automatización, se transforma en detectar y navegar.

En este nivel de automatización, un dron equipado con una serie de sensores puede seguir a una persona o a un objeto. Mientras hace esto, el dron detecta los obstáculos en la trayectoria de vuelo y evita activamente el contacto cambiando el rumbo y/o la altitud, es decir, encuentra una manera de seguir la tarea mientras altera automáticamente la forma de realizarla. La aplicación de los drones con nivel 4 de automatización son la fotografía y filmación, así que el porcentaje de drones que disponen de este nivel de automatización es bastante bajo¹⁴⁴.

47. En el nivel 5, de automatización completa, el dron se controla a sí mismo en todas las circunstancias sin esperar intervención humana. Esto incluye la automatización a tiempo completo de todas las tareas de vuelo bajo cualquier condición.

Estos drones son los que se están desarrollando en la actualidad y lo que se espera es que puedan utilizar herramientas de inteligencia artificial para planificar sus vuelos, es decir, sistemas de aprendizaje autónomos con la capacidad de modificar comportamientos rutinarios, conocidos como *deep learning*. Así, por ejemplo, si a un dron de nivel 5 de automatización, se le asignara la tarea de monitorear tiburones en la costa, de forma que cada día el dron vigilara la costa, pero lo más habitual es que los problemas surjan en una determinada zona de su trayectoria de vuelo. Pues bien, este dron podrá en su próximo vuelo utilizar los conocimientos adquiridos de vuelos anteriores para planificar un vuelo con el fin de monitorear esa zona problemática primero¹⁴⁵.

¹⁴⁴ La fotografía y filmación no son considerados un uso profesional para las empresas operadoras de drones que realizan otras actividades profesionales como inspección de infraestructuras, cartografía o topografía.

¹⁴⁵ M. McNABB, “DRONEII: Tech Talk – Unraveling 5 Levels of Drone Autonomy”, *dronelife*, 11 marzo 2019, disponible

También se debe destacar que es en el nivel 5 de automatización, donde el dron es completamente autónomo, cuando se podrán lograr los dos objetivos clave en la industria de los drones, que son la movilidad aérea urbana y los grandes drones de reparto de carga.

La regulación aérea americana está más avanzada en este sentido y la europea está dando pasos más pequeños en esta misma línea, para que en un futuro próximo se permitan los vuelos de los drones completamente autónomos, ya que, a nivel tecnológico, la sofisticación de los procesadores de los drones es elevada y a nivel de infraestructuras aéreas se ha avanzado mucho para que sea posible su incorporación al espacio aéreo con el resto de operadores. Sin embargo, los problemas vienen generados por la frecuencia y el volumen de datos, de forma que su peso es tan elevado, que su transmisión en tiempo real no es posible y en muchas ocasiones tampoco su procesamiento. Así que los principales avances deben ir en este sentido, porque todavía no se permite su uso generalizado, como sí lo están los drones con el resto de niveles de automatización. De hecho, los drones con niveles 0, 1, 2 y 3 de automatización suponen el grueso de los drones, mientras que en el nivel 4 de automatización operan un bajo porcentaje de drones.

2. Incidencia de la Ley de Inteligencia Artificial (IA) en la regulación sobre drones

48. La Ley de Inteligencia Artificial (IA) establece una serie de requisitos preventivos que, junto con otras normas de seguridad, pretenden proteger a los ciudadanos de los efectos perversos del uso de los sistemas de Inteligencia Artificial¹⁴⁶. Por medio de esta Ley, la Comisión ha propuesto normas destinadas a reducir los riesgos para la seguridad y proteger los derechos fundamentales¹⁴⁷. Sin embargo, si a pesar de estos mecanismos *ex ante* se producen daños, la Comisión quiere desarrollar un sistema eficaz en su política de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, por lo que además ha decidido elaborar dos propuestas legislativas más, mecanismos *ex post*, que promoverán la confianza en la IA, asegurando que las víctimas puedan recibir una indemnización efectiva de la misma forma que si se tratara de cualquier otro tipo de producto que no incorporase IA.

La Comisión adopta, por tanto, un enfoque holístico en su política de responsabilidad en materia de IA, proponiendo adaptaciones de la responsabilidad del productor por productos defectuosos en virtud de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, y la Directiva sobre responsabilidad en materia de IA¹⁴⁸. Si bien, de momento ambas son Propuestas de Directiva y no son objeto de estudio de forma amplia, aunque serán mencionadas cuando corresponda¹⁴⁹.

en línea en <https://dronelife.com/2019/03/11/droneii-tech-talk-unraveling-5-levels-of-drone-autonomy/> (consultado el 10 de abril de 2024).

¹⁴⁶ Vid. Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁴⁷ Vid., sobre la ética de la Inteligencia Artificial, F.-H. LLANO ALONSO, *Homo ex machina. Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

¹⁴⁸ Vid., en relación a la aplicación de la nueva Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos a los vehículos automatizados o vehículos autónomos, C. NÚÑEZ ZORRILLA, “La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 796, 2023, pp. 801-851; G. IZQUIERDO GRAU, “La responsabilidad del productor de vehículos autónomos en el marco de la (futura) legislación en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n.º. 2 (junio 2023), pp. 117-161; M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, pp. 75-94. Vid., en relación a la Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, pp. 67-74.

¹⁴⁹ Ambas Propuestas están estrechamente vinculadas para abarcar todas las acciones que se presenten en materia de responsabilidad civil como consecuencia de un sistema de IA, ya que las demandas que entran dentro de sus ámbitos de aplicación se refieren a diferentes tipos de responsabilidad. La Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos cubre la responsabilidad objetiva del productor por productos defectuosos, lo que da lugar a una indemnización por determinados tipos de daños, fundamentalmente sufridos por particulares. La Directiva sobre responsabilidad en materia de IA cubre las demandas nacionales de responsabilidad fundamentadas principalmente en la culpa de cualquier persona con el fin de indemnizar por cualquier tipo de daño y a cualquier tipo de víctima. Se complementan entre sí para formar un sistema general

Si bien, el primer aspecto importante que se puede extraer de la Ley de Inteligencia Artificial es que las normativas previstas en materia de responsabilidad civil, ya sea la de productos defectuosos o la de responsabilidad civil en materia de IA son perfectamente aplicables y, por lo tanto, complementarias a la Ley de Inteligencia Artificial. En relación a la Propuesta de Directiva en materia de productos defectuosos, así lo prevé expresamente la Ley de Inteligencia Artificial en su Considerando (9)¹⁵⁰. Sin embargo, con respecto a la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, la Ley de IA no señala expresamente que se pueda realizar una reclamación por daños y perjuicios en virtud de dicha Directiva, por los efectos dañinos producidos por un sistema de IA, pero se deduce implícitamente de los fundamentos ya mencionados de la Ley de IA y de forma algo más explícita de la redacción del art. 7.2.(k) de la Ley de IA¹⁵¹. En esta misma línea, puede afirmarse que la Ley de IA prevé un régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones, pero no se ocupa de la responsabilidad que pueda derivar de los daños causados por tal infracción¹⁵².

En este sentido, mientras que la normativa sobre responsabilidad civil suele resarcir los daños personales, incluidos los causados por el fallecimiento, y los daños materiales o a las cosas, otros no se contemplan. Por lo tanto, la razón de ser de muchas de las prohibiciones y deberes establecidos por la Ley de IA es resarcir de los daños que deriven de una intromisión en los derechos de la personalidad o el daño emocional o moral puro¹⁵³. Así pues, la Ley de IA ofrece soluciones para intentar evitar que se produzcan esos efectos dañinos, por lo que su objetivo es preventivo, no correctivo, como sí lo son las distintas normativas sobre responsabilidad civil¹⁵⁴.

49. Aunque se han señalado algunos aspectos relevantes de la Ley de IA que se deben destacar en relación con los drones, la Ley busca en su totalidad mejorar el funcionamiento del mercado anterior, promover una IA centrada en el ser humano y digna de confianza, así como asegurar un alto nivel de protección de los derechos fundamentales.

En su articulado recoge: a) Normas armonizadas para introducir en el mercado, poner en servicio y utilizar sistemas IA en la Unión Europea; b) Prohibición de ciertas prácticas de IA; c) Requisitos específicos para los sistemas IA de alto riesgo; d) Normas de transparencia armonizadas para determina-

de responsabilidad civil eficaz. *Vid.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), COM (2022) 496 final, 28 septiembre 2022, pp. 1-37.

¹⁵⁰ Considerando (9) Ley de Inteligencia Artificial: “(...) *En consecuencia, permanecen inalterados y siguen siendo plenamente aplicables todos los derechos y vías de recurso que el citado Derecho de la Unión otorga a los consumidores y demás personas que puedan verse afectados negativamente por los sistemas de IA, en particular en lo que respecta a la reparación de los posibles daños de conformidad con la Directiva 85/374/CEE del Consejo (...)*”. Esta normativa es la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos que está actualmente en vigor, si bien se espera que sea sustituida por la actual Propuesta de Directiva en la materia, en la que, entre otras novedades, se introduce precisamente la Inteligencia Artificial y adopta soluciones alineadas con la Ley de Inteligencia Artificial. *Vid.* art. 7 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/recital/9/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁵¹ En relación con la clasificación de los sistemas de alto riesgo, la Ley de IA prevé que esta lista puede ser modificada bajo ciertas condiciones. Así lo señala el art. 7: Modificaciones del anexo III: “1. *La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 a fin de modificar el anexo III añadiendo o modificando casos de uso de sistemas de IA de alto riesgo cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: (a) los sistemas de IA están destinados a utilizarse en cualquiera de los ámbitos enumerados en el anexo III; (b) los sistemas de IA plantean un riesgo de daño para la salud y la seguridad, o un impacto adverso en los derechos fundamentales, y ese riesgo es equivalente o superior al riesgo de daño o de impacto adverso que plantean los sistemas de IA de alto riesgo ya mencionados en el anexo III.* 2. *Al evaluar la condición prevista en la letra b) del apartado 1, la Comisión tendrá en cuenta los siguientes criterios: (a) la finalidad prevista del sistema de IA; (...) (k) la medida en que el Derecho de la Unión vigente prevé: (i) medidas efectivas de reparación en relación con los riesgos que plantea un sistema de IA, con exclusión de las reclamaciones por daños y perjuicios; (ii) medidas eficaces para prevenir o reducir sustancialmente dichos riesgos (...)*. El subrayado es de la autora, no del texto. *Vid.* art. 7 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/7/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁵² M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, p. 67.

¹⁵³ M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, p. 68.

¹⁵⁴ M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, p. 60.

dos sistemas de IA; e) Normas armonizadas para comercializar modelos de IA de uso general; f) Reglas sobre supervisión del mercado, sobre gobernanza de la vigilancia del mercado y sobre ejecución; g) Medidas de apoyo a la innovación, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, incluyendo las de nueva creación¹⁵⁵.

A continuación, se señalará qué incidencia ha tenido la Ley de IA en la normativa europea que regula los drones, ya que, de hecho, la ha venido a modificar.

A) Modificación del Reglamento (UE) 2018/1139

50. Dentro de estos mecanismos *ex ante* para reducir los riesgos para la seguridad y proteger los derechos fundamentales, además del desarrollo de la Ley de Inteligencia Artificial, la Comisión propone también una revisión de las normas sectoriales y horizontales en materia de seguridad de los productos¹⁵⁶.

Se realizó en el año 2020, por parte de la Comisión un “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, donde quedó claro que las disposiciones en materia de seguridad de los productos y de responsabilidad civil por productos defectuosos son dos mecanismos complementarios que persiguen el mismo objetivo estratégico: un mercado de bienes único y operativo que garantice niveles elevados de seguridad, de forma que reduzca al mínimo el riesgo de daños para los usuarios y contemple indemnizaciones por daños derivados de los productos¹⁵⁷.

51. Concretamente, se procedió a evaluar la normativa de la Unión Europea en materia de seguridad de los productos, para comprobar que contenía los elementos necesarios para garantizar que las tecnologías emergentes y concretamente los sistemas de Inteligencia Artificial integraban funcionalidades de seguridad desde el diseño¹⁵⁸.

En este sentido, la autonomía es una de las funcionalidades principales que caracteriza a la IA, siendo los resultados no deseados producidos por la IA los que podrían poner en peligro a los usuarios y a todas aquellas personas expuestas a ella¹⁵⁹.

Como el “comportamiento” de los productos de IA puede determinarse previamente mediante la evaluación del riesgo realizada por el fabricante antes de la comercialización de los productos, el marco de la Unión en materia de seguridad de los productos ya establece obligaciones para que los productores

¹⁵⁵ *Vid.* Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁵⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), COM (2022) 496 final, 28 septiembre 2022, pp. 1-37.

¹⁵⁷ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

¹⁵⁸ La normativa de la Unión en materia de seguridad de los productos tiene por objeto garantizar que los productos comercializados en el mercado de la Unión cumplan unos requisitos elevados en materia de salud, seguridad y medio ambiente, y que dichos productos puedan circular libremente por la Unión Europea. Además, las normas de seguridad se complementan con la vigilancia del mercado y la atribución de competencias a las autoridades nacionales. *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

¹⁵⁹ Aunque los productos basados en la IA pueden actuar de manera autónoma sirviéndose de su percepción del entorno sin seguir una serie de instrucciones predeterminadas, su comportamiento está limitado por el objetivo que se les ha asignado y otras opciones de diseño establecidas por sus desarrolladores. Esto es así de momento, al menos en lo que respecta a los drones, y en general, a los vehículos de transporte, de forma que si los sistemas de IA de dichos medios de transporte tienen un comportamiento autónomo no significa que desempeñen tareas no previstas por los desarrolladores.

tengan en cuenta en la evaluación del riesgo el “uso” de los productos a lo largo de su vida útil¹⁶⁰. También dispone que los fabricantes deben redactar las instrucciones pertinentes, así como la información de seguridad para los usuarios o, incluso, realizar advertencias. Así, por ejemplo, la Directiva sobre equipos radioeléctricos exige al fabricante que incluya instrucciones sobre cómo utilizar el equipo radioeléctrico de conformidad con su uso previsto¹⁶¹. Precisamente esta Directiva relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos es de aplicación a los drones, pues el piloto controla al dron mediante un aparato radioléctrico.

Además, en el ámbito del transporte, existen normas de la Unión Europea y nacionales adicionales para la puesta en circulación de un vehículo de motor, una aeronave, entre las que se encuentran los drones, o un buque; así como normas claras que rigen la seguridad durante su funcionamiento, que establecen las actividades a desarrollar por los operadores, así como las tareas de vigilancia por parte de las autoridades¹⁶².

No obstante, pueden darse situaciones en las que los resultados de los sistemas de IA no puedan determinarse previamente. En estos casos, la evaluación del riesgo realizada antes de comercializar el producto no puede seguir reflejando el uso, el funcionamiento o el comportamiento del producto. Por lo que, siempre que se vea modificado el uso inicialmente previsto por el fabricante debido al comportamiento autónomo y tenga incidencia en el cumplimiento de los requisitos de seguridad, se puede contemplar la necesidad de exigir una nueva evaluación del producto que incorpora aprendizaje automático¹⁶³.

De conformidad con el marco actual, cuando los productores tengan conocimiento de que un producto, a lo largo de todo su ciclo de vida, presenta riesgos en materia de seguridad, deben informar inmediatamente a las autoridades competentes y tomar medidas para prevenir los riesgos para los usuarios¹⁶⁴. Si bien, el problema se plantea cuando los productores carezcan de esta información y se produzca un daño al usuario, en cuyo caso, habrá que recurrir a la Ley de IA y al mecanismo de la responsabilidad civil para que el usuario pueda ser resarcido de los efectos no deseados de los productos que incorporan sistemas de IA. En este sentido, la Ley de IA contempla requisitos específicos de supervisión humana, que sirven como salvaguarda, desde el diseño y durante todo el ciclo de vida de los productos y sistemas de IA; o, en relación a la comercialización de los productos, contempla obligaciones explícitas de los productores de, por ejemplo, robots con IA humanoide, para que valoren expresamente el daño mental que sus productos pueden causar a los usuarios, en particular, a los usuarios vulnerables como las personas mayores en entornos sanitarios¹⁶⁵.

¹⁶⁰ En la normativa de la Unión Europea en materia de seguridad de los productos, los productores hacen la evaluación del riesgo basándose en el uso previsto del producto, en el uso previsible y/o en el mal uso razonablemente previsible. *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

¹⁶¹ Así se establece en su art. 10.8 relativo a las instrucciones para el usuario final y el anexo VI, relativo a la declaración UE de conformidad (Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, DO núm. L 153, 22 mayo 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE).

¹⁶² Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

¹⁶³ Dicha exigencia está en consonancia con la Guía azul sobre la aplicación de la normativa de la UE relativa a los productos, de 2016, sección 2.1. *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

¹⁶⁴ Art. 5 Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, DOCE núm. L 11, 15 enero 2002, relativa a la seguridad general de los productos. Si bien esta Directiva será derogada el 13 de diciembre de 2024, fecha a partir de la cual será de aplicación el Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 (DOUE núm. L 135, 23 mayo 2023) relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) nº 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo.

¹⁶⁵ *Vid.*, en relación a los daños mentales que puedan producir sobre las personas mayores los robots con IA humanoide, N. AKALIN/ A. KRISTOFFERSSON/ A. LOUFI, “Evaluating the Sense of Safety and Security in Human-Robot Interaction with Older

En los primeros estudios sobre responsabilidad civil en materia de IA se abordó la cuestión de quién sería el sujeto responsable en caso de que el producto que incorporase IA produjera un daño como consecuencia de su comportamiento autónomo, por lo que podría ser necesario a largo plazo otorgar personalidad jurídica a los robots autónomos complejos. En ese caso dichos robots podrían ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que pudiesen causar y aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomasen decisiones autónomas inteligentes o interactuasen con terceros de forma independiente¹⁶⁶. Sin embargo, en estudios posteriores esta idea fue rechazada de plano, en primer lugar, porque el estado de la técnica no permite afirmar que existan robots completamente autónomos, en el sentido de que puedan realizar actividades diferentes a las preprogramadas por el desarrollador y que, por esa razón y al menos de momento, siempre ha de existir una persona responsable de las actividades desarrolladas por un robot¹⁶⁷. Finalmente, esta última corriente de pensamiento ha tenido su reflejo en la Ley de IA que sigue un enfoque en el que en el centro de la Ley se encuentran a las personas, ya que otorgar personalidad jurídica a un robot implicaría una serie de cuestiones éticas que la Ley de IA tendría que haber abordado y que no aborda porque no contempla dicha posibilidad¹⁶⁸.

52. Otra característica fundamental de los productos y sistemas basados en la IA es la dependencia de datos, de forma que la exactitud y pertinencia de los datos es crucial para garantizar que los sistemas y productos basados en la IA tomen las decisiones que el productor ha previsto.

La normativa de la Unión en materia de seguridad de los productos no aborda explícitamente el tema de los riesgos para la seguridad derivados de datos erróneos. Sin embargo, de acuerdo con el “uso” del producto, los productores deben anticipar durante las fases de diseño y ensayo la exactitud de los datos y su pertinencia para las funciones de seguridad.

Por ejemplo, un sistema basado en la IA diseñado para detectar objetos específicos puede tener dificultades para reconocer objetos en condiciones de iluminación, por lo que los diseñadores deben incluir datos procedentes de ensayos de productos en entornos tanto típicos como mal iluminados. Esto es especialmente relevante en el caso de los drones, pues muchas de sus actividades se basan en la visualización de terreno u objetos, como pudiera ser las tareas de precisión agrícolas, entre las que se encuentra la fumigación. Si bien, aunque en la actualidad los algoritmos correspondientes ya muestran unas tasas de error muy bajas, un defecto en los conjuntos de datos en los que se basan dichos algoritmos puede hacer que los drones tomen una decisión errónea y acaben lesionando a un animal o a una persona.

Por lo tanto, la cuestión que debía resolverse entonces es si la normativa de la Unión Europea en materia de seguridad de los productos debía incluir requisitos específicos en la fase de diseño, en relación con el riesgo para la seguridad provocado por datos erróneos, así como mecanismos para garantizar la calidad de los datos cuando se usan con productos y sistemas de IA¹⁶⁹. Pues bien, obviamente, este aspecto también ha sido tenido en cuenta en la normativa sobre seguridad de los productos, así como en la Ley de Inteligencia Artificial y, además, el sujeto perjudicado siempre tiene la posibilidad de recurrir al mecanismo de la responsabilidad civil.

People”, en O. KORN (ed.), *Social Robots: Technological, Societal and Ethical Aspects of Human-Robot Interaction*, Springer, Switzerland, 2019, pp. 237-264.

¹⁶⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), DO núm. C 252, 18 julio 2018, pp. 239-257.

¹⁶⁷ Informe “Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies”, *Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, Comisión Europea, 2019, pp. 37-39, disponible en línea en file:///C:/Users/user/Downloads/ds0319853enn_8F2D16AC-B321-5D09-5D00CF00D6CC39C5_63199.pdf (consultado el 30 de abril del 2024).

¹⁶⁸ Considerando (8) Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/recital/8/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁶⁹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=2CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

53. Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, la Ley de Inteligencia Artificial, viene a modificar el Reglamento (UE) 2018/1139 sobre normas comunes en la aviación civil. El art. 108 de la Ley de IA modifica todos aquellos preceptos del Reglamento en los que se adoptan actos de ejecución y delegados relativos a sistemas de inteligencia artificial que sean componentes de seguridad en el sentido de la Ley de Inteligencia Artificial; en cuyo caso se tendrán en cuenta los requisitos de los sistemas de IA de alto riesgo, recogidos en la sección 2 del capítulo III de la Ley de IA, que se explicarán más adelante¹⁷⁰.

Más concretamente, en lo relativo a las aeronaves no tripuladas, es decir drones, se tendrán en cuenta las condiciones a cumplir de los sistemas de IA de alto riesgo, definidos en la Ley de IA, al adoptar actos de ejecución y delegados, referidos a los proveedores de GTA/SNA (Servicios de gestión del tránsito aéreo y la navegación aérea) y para las organizaciones que intervengan en el diseño, la producción o el mantenimiento de sistemas y componentes de GTA/SNA, que incorporen sistemas IA como componentes de seguridad¹⁷¹. De la misma forma, que deberán observarse los requisitos de los sistemas de alto riesgo de la Ley de IA, cuando se adopten actos de ejecución y delegados para las aeronaves no tripuladas, que incorporen sistemas de IA que sean componentes de seguridad en el sentido de la Ley de IA¹⁷².

B) Drones como sistemas de IA de alto riesgo

54. En primer lugar, se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley de IA, aquellos sistemas de IA cuando y en la medida en que se comercialicen, se pongan en servicio o se utilicen, con o sin modificaciones, exclusivamente con fines militares, de defensa o de seguridad nacional, independientemente del tipo de entidad que lleve a cabo dichas actividades¹⁷³.

Por otro lado, la Ley de IA clasifica la IA en función de su riesgo, siguiendo, por tanto, un enfoque basado en el riesgo:

- 1º) Se prohíben las aplicaciones y sistemas que supongan riesgos inaceptables, como son los sistemas de puntuación social gestionados por los gobiernos, siendo el caso de China, así como la IA manipuladora.
- 2º) La mayor parte del texto aborda los sistemas de IA de alto riesgo, como por ejemplo una herramienta de escaneo del curriculum vitae que clasifica a los solicitantes de empleo, de forma que debe cumplir requisitos legales específicos.
- 3º) Una sección más pequeña se ocupa de los sistemas de IA de riesgo limitado, sujetos a obligaciones de transparencia menos estrictas, de forma que los desarrolladores e implantadores deben garantizar que los usuarios finales sean conscientes de que están interactuando con IA, siendo el caso de los chatbots y *deep fakes*.
- 4º) El riesgo mínimo no está regulado, incluida la mayoría de las aplicaciones de IA actualmente disponibles en el mercado único de la UE, como los videojuegos con IA y los filtros de spam, si bien esto está cambiando con la IA generativa¹⁷⁴. De hecho, la Ley de IA prevé la posibilidad de que se pueda añadir o modificar la clasificación de los sistemas de alto riesgo recogidos en el anexo III, aunque se exigen unos requisitos para ello¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Art. 108 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/108/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁷¹ Art. 43.4 y 47.3 Reglamento (UE) 2018/1139, tras la modificación realizada por la Ley de IA.

¹⁷² Art. 57, párrafo final, y 58.3 Reglamento (UE) 2018/1139, tras la modificación realizada por la Ley de IA.

¹⁷³ Art. 2.3 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/2/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁷⁴ Resumen de la Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/high-level-summary/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁷⁵ Así lo señala el art. 7: Modificaciones del anexo III: “1. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con arreglo al artículo 97 a fin de modificar el anexo III añadiendo o modificando casos de uso de sistemas de IA de alto riesgo cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: (a) los sistemas de IA están destinados a utilizarse en cualquiera de

55. Por lo que respecta a los drones, como ya se ha adelantado, la Ley de IA clasifica a todos los drones como sistemas de IA de alto riesgo, no realizando ninguna distinción entre los distintos niveles de automatización de los drones¹⁷⁶.

Efectivamente, tal y como señala el art. 6.1 de la Ley de IA, se consideran sistemas de IA de alto riesgo utilizados como componente de seguridad de un producto o como producto en sí mismo, que estén sujetos a la legislación de armonización de salud y seguridad de la Unión Europea enumerada en el anexo I; y además, debe someterse, en cualquiera de los dos casos, a una evaluación de la conformidad por terceros, con vistas a la introducción en el mercado o la puesta en servicio de dicho producto con arreglo a la legislación señalada recogida en el anexo I¹⁷⁷. Además, el art. 6.2 define como sistemas de IA de alto riesgo los agrupados en el anexo III de la Ley de IA en ocho áreas específicas, siempre que creen un riesgo significativo de daño para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas o, en determinados casos, al medio ambiente¹⁷⁸. Sin embargo, un sistema de IA contemplado en el anexo III no se considerará de alto riesgo cuando no plantee un riesgo significativo de perjuicio para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas, por no influir materialmente en el resultado de la toma de decisiones¹⁷⁹. Por otro lado, el proveedor que considere que un sistema de IA contemplado en el anexo III no es de alto riesgo documentará su evaluación antes de que dicho sistema se comercialice o se ponga en servicio. Dicho proveedor estará sujeto a la obligación de registro en virtud del art. 49.2 de la Ley de IA¹⁸⁰.

Pues bien, los drones se encontrarían entre los sistemas de alto riesgo, según el art. 6.1 de la Ley de IA, puesto que el Reglamento (UE) 2018/1139, que regula la navegación aérea civil, es una de las legislaciones de armonización de la Unión Europea basada en el nuevo marco legislativo, concretamente aparece en la sección B, del anexo I, pero únicamente en lo que respecta a las aeronaves no tripuladas, es decir, los drones¹⁸¹. Más concretamente, se aplicaría exclusivamente al diseño, la producción y la comercialización de las aeronaves no tripuladas a las que se refiere el art. 2.1 de la Ley de IA –que recoge el ámbito de aplicación de la Ley de IA–, pero únicamente en relación con: (a) los proveedores

los ámbitos enumerados en el anexo III; (b) los sistemas de IA plantean un riesgo de daño para la salud y la seguridad, o un impacto adverso en los derechos fundamentales, y ese riesgo es equivalente o superior al riesgo de daño o de impacto adverso que plantean los sistemas de IA de alto riesgo ya mencionados en el anexo III. (...)”. Vid. art. 7 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/7/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁷⁶ Se volverá sobre este asunto más adelante. En relación a esta problemática, vid. Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 892.

¹⁷⁷ Art. 6.1 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/6/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁷⁸ Por su parte, la Comisión proporcionará directrices para clarificar las circunstancias del anexo III que enumera y que son: la identificación biométrica y categorización, en la medida en que no se encuentren comprendidas entre las prácticas prohibidas; la gestión y operación de infraestructuras críticas; la educación y la formación profesional; el empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo; el acceso a servicios privados esenciales y a servicios y ayudas públicas esenciales y disfrute de dichos servicios y ayudas; asuntos relacionados con la aplicación de la ley; la gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo; y la administración de justicia y procesos democráticos (M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, pp. 64-65).

¹⁷⁹ Esto es así cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: “(a) el sistema de IA está destinado a realizar una tarea de procedimiento limitada; (b) el sistema de IA está destinado a mejorar el resultado de una actividad humana previamente realizada; (c) el sistema de IA está destinado a detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones de patrones de toma de decisiones anteriores y no está destinado a sustituir o influir en la evaluación humana previamente completada, sin la debida revisión humana; o bien (d) el sistema de IA está destinado a realizar una tarea preparatoria de una evaluación pertinente a efectos de los casos de uso enumerados en el anexo III. No obstante, lo dispuesto en el párrafo primero, un sistema de IA mencionado en el anexo III se considerará siempre de alto riesgo cuando el sistema de IA realice la elaboración de perfiles de personas físicas” (art. 6.3 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/6/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁸⁰ En este sentido, a petición de las autoridades nacionales competentes, el proveedor facilitará la documentación de la evaluación. Vid. art. 6.4 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/6/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁸¹ Vid. sección B, anexo I, párrafo 20 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/annex/1/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

que comercialicen o pongan en servicio sistemas de IA o comercialicen modelos de IA de uso general en la Unión; y (b) los implantadores de sistemas de IA que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión¹⁸².

Por lo tanto, las aeronaves tripuladas no serían objeto de la Ley de IA, al no estar dentro del anexo I, sobre legislación armonizada de la Unión Europea, ya que, además, la inteligencia artificial no tiene, en principio, una incidencia especial en la aviación tripulada. Sin embargo, sí que se encontrarían dentro del listado de legislaciones, exactamente en la sección A del anexo I, y, por tanto, serían objeto de la Ley de IA, dos normativas que afectan también a la regulación de los drones: la Directiva de seguridad en los juguetes y la de equipos radioeléctricos¹⁸³.

56. En relación con los sistemas de IA de alto riesgo, regulados en el capítulo III, la sección 2 de la Ley de IA recoge los requisitos de los sistemas de alto riesgo, mientras que en la sección 3 se señalan las obligaciones de los proveedores e implantadores de sistemas de IA de alto riesgo y otras partes interesadas.

En relación a la sección 2, la Ley de IA establece un sistema de gestión de riesgos que consistirá en un proceso iterativo continuo, planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida del sistema, que requerirá actualizaciones sistemáticas periódicas y que constará de diversas etapas¹⁸⁴. Entre otras medidas contempla el establecimiento de estándares de calidad para la capacitación, la validación y la prueba de conjuntos de datos en aquellos sistema de IA que impliquen el entrenamiento de modelos con datos; el establecimiento de los requisitos de la documentación técnica del sistema; el mantenimiento de registros, transparencia y suministro de información a los usuarios; la supervisión humana de los sistemas de IA; y las reglas relativas a un nivel adecuado de precisión, robustez y ciberseguridad¹⁸⁵.

En la sección 3 del capítulo III, en relación a las obligaciones de los proveedores y usuarios de sistemas de IA de alto riesgo y de otras partes, se aborda la necesidad de establecer un sistema de gestión de la calidad que garantice el cumplimiento de la Ley de IA; la obligación de elaborar la documentación técnica establecida; el sometimiento del sistema de IA de alto riesgo al correspondiente procedimiento de evaluación de la conformidad antes de su comercialización o puesta en servicio; la conservación de los archivos de registro generados automáticamente por sus sistemas de IA de alto riesgo; la colocación del marcado CE en el sistema de IA de alto riesgo; y la adopción de las medidas correctoras necesarias, así como facilitar la información exigida¹⁸⁶. Como aspecto relevante, se debe destacar la necesidad de realizar una evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales de los sistemas de IA de alto riesgo¹⁸⁷. También se debe destacar que los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo deberán

¹⁸² No serían de aplicación el resto, donde el tenor literal del apartado 1 del art. 2 es el siguiente: “1. *El presente Reglamento se aplica a:* (a) los proveedores que comercialicen o pongan en servicio sistemas de IA o comercialicen modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de que dichos proveedores estén establecidos o ubicados en la Unión o en un tercer país; (b) los implantadores de sistemas de IA que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión; (c) proveedores e implantadores de sistemas de IA que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en un tercer país, cuando el producto generado por el sistema de IA se utilice en la Unión; (d) importadores y distribuidores de sistemas de IA; (e) fabricantes de productos que comercialicen o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y bajo su propio nombre o marca; (f) los representantes autorizados de los prestadores que no estén establecidos en la Unión; (g) personas afectadas que se encuentren en la Unión”.

¹⁸³ Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, DO núm. L 170, 30 junio 2009, sobre la seguridad de los juguetes; Directiva 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, DO núm. L 153, 22 mayo 2014, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, y por la que se deroga la Directiva 1999/5/CE.

¹⁸⁴ Art. 9 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/9/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁸⁵ Arts. 10-15 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/section/3-2/> (consultado el 25 de mayo de 2024). *Vid.* M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, pp. 65-66.

¹⁸⁶ Arts. 16-20 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/section/3-3/> (consultado el 25 de mayo de 2024). *Vid.* M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, p. 66.

¹⁸⁷ Art. 27 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/27/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

registrar sus sistemas en una base de datos de toda la Unión Europea, que estará gestionada por la Comisión Europea, antes de comercializar o poner en servicio dicho sistema de IA de alto riesgo, además de cumplir con otras obligaciones estipuladas en la Ley de IA¹⁸⁸.

Sin embargo, con respecto a las aeronaves no tripuladas, además de las limitaciones señaladas anteriormente para la aplicación de la Ley de IA —es decir, únicamente en relación con los proveedores que comercialicen o pongan en servicio sistemas de IA o comercialicen modelos de IA de uso general en la Unión y los implantadores de sistemas de IA que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión—, también se reducen los preceptos de la Ley de IA a los que estarían sujetas las aeronaves no tripuladas. Así se establece en el art. 2, que señala el ámbito de aplicación de la Ley de IA, y que puntualiza que para los sistemas de IA clasificados como sistemas de alto riesgo relacionados con productos cubiertos por la legislación de armonización de la Unión enumerada en la sección B del anexo I, únicamente serán de aplicación determinados preceptos de la Ley de IA¹⁸⁹. Pues bien, precisamente en este listado de leyes del anexo I, y justamente en la sección B, se encontraría el Reglamento (UE) 2018/1139, que como ya se ha señalado en varias ocasiones establece las normas comunes en materia de navegación aérea, pero exclusivamente en relación con las aeronaves no tripuladas, excluyendo del ámbito de aplicación de la Ley de IA a la aviación tripulada. Por lo tanto, los preceptos que serían de aplicación a los sistemas de IA de alto riesgo en relación con las aeronaves no tripuladas son: el art. 6.1 de la Ley de IA, que ya ha sido estudiado y que define los sistemas de IA de alto riesgo; los arts. 102 a 109 recogen las modificaciones de la normativa de la Unión Europea, ya sea Reglamento o Directiva, introducidas por la Ley de IA, y que a los efectos del presente trabajo, se debe mencionar el art. 108, que versa sobre la modificación del Reglamento (UE) 2018/1139, estudiado en el apartado anterior; y el art. 112, sobre evaluación y revisión, que entre otros aspectos señala que la Comisión evaluará la necesidad de modificar la lista de los sistemas de alto riesgo que figuran en el anexo III y la lista de prácticas de IA prohibidas establecida en el art. 5. Pero además, el artículo 57 se aplicaría únicamente en la medida en que los requisitos para los sistemas de IA de alto riesgo con arreglo a dicha Ley se hayan integrado en dicha legislación de armonización de la Unión, que en el caso de las aeronaves no tripuladas efectivamente ha sido así. Dicho precepto regula la necesidad de crear espacios aislados de regulación de la IA, con el fin de proporcionar un entorno controlado que fomente la innovación y facilite el desarrollo, la formación, las pruebas y la validación de sistemas innovadores de IA durante un tiempo limitado. Este espacio deberá desarrollarse antes de su comercialización o puesta en servicio con arreglo a un plan específico de entorno aislado acordado entre los proveedores o posibles proveedores y la autoridad competente. Dichos *sandboxes* pueden incluir pruebas en condiciones del mundo real supervisadas en ellos¹⁹⁰.

57. En definitiva, la incidencia de la Ley de IA en la regulación de las aeronaves no tripuladas se manifiesta en dos aspectos: 1º) La catalogación de las aeronaves no tripuladas como sistemas de IA de alto riesgo; 2º) En lo que respecta a los sistemas de IA que sean componentes de seguridad en el sentido de la Ley de Inteligencia Artificial, se tendrá en cuenta lo establecido en el capítulo III, sección 2 de la Ley de IA, que trata los requisitos que tienen que cumplir de los sistemas de IA de alto riesgo, entre los que se encuentra la realización de un sistema de gestión de riesgos, tal y como ya se ha mencionado, y cuya consecuencia directa ha sido la modificación del Reglamento (UE) 2018/1139 en este sentido.

No obstante, los drones podrían ser objeto de una aplicación más amplia de la Ley de IA, si como consecuencia de las actividades desarrolladas con los drones se encontraran en cualquiera de las ocho circunstancias consideradas de alto riesgo en el anexo III y que podrían ser: cuando los drones son utilizados para realizar tareas de identificación biométrica a distancia en tiempo real para el control de aforos en grandes eventos; o cuando son utilizados en el contexto de la gestión de la migración, el asilo o el control de fronteras, con el fin de detectar, reconocer o identificar a personas físicas.

¹⁸⁸ Art. 49 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/49/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁸⁹ Art. 2.2 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/2/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁹⁰ Art. 57.5 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/57/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

58. Por lo tanto, una de las conclusiones fundamentales de la Ley de IA en relación a los drones es que son considerados sistemas de IA de alto riesgo, con independencia de su nivel de automatización. La Ley no señala en el art. 3 que recoge las definiciones que es un sistema de IA de alto riesgo. Lo que sí que contempla es una definición del sistema de IA como un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía¹⁹¹; así que un sistema de IA es también aquél en el que el grado de autonomía es bajo. Además, la Ley de IA precisa qué es riesgo, pero no define qué es “alto riesgo”, de forma que por riesgo se entiende “*la combinación de la probabilidad de que se produzca un daño y la gravedad de ese daño*”¹⁹². Por lo tanto, de una primera aproximación a la Ley de IA, a través de estas definiciones, se podría deducir que un sistema de IA de alto riesgo debe entenderse como un sistema basado en máquinas que, con independencia de su nivel de autonomía, tiene una alta probabilidad de que produzca un daño grave. Finalmente, la Ley de IA ha venido a señalar que los sistemas de IA de alto riesgo son aquellos que generan un impacto adverso en la seguridad de las personas o en sus derechos fundamentales, para después pasar a enumerar los sistemas de IA de alto riesgo¹⁹³.

Sin embargo, hasta el desarrollo de la Ley de IA, como consecuencia de la falta de definición, como señalan algunos autores, se ha tendido a simplificar en exceso la terminología, pues entendían que sólo los UAS autónomos debían ser considerados de alto riesgo por emplear sistemas de IA, de forma que debería tenerse en cuenta los distintos niveles de automatización que tienen los drones, tal y como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior¹⁹⁴. En este sentido, otros autores han considerado, pero en relación con los vehículos autónomos, que por sistemas de IA de alto riesgo debían entenderse los vehículos con niveles altos de automatización o los vehículos completamente autónomos¹⁹⁵.

En el hecho de que solo los aparatos totalmente automatizados o completamente autónomos debían ser considerados sistemas de IA de alto riesgo, ha influido la Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de sistemas de inteligencia artificial realizada por el Parlamento Europeo y publicada el 20 de octubre de 2020, que también diferencia los sistemas de alto riesgo del resto¹⁹⁶. En ella se establece una distinción entre los denominados sistemas de alto riesgo, que estarían sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva impuesto a los operadores de dicho sistema, si bien con límites indemnizatorios muy severos; y los sistemas que no son de alto riesgo, en los cuales el operador quedaría sometido a un sistema de responsabilidad cuasiobjetiva, con inversión de la carga de la prueba de la culpa, pero sin límites indemnizatorios predeterminados¹⁹⁷. En este sentido el art. 3.c) de la

¹⁹¹ Art. 3.(1) Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/3/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁹² Art. 3.(2) Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/3/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁹³ Arts. 6 y 7 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/6/> y en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/7/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

¹⁹⁴ En este sentido, *vid.* Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillaumon*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 892-893.

¹⁹⁵ C. NÚÑEZ ZORRILLA, “La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 796, 2023, pp. 806 y 810; G. IZQUIERDO GRAU, “La responsabilidad del productor de vehículos autónomos en el marco de la (futura) legislación en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 2 (junio 2023), p. 151.

¹⁹⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, recogida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)) (DO núm. C 404, 6 octubre 2021), pp. 107-128.

¹⁹⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de inteligencia artificial, recogida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)) (DO núm. C 404, 6 octubre 2021), pp. 107-128. En adelante, será denominada Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA. *Vid.* M.-P. ÁLVAREZ OLALLA, “Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020”, *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, n.º 38, 2021 pp. 1-10.

Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial sí que define el “alto riesgo” haciendo referencia al potencial dañino de un sistema de inteligencia artificial que funciona de forma autónoma de causar daños a una o varias personas de forma aleatoria excediendo de lo que cabe razonablemente esperar. Parece, por lo tanto, que por sistemas de IA de alto riesgo se está haciendo referencia únicamente a los vehículos o UAS con niveles altos de automatización o completamente autónomos, aunque en la definición se hace alusión al grado de autonomía¹⁹⁸. Si bien esta Propuesta de Reglamento no va a ser de aplicación por el momento, pues existe una propuesta de Directiva posterior sobre la misma materia, como ya se ha señalado anteriormente. Aunque esta Propuesta de Reglamento sigue la misma distinción que realiza la Ley de IA entre sistemas de alto riesgo del resto, que es donde pone énfasis la regulación de la Ley de IA, si bien esta última también recoge una sección más pequeña destinada a los sistemas de IA de riesgo limitado; sin embargo, como se ha podido comprobar no contemplan el mismo concepto de lo que debe entenderse por sistema de IA de alto riesgo¹⁹⁹.

59. En este sentido, la Ley de IA sigue un enfoque basado en el riesgo. Aunque la Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA sigue también este enfoque, la Ley de IA estima que un sistema de IA es de alto riesgo cuando produce daños en la seguridad de las personas o en sus derechos fundamentales, con independencia del nivel de automatización del sistema de IA. El Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA, por su parte, considera que debe haber un riesgo mayor cuanto mayor es el nivel de automatización, por lo que, en el caso de las aplicaciones relacionadas con la IA en el sector del transporte que tienen un perfil de alto riesgo específico, es necesario que se siga un enfoque basado en el riesgo en función del nivel de automatización y de autoaprendizaje del sistema. Por lo que, dicho enfoque no debe basarse en la determinación previa de ciertos sectores, por ejemplo el del transporte, como sectores en los que se utiliza IA de alto riesgo, sino en evaluaciones de campos específicos que sean neutras desde el punto de vista tecnológico²⁰⁰. Sin embargo, esta Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA, no va a tener un recorrido mayor que el que ya ha tenido, porque la Ley de IA no recoge el mismo concepto de sistema de IA de alto riesgo, por ejemplo, en el sector del transporte, por las razones que se pasan a detallar y porque se ha elaborado una Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA que sí que está alineada con la Ley de IA y que se explicará de forma breve posteriormente.

Así pues, en el ámbito del transporte aéreo, es conocido por todos que las autoridades de aviación civil se han mostrado reticentes a permitir que los UAS compartan el mismo espacio aéreo que el tráfico comercial. Las reticencias de las autoridades de aviación civil se deben a dos motivos principales: los límites del marco legal actual y las preocupaciones por la seguridad. Por lo tanto, la tecnología más avanzada sugiere que el riesgo del uso de UAS sigue siendo inaceptable, porque tales sistemas deben considerarse como “actividad ultra-peligrosa”, de manera muy similar a como se concebía la aviación tradicional en la década de 1930²⁰¹. De esta situación se desprende que el marco jurídico actual que se aplica al uso civil de los drones depende de normas de responsabilidad estricta, más que de responsabilidad basada en la culpa, ya que las reglas de responsabilidad objetiva tradicionalmente representan la técnica adecuada para reducir este tipo de actividades de riesgo²⁰². A la luz de la Convención de Roma

¹⁹⁸ Art. 3.c) Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA: “*«alto riesgo»: potencial significativo en un sistema de IA que funciona de forma autónoma para causar daños o perjuicios a una o más personas de manera aleatoria y que excede lo que cabe esperar razonablemente; la magnitud del potencial depende de la relación entre la gravedad del posible daño o perjuicio, el grado de autonomía de la toma de decisiones, la probabilidad de que el riesgo se materialice y el modo y el contexto en que se utiliza el sistema de IA*”.

¹⁹⁹ M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, p. 71.

²⁰⁰ Sugerencia 5 Opinión de la comisión de transportes y turismo (15.7.2020) para la Comisión de Asuntos Jurídicos con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)), disponible en línea en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_ES.html#_section5 (consultado el 25 de mayo de 2024).

²⁰¹ Vid. G.-C. RAPP, “Unmanned Aerial Exposure: Civil Liability Concerns Arising from Domestic Law Enforcement Employment of Unmanned Aerial Systems”, *North Dakota Law Review*, vol. 85, nº 3, art. 2, 2009, p. 628.

²⁰² Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El

del 7 de octubre 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, por ejemplo, dicha responsabilidad objetiva puede atribuirse a los operadores de UAS²⁰³.

Pues bien, precisamente porque se trata de actividades de alto riesgo es posible que las normas de responsabilidad objetiva existentes en los Estados miembros ya se apliquen a las tecnologías digitales emergentes, como la IA. Tal y como se manifiesta en los regímenes de responsabilidad para vehículos motorizados que en la mayoría de los países ya se aplica a los automóviles autónomos o a las aeronaves, entre las que se encuentran los drones²⁰⁴. Sin embargo, la situación entre los distintos países europeos todavía varía mucho. Algunas jurisdicciones tienen más o menos cláusulas generales generosas, o al menos presentan una analogía con los regímenes legales existentes, mientras que otras suelen prescindir del requisito de culpa sólo en muy pocas situaciones, estrictamente definidas, pero a menudo se amplía la noción de culpa. La responsabilidad estricta normalmente sólo se aplica en casos de daño físico a personas o propiedad, pero no por pura pérdida económica. Incluso en el mismo país, se puede comprobar la existencia de diferencias notables entre los distintos regímenes de responsabilidad objetiva, como lo pone de manifiesto la diversa gama de defensas a disposición de la persona responsable, o por la elección del legislador a favor o en contra de los topes indemnizatorios²⁰⁵.

Así pues, detrás de que un sistema de IA sea considerado de alto riesgo, está el hecho de que sea posible recurrir a un sistema de responsabilidad objetiva por parte del sujeto perjudicado, de conformidad con la normativa vigente, tanto internacional como de producción interna. Por lo tanto, sólo si se alcanza el umbral de riesgo relevante para una tecnología digital emergente, como es el caso de la IA, sería apropiado someter el funcionamiento de esta tecnología a un régimen de responsabilidad estricta, que debería compartir las mismas características que otros pasivos sin culpa para riesgos comparables. También, debería resolver la cuestión de qué pérdidas son recuperables y en qué medida, incluso si deberían introducirse límites máximos y si el daño moral es recuperable. Esta última cuestión sí que es resuelta por la Ley de IA, pues el resarcimiento del daño emocional o moral son el núcleo de la razón de ser de muchas de las prohibiciones y deberes establecidos por la Ley de IA²⁰⁶; pero no resuelve ninguna cuestión en relación al tipo de responsabilidad, que queda sometida a la normativa vigente en cada Estado en materia de responsabilidad civil y a la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, si bien esta última de momento sigue siendo eso, una propuesta²⁰⁷.

En este sentido, la introducción de la responsabilidad objetiva debería ofrecer a las víctimas un acceso más fácil a la indemnización, sin excluir, una reclamación paralela de responsabilidad por culpa si se cumplen sus requisitos. Además, mientras que la responsabilidad estricta normalmente canalizará

futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 906.

²⁰³ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, firmado en Roma el 7 de octubre de 1952, BOE núm. 117, 17 mayo 1961. Este instrumento es de aplicación también a los casos en que son los drones quienes producen daños a terceros en la superficie y está en vigor para España, pero no para Francia, ni Alemania. *Vid.* “Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System”, *Informe final del Grupo Director del RPAS europeo, Anexo 3 - A study on the societal impact of the integration of civil RPAS into the European Aviation System*, junio 2013, p. 5, disponible en línea en <https://info.publicintelligence.net/EU-RPA-Roadmap-4.pdf> (consultado el 1 de mayo del 2024).

²⁰⁴ La responsabilidad estricta puede no ser apropiada para robots meramente estacionarios (como robots quirúrgicos o industriales), incluso si están impulsados por IA, que se emplean exclusivamente en un entorno confinado, con un rango reducido de personas expuestas al riesgo y que además están protegidas por un régimen diferente, incluido el contractual (como los pacientes protegidos por responsabilidad contractual o el personal de fábrica cubierto por planes de compensación laboral). Así, por ejemplo, en relación con los drones que operan en la categoría abierta, es decir, sobre un número reducido de personas, el riesgo también es limitado, por lo que no estaría justificada la responsabilidad objetiva.

²⁰⁵ Informe “Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies”, *Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, Comisión Europea, 2019, p. 39, disponible en línea en file:///C:/Users/user/Downloads/ds0319853enn_8F2D16AC-B321-5D09-5D00CF00D6CC39C5_63199.pdf (consultado el 30 de abril del 2024).

²⁰⁶ M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, p. 68.

²⁰⁷ *Vid.*, en relación a la Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, pp. 67-74

la responsabilidad hacia la persona responsable, por ejemplo, el operador de la tecnología, esta persona conservará el derecho de recurrir a otros que contribuyen al riesgo, como pudiera ser el productor²⁰⁸. Efectivamente, es posible demandar al fabricante por productos defectuosos, en virtud de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, si bien existe una Propuesta para modificar esta directiva teniendo en cuenta entre otras cuestiones los productos que incorporan sistemas de IA, pero que de momento tampoco está en vigor²⁰⁹.

60. Por lo tanto, todos los daños producidos por los drones sobre los bienes y personas que se encuentren en la superficie estarán sometidos al Convenio de Roma de 1952, siempre que deriven de desprendimientos de partes del dron o por el impacto con otra aeronave en vuelo que sea extranjera —es decir, que esté registrada en otro Estado—, que bien puede ser otro dron o una aeronave tripulada²¹⁰. Este Convenio es de aplicación en España, mientras que de los Estados miembros de la Unión Europea no es de aplicación ni en Francia, ni en Alemania²¹¹. Es un convenio que para los países que esté en vigor es de aplicación *erga omnes*, pues no admite ningún tipo de reservas, tal y como se establece en su art. 39²¹². Los arts. 1.1 y 11 de dicho Convenio establecen la responsabilidad objetiva y limitada del operador de la aeronave, en nuestro caso dron, frente a terceros respecto al *quantum indemnizatorio*²¹³. Por supuesto que estos límites indemnizatorios son los previstos para la aviación tripulada, con lo cual no ha sido adaptado a los drones, de forma que sería interesante que se produjese una modificación, donde además del peso del dron —que es lo que se tiene en cuenta actualmente—, se tuviese en cuenta la categoría operacional del dron²¹⁴.

²⁰⁸ Informe “Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies”, *Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, Comisión Europea, 2019, pp. 39-41, disponible en línea en file:///C:/Users/user/Downloads/ds0319853enn_8F2D16AC-B321-5D09-5D00CF00D6CC39C5_63199.pdf (consultado el 30 de abril del 2024).

²⁰⁹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, DO núm. L 210, 7 agosto 1985, pp. 29-33, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. *Vid.*, en relación a la aplicación de la nueva Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos a los vehículos automatizados o vehículos autónomos, C. NÚÑEZ ZORRILLA, “La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 796, 2023, pp. 801-851; G. IZQUIERDO GRAU, “La responsabilidad del productor de vehículos autónomos en el marco de la (futura) legislación en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n.º 2 (junio 2023), pp. 117-161; M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *Indret*, 3, 2023, pp. 75-94.

²¹⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, firmado en Roma el 7 de octubre de 1952, BOE núm. 117, 17 mayo 1961.

²¹¹ *Vid.* “Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System”, *Informe final del Grupo Director del RPAS europeo, Anexo 3 - A study on the societal impact of the integration of civil RPAS into the European Aviation System*, junio 2013, p. 5, disponible en línea en <https://info.publicintelligence.net/EU-RPA-Roadmap-4.pdf> (consultado el 1 de mayo del 2024).

²¹² En relación a la aplicación equivocada de los límites indemnizatorios del Convenio de Roma de 1952, como consecuencia de una comprensión errónea de su ámbito de aplicación, *vid.* Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 910.

²¹³ Debe destacarse que para los daños causados a terceros en superficie por aeronaves extranjeras se conservan los escasos límites indemnizatorios previstos en el art. 11 del Convenio de Roma de 1952. Sin embargo, cuando se trate de aeronaves nacionales la indemnización será muy superior, así, por ejemplo, la Ley de Navegación Aérea española (Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960) sí que ha actualizado dichos límites indemnizatorios con el fin de aproximarlos a los niveles de los países de nuestro entorno. *Vid.* N. ÁLVAREZ LATA/ Y. BUSTOS MORENO, “Responsabilidad civil en el ámbito el transporte y la navegación aérea”, en L.-F. REGLERO CAMPOS / J.-M. BUSTO LAGO (COORD.), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, 5ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 1074; Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 910-911.

²¹⁴ Para un análisis en profundidad sobre esta cuestión, *vid.* Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 909-916.

Ahora bien, cuando el daño producido por un dron extranjero no se deba al desprendimiento de una pieza del dron, sino como consecuencia del líquido irrogado por la fumigación de un terreno agrícola, estaríamos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1952. En cuyo caso, si los tribunales que conocen del asunto son los tribunales de un Estado miembro, salvo que se trate de Dinamarca, aplicarán el Reglamento Roma II, que determina la ley aplicable en materia de responsabilidad extracontractual²¹⁵. En virtud del art. 4.1 de dicho Reglamento, que contempla la regla general, la ley aplicable será la del Estado en el que se ha producido el daño. Por lo que, si ese daño se ha producido en España, sería de aplicación la Ley de Navegación Aérea española, que también contempla en su art. 120 la responsabilidad objetiva y limitada del operador del dron²¹⁶.

En cualquier caso, la aplicación de la responsabilidad estricta es el criterio mayoritario en relación con el transporte aéreo en otros países europeos, como ya se ha señalado anteriormente, con independencia del nivel de automatización del dron, en la medida en que es una actividad potencialmente peligrosa²¹⁷. En este sentido, sólo algunos países han desarrollado una regulación específica en materia de responsabilidad por daños producidos por los drones, que entienden tienen algún grado de automatización, siendo este el caso de Grecia o Portugal dentro de la Unión Europea o de Australia, donde el uso de los drones para una gran variedad de actividades está muy extendido desde hace mucho tiempo. Así, en Grecia existe un reglamento administrativo sobre sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS) que prevé la responsabilidad estricta respecto de los daños causados por pilotos remotos u operadores durante la ejecución de los vuelos, donde el operador puede ser el propietario, arrendatario u ocupante (persona en posesión o control) de la aeronave. Por su parte, en Portugal, el Decreto Ley n.º 58/2018 exige un seguro de responsabilidad civil obligatorio para drones con un peso superior a 900 gramos y el régimen de responsabilidad civil por daños está sujeto a responsabilidad objetiva que será atribuida al operador, con independencia de su culpabilidad, salvo que el operador pueda demostrar que el accidente se ha producido por culpa del perjudicado²¹⁸.

Pues bien, el problema en materia de responsabilidad se plantea en relación con los drones altamente automatizados o drones autónomos cuando no sea posible la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva, sino un sistema de responsabilidad basado en la culpa. En este sentido, tanto el Convenio de Roma de 1952 (art. 12.1), como la Ley de Navegación Aérea española (art. 121), señalan que el operador del dron o aquellas personas sobre las que ejerce un control, como el piloto remoto o los observadores, mientras operaban en el ejercicio de sus funciones, responderán ilimitadamente en caso de que hubieran operado de forma dolosa o por medio de culpa grave²¹⁹. Así que, si se acredita una mayor cuantificación de los daños, el demandado deberá indemnizar a la parte demandante, si esta justifica una cuantificación de los daños mayor que el máximo previsto conforme al criterio de imputación objetivo²²⁰.

²¹⁵ Reglamento (CE) n.º. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, DOUE núm. L 199, 31 julio 2007, pp. 40-49, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En relación al ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1952, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Obligaciones extracontractuales", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3767-3768.

²¹⁶ Art. 120 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, BOE núm. 176, 23 julio 1960.

²¹⁷ Y. BUSTOS MORENO, "La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos", en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 906-907.

²¹⁸ T. EVAS, "Civil liability regime for artificial intelligence", *Study EPRS (European Parliamentary Research Service)*, septiembre 2020, p. 47, disponible en línea en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU\(2020\)654178_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU(2020)654178_EN.pdf) (consultado el 1 de mayo de 2024).

²¹⁹ Tampoco se aplicarán los límites indemnizatorios en caso de utilización de las aeronaves sin el consentimiento del operador, es decir, en caso de interferencia ilícita o como medio para cometer un atentado terrorista, para colisionar con otra aeronave, para hacer el mayor daño posible. Además, el art. 12.1 de la Convención de Roma de 1952 añade que los dependientes deberán haber actuado no sólo en el ejercicio de sus funciones, sino también dentro de los límites de sus atribuciones.

²²⁰ Y. BUSTOS MORENO, "La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos", en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 916.

Así pues, las acciones de indemnización por accidentes aéreos se pueden presentar en virtud del art. 121 de la Ley de Navegación Aérea española, junto con los arts. 1902 y 1903 CC²²¹. El régimen común es más favorable y menos restrictivo para la víctima, porque el grado de culpa exigible para la víctima es menor, leve. Además, se amplía el círculo de posibles sujetos responsables, pues la Ley de Navegación Aérea sólo permite demandar por responsabilidad civil al operador y a sus dependientes.

Pero el elemento más beneficioso para la víctima al recurrir al 1902 CC se debe a la teoría del riesgo como criterio de imputación. Se trataría de una responsabilidad cuasi objetiva, en virtud de la cual se exigirá al operador (y piloto a distancia) una elevación proporcionada de la diligencia, en función del riesgo asumido. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable y tiene importancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido, que es justamente lo que prevé la normativa específica sobre drones, al dividir las actividades que pueden realizar los drones en función del riesgo asumido, en tres categorías operacionales: abierta, específica y certificada. Así que la diligencia exigible irá en aumento, según la categoría en la que esté operando el dron. Por lo que, si se produce un suceso dañoso, el incumplimiento de las obligaciones a realizar en cada una de las categorías, como por ejemplo volar un dron por encima de los 120 m, que es el límite establecido en la categoría abierta, podría ser indicativo de la falta de diligencia, salvo que dicha circunstancia no tenga relevancia causal en el daño final producido²²².

Por otro lado, ante accidentes en los que participan drones con más razón que cuando es la aviación tripulada la que está involucrada, se plantea un problema en relación con la prueba de la culpa, de forma que el demandado debería facilitar la carga de probar que hizo todo lo que le era exigible para prevenir el daño. En estos casos, como el operador o el piloto del dron no va a bordo de la aeronave, éste normalmente va a sobrevivir al accidente y puede aportar mucha más información, que cuando en el accidente participa una aeronave tripulada y no hay supervivientes, salvo por los datos que hayan quedado grabados en la caja negra del avión. En cualquier caso, el dañado debería poder beneficiarse de los principios de “*disponibilidad y facilidad probatoria*” mediante la inversión de la carga de la prueba de conformidad con la ley española (art. 217.7 LEC)²²³.

En cualquier caso, con independencia de a quien corresponda la carga de la prueba, nos encontramos ante un problema importante, que se agrava si el dron es completamente autónomo o altamente automatizado, también por tener que demostrar la relación de causalidad, en aquellos ordenamientos que así se exija. Es cierto que los drones, por su perfil de riesgo específico, en los Estados miembros, a menudo, están regidos por un sistema de responsabilidad objetiva. Sin embargo, los detalles de dicha responsabilidad varían sustancialmente entre estos Estados, empezando por la gama de drones cubiertos y siguiendo por los límites indemnizatorios; y en otros se sigue un régimen culpabilístico, donde el problema se plantea en relación con la carga de la prueba y la relación de causalidad²²⁴.

61. Por ello, entendiéndose que los sistemas de IA completamente autónomos no se han desarrollado, es decir, teniendo en cuenta el estado actual de la técnica en materia de IA, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA ha surgido con el objetivo de cubrir las demandas nacionales

²²¹ Esta solución es la ofrecida, con base en el art. 5.2 de la Ley de Navegación Aérea española, por el Tribunal Supremo desde las Sentencias de 3 mayo 1968 (RJ 2738) y de 10 junio 1988 (RJ 4868). *Vid.* Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 917.

²²² Todo ello, sin perjuicio de las elevadas sanciones administrativas que la AESA podría imponer, por incumplimiento de la normativa sobre navegación aérea, de hasta 225.000 euros, cuando se trata de usos lúdicos o recreativos y de hasta 4.500.000 euros, si se trata de usos profesionales. *Vid.* art. 55 Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 162, 8 julio 2003.

²²³ Para un análisis en profundidad de la aplicación del segundo nivel de responsabilidad, de acuerdo con la legislación española, *vid.* Y. BUSTOS MORENO, “La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos”, en J. ATAZ LÓPEZ/ J.-A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños, Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 916-922.

²²⁴ E. KARNER/ B. KOCH/ M. GEISTFELD, *Comparative law study on civil liability for artificial intelligence*, European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers Publications Office of the European Union, 2021, pp. 92-95, disponible en línea en <https://data.europa.eu/doi/10.2838/77360> (consultado el 20 de abril de 2024).

de responsabilidad fundamentadas principalmente en la culpa de cualquier persona con el fin de indemnizar por cualquier tipo de daño y a cualquier tipo de víctima²²⁵.

Los algoritmos basados en el aprendizaje automático de la máquina pueden ser difíciles, si no imposibles, de comprender, lo que se conoce como “efecto caja negra”. Además de la complejidad expuesta anteriormente, debido al efecto caja negra de algunas IA, puede resultar difícil obtener una indemnización por los daños causados por aplicaciones de IA autónomas. Para comprender el algoritmo y los datos utilizados por la IA hacen falta una capacidad analítica y unos conocimientos técnicos que pueden ser excesivamente costosos para las víctimas. Es más, sin la cooperación de la parte aparentemente responsable puede resultar imposible acceder al algoritmo y a los datos. Como consecuencia, es posible que, en la práctica, las víctimas no puedan presentar una demanda viable de responsabilidad civil.

Esta Propuesta de Directiva está pensada, en realidad, para las demás aplicaciones de IA, que no tengan un perfil de riesgo específico, como sí sucede con las aeronaves, incluidos los drones, que justifican un sistema de responsabilidad objetiva. Así, en su Informe, la Comisión reflexionó sobre si procedía adaptar la carga de la prueba relativa a la causalidad y la culpa. A este respecto, una de las cuestiones señaladas por el informe de la formación sobre nuevas tecnologías del grupo de expertos sobre responsabilidad y nuevas tecnologías era la situación en la que la parte presuntamente responsable civilmente no ha registrado los datos pertinentes para valorar la responsabilidad civil o no está dispuesto a compartírselos con la víctima²²⁶.

Los elementos de prueba, cuya carga normalmente recae sobre el demandante, pero que podrían asignarse al demandado son: a) incumplimiento de un deber de diligencia por parte del demandado –el productor, en lo que respecta al diseño, fabricación, monitorización, etc., y el usuario en cuanto a la elección de la tecnología y el funcionamiento o monitorización–; b) intención o negligencia del demandado; c) calidades deficientes de la tecnología; d) y funcionamiento incorrecto de la tecnología. No obstante, en diversos ordenamientos jurídicos se reconocen diversos factores que justifican la modificación de la carga de prueba a favor del demandante: a) alta probabilidad de falla; b) capacidad práctica de las partes para probar la culpa; violación de obligación legal por parte del demandado; c) particular peligrosidad de la actividad del demandado que derivó en daños; d) y naturaleza y alcance del daño²²⁷.

Las características de las tecnologías digitales emergentes, entre las que se encuentra la Inteligencia Artificial, como la opacidad, la apertura, la autonomía y la predictibilidad limitada, a menudo, puede derivar en dificultades o costos irrazonables para el demandante, que tiene que probar los hechos para conseguir el establecimiento de la culpa. Al mismo tiempo, la prueba de hechos relevantes podrá ser mucho más fácil para el demandado (productor u operador de la tecnología). Esta asimetría justificaría la inversión de la carga de la prueba. Si bien, en muchos casos los tribunales pueden lograr resultados similares con diversas disposiciones procesales, de forma que la introducción de una norma clara garantizaría la deseada convergencia y previsibilidad en la aplicación de la ley²²⁸.

Por ello, los criterios establecidos en Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, en relación a la carga de la prueba son vinculantes para todos los Estados miembros, sin perjuicio de que estos puedan adoptar o mantener disposiciones nacionales más favorables para los demandantes, siempre que sean compatibles con el derecho de la Unión. Se deben destacar de manera resumida estos aspectos:

²²⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), COM (2022) 496 final, 28 septiembre 2022, pp. 1-37.

²²⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

²²⁷ Informe “Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies”, *Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, Comisión Europea, 2019, p. 54, disponible en línea en file:///C:/Users/user/Downloads/ds0319853enn_8F2D16AC-B321-5D09-5D00CF00D6CC39C5_63199.pdf (consultado el 30 de abril del 2024).

²²⁸ Informe “Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies”, *Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, Comisión Europea, 2019, p. 55, disponible en línea en file:///C:/Users/user/Downloads/ds0319853enn_8F2D16AC-B321-5D09-5D00CF00D6CC39C5_63199.pdf (consultado el 30 de abril del 2024).

- En materia de exhibición de pruebas concede a los demandantes potenciales el derecho a solicitar que un órgano jurisdiccional pueda ordenar la exhibición de pruebas relativas a sistemas de IA de alto riesgo –siguiendo la misma terminología de la Ley de Inteligencia Artificial– de los que se sospeche que han causado daños, a los proveedores (fabricantes), a las personas sujetas a las obligaciones de los proveedores y a los usuarios demandados, antes de presentar una demanda por daños y perjuicios²²⁹.
- En la Directiva se tiene en cuenta el hecho de que, en ocasiones, pueda resultar muy dificultoso la obtención de pruebas que demuestren el nexo causal. El gran número de personas que suele participar en el diseño, desarrollo, la introducción generalizada y el funcionamiento de sistemas de IA, hace difícil que los perjudicados puedan identificar a la persona potencialmente responsable del daño causado, y puedan reunir los elementos que se requieren para poder probar la culpa con el fin de interponer una demanda. En estos casos se contempla una presunción de causalidad *iuris tantum*, entre la culpa y el resultado lesivo producido por la IA, que será aplicada por el órgano jurisdiccional siempre que concurren las condiciones del art. 4 de la Directiva. Si la víctima puede demostrar que alguien ha incurrido en culpa por no cumplir una determinada obligación pertinente en relación con el daño y que es razonablemente probable que exista un nexo causal con el rendimiento de la IA, el órgano jurisdiccional puede presumir que ese incumplimiento ha provocado el daño²³⁰.

62. Por último, se debe destacar que la catalogación de todos los drones como sistemas de IA de alto riesgo tampoco coincide con la clasificación que se realiza por parte de la normativa específica en materia de drones.

Mientras que la Ley de IA considera a todos los drones como sistemas de IA de alto riesgo, el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 sobre las operaciones de vuelo de las aeronaves no tripuladas establece tres categorías en función del riesgo que entrañe la operación: categoría abierta, de riesgo bajo; categoría específica, de riesgo medio; y categoría certificada, de riesgo alto. Si bien, como se ha comentado antes, estas categorías pueden ser relevantes en cuanto al nivel de diligencia exigida, de forma que la diligencia exigible irá en aumento si la categoría de la operación a realizar por el dron implica un mayor riesgo.

En este sentido, como se ha comentado antes, la normativa específica sobre drones señala que las operaciones completamente autónomas, orientadas a llevar paquetería, tendrán que desarrollarse en la categoría específica, que es considerada de riesgo medio²³¹; mientras que los taxis aéreos, para llevar personas estarían, lógicamente, en la categoría certificada, esto es de riesgo alto. Por último, considerar como sistema de IA de alto riesgo a un dron que opera en la categoría abierta, en la cual se llevan a cabo operaciones alejadas de concentraciones de personas y de manera excepcional por encima de algunas personas, no tiene mucho sentido, teniendo en cuenta además que no se van a poder realizar operaciones autónomas en esta categoría.

C) Responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA

63. La normativa de la Unión en materia de seguridad de los productos tiene en cuenta la complejidad de las cadenas de valor e impone obligaciones a una serie de agentes económicos en consonancia con el principio de “responsabilidad compartida”.

²²⁹ Art. 3 Directiva sobre responsabilidad en materia de IA.

²³⁰ No obstante, el aligeramiento de la carga de probar la causalidad no es apropiado en virtud de la Directiva cuando el demandado no sea un profesional, sino un usuario particular o persona que utiliza el sistema de IA para sus actividades privadas, siempre que se produzca una de estas circunstancias: haber alterado el sistema de modo que afecte a su seguridad o, pudiendo atender a las condiciones de funcionamiento del sistema, no se hayan tenido en cuenta (art. 4.6 Directiva sobre responsabilidad en materia de IA).

²³¹ En relación con las *operaciones autónomas* el operador del UAS deberá garantizar que durante todas las fases de la operación del UAS se asignen adecuadamente las responsabilidades y tareas, dado que en estas operaciones no es posible designar un piloto remoto. *Vid.* UAS.SPEC.050 (Operaciones de UAS en la categoría específica) Parte B del Anexo Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947.

Si bien la responsabilidad del productor respecto de la seguridad del producto final sido adecuada para las hasta ahora para las cadenas de valor complejas actuales, contar con disposiciones explícitas que pidan específicamente la cooperación entre los agentes económicos de la cadena de suministro y los usuarios puede aportar seguridad jurídica quizás hasta en cadenas de valor más complejas. En particular, cada agente de la cadena de valor que influya en la seguridad del producto (por ejemplo, los productores de programas informáticos) y los usuarios (al modificar el producto) asumirían su responsabilidad y proporcionarían al siguiente agente de la cadena la información y las medidas necesarias²³².

64. Precisamente, en relación a este asunto, al art. 25 contempla un precepto destinado a las responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA. En este sentido, cualquier distribuidor, importador, implantador u otro tercero será considerado proveedor de un sistema de IA de alto riesgo cuando pongan su nombre o marca comercial en un sistema de IA de alto riesgo ya comercializado; cuando realicen una modificación sustancial de un sistema de IA de alto riesgo ya comercializado; o cuando modifiquen la finalidad prevista de un sistema de IA de alto riesgo que no haya sido clasificado como de alto riesgo y que ya haya sido comercializado. Con lo cual, este segundo o siguientes proveedores de un sistema de IA de alto riesgo se convertirán en responsables del mismo y deberán cumplir las obligaciones establecidas en la normativa de IA²³³.

Por lo tanto, el proveedor que inicialmente comercializó o puso en servicio el sistema de IA dejará de ser considerado proveedor de ese sistema de IA específico. Además, este proveedor inicial cooperará estrechamente con los nuevos proveedores y pondrá a su disposición la información necesaria y facilitará el acceso técnico y demás asistencia que sean necesarios para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley de IA²³⁴.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la necesidad de respetar y proteger los derechos de propiedad intelectual, la información comercial confidencial y los secretos comerciales de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional²³⁵.

65. En relación con los drones el art. 25 de la Ley de IA tiene especial importancia, pues es necesario que queden definidas las responsabilidades a lo largo de la cadena de valor del dron, ya que este puede ser transferido o incluso modificado, de forma que, tal y como se ha podido comprobar a lo largo del presente estudio, el operador del dron en cada momento de la vida de uso del dron será el responsable, salvo que pueda transferir dicha responsabilidad al fabricante del dron que incorpore el software, o sólo al fabricante del software; o incluso al piloto de dron, si bien no suele ser habitual. En cualquier caso, la transmisión de la responsabilidad al piloto del dron no es posible en los casos de los drones autónomos o altamente automatizados, pues el dron estaría operando sin la intervención del piloto.

D) Multas

66. Por lo que respecta a las multas en caso de incumplimiento de la Ley de IA, de conformidad con el Considerando (168) de dicha ley: “*Se debe poder exigir el cumplimiento del presente Reglamento mediante la imposición de sanciones y otras medidas de ejecución (...) El Supervisor Europeo de*

²³² Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”, COM/2020/64 final, 19 febrero 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0064> (consultado el 30 de abril de 2024).

²³³ Art. 25.1 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/25/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

²³⁴ Art. 25.2 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/25/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

²³⁵ Art. 25.5 Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/25/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

*Protección de Datos debe estar facultado para imponer multas a las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento*²³⁶.

Por su parte, el art. 99.3 de la Ley de IA establece que el incumplimiento de la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el art. 5 estará sujeto a multas administrativas de hasta 35.000.000 de euros; pero si el infractor es una empresa, la multa será de hasta el 7% de su volumen de negocios mundial correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior.

Por último, el art. 99.4 de la Ley de IA señala que el incumplimiento por parte de un sistema de IA de cualquiera de las disposiciones que figuran en relación con los operadores o los organismos notificados, distintas de las mencionadas en el art. 5, estará sujeto a multas administrativas de hasta 15.000.000 EUR; pero si el infractor es una empresa, de hasta el 3% de su volumen de negocios mundial correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior. Aunque todas las disposiciones señaladas son relevantes en relación a los drones, como el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores o de los distribuidores, establecidos respectivamente por los arts. 16 y 24 de la Ley de IA, son de especial relevancia las obligaciones a cumplir de los importadores de acuerdo con el art. 24 de la Ley de IA, si se tiene en cuenta que se importan gran cantidad de drones de Estados Unidos y de China, de hecho, uno de los mayores fabricantes de drones es chino, DJI.

IV. Conclusiones

67. De la normativa específica en materia de drones, se deben destacar los dos reglamentos de desarrollo del Reglamento (UE) 216/2008 en materia de navegación civil aérea.

El Reglamento Delegado (UE) 2019/945, sobre diseño, fabricación y comercialización de aeronaves no tripuladas, establece los requisitos de diseño para UAS pequeños, de hasta 25 kg, que se han implementado mediante el uso de la conocida como marca CE (“Conforme Europa”) para productos comercializados en Europa.

Por su parte, el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 establece las normas que deben cumplir las aeronaves no tripuladas para poder operar en condiciones de seguridad; más concretamente, deben respetar los requisitos relacionados con la aeronavegabilidad, las organizaciones, las personas que participan en la utilización de UAS (*Unmanned Aircraft System*) y las operaciones de las aeronaves no tripuladas. Se debe destacar del mismo, las categorías operacionales en las que además del peso del dron, se tiene en cuenta el riesgo de la operación, de forma que se desglosan en tres: categoría abierta, de riesgo bajo; categoría específica, de riesgo medio; y categoría certificada, de riesgo alto.

68. Actualmente, en relación con los usos profesionales de los drones, se debe señalar la importancia de una de las tecnologías disruptivas y transversales, la Inteligencia Artificial. El crecimiento de la capacidad de computación está agilizando la aplicación de las técnicas de Inteligencia Artificial, procesando e interpretando grandes volúmenes de información y extrayendo conclusiones y datos de gran relevancia en un menor tiempo.

No obstante, el nivel de automatización de los drones varía en función de los usos de los mismos y los drones con nivel 5 de automatización, es decir completamente autónomos, todavía no pueden operar en Europa, aunque en Estados Unidos existen mayores avances en este sentido. Así pues, los drones con niveles 0, 1, 2 y 3 de automatización suponen el grueso de los drones, sobre todo los que poseen nivel 1 de automatización; mientras que en el nivel 4 de automatización, que implica alta automatización, operan un bajo porcentaje de drones.

Sin embargo, es en el nivel 5 de automatización, donde el dron es completamente autónomo, cuando se podrán lograr los dos objetivos clave en la industria de los drones, que son la movilidad aérea urbana y los grandes drones de reparto de carga.

²³⁶ Considerando (168) Ley de Inteligencia Artificial, disponible en línea en <https://artificialintelligenceact.eu/es/recital/168/> (consultado el 25 de mayo de 2024).

69. Dado que la mayoría de los drones tienen cierto nivel de automatización es importante conocer cuál va a ser la incidencia de la Ley de Inteligencia Artificial en los drones completamente autónomos o altamente automatizados. Pues bien, la Ley de IA establece una serie de requisitos preventivos que, junto con otras normas de seguridad, propone una serie de reglas destinadas a reducir los riesgos para la seguridad, así como para proteger los derechos fundamentales.

En resumen, la incidencia de la Ley de IA en la regulación de las aeronaves no tripuladas se refleja en dos aspectos: 1º) La catalogación de las aeronaves no tripuladas como sistemas de IA de alto riesgo, con independencia del nivel de automatización del dron; 2º) En lo que respecta a los sistemas de IA que sean componentes de seguridad en el sentido de la Ley de Inteligencia Artificial, se tendrá en cuenta lo establecido en el capítulo III, sección 2 de la Ley de IA, que trata los requisitos que tienen que cumplir de los sistemas de IA de alto riesgo, entre los que se encuentra la realización de un sistema de gestión de riesgos, tal y como ya se ha mencionado, y cuya consecuencia directa ha sido la modificación del Reglamento (UE) 2018/1139 en este sentido.

Sin embargo, los drones podrían ser objeto de una aplicación más amplia de la Ley de IA, si como consecuencia de las actividades desarrolladas con los drones se encontraran en cualquiera de las ocho circunstancias consideradas de alto riesgo en el anexo III y que podrían ser: cuando los drones son utilizados para realizar tareas de identificación biométrica a distancia en tiempo real para el control de aforos en grandes eventos; o cuando son utilizados en el contexto de la gestión de la migración, el asilo o el control de fronteras, con el fin de detectar, reconocer o identificar a personas físicas.

70. Por lo que respecta a los drones, como ya se ha adelantado, la Ley de IA clasifica a todos los drones como sistemas de IA de alto riesgo, no realizando ninguna distinción entre los distintos niveles de automatización de los drones. Por lo tanto, la Ley de IA sigue un enfoque basado en el riesgo, aunque recoge una definición de lo que debe entenderse por IA de alto riesgo no directamente relacionada con el nivel de automatización, sino que un sistema de IA de alto riesgo es aquel que produce daños en la seguridad de las personas o en sus derechos fundamentales

No obstante, la Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de sistemas de inteligencia artificial realizada por el Parlamento Europeo del 2020 había venido realizando una interpretación de los sistemas de IA de alto riesgo diferente, de forma que solo los aparatos totalmente automatizados o completamente autónomos debían ser considerados sistemas de IA de alto riesgo y, estar sometidos, por tanto, a un sistema de responsabilidad objetiva. Sin embargo, esta Propuesta de Reglamento sobre responsabilidad en materia de IA, no va a tener un recorrido mayor que el que ya ha tenido, porque se ha elaborado una Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA que sí que está alineada con la Ley de IA.

Así pues, en el ámbito del transporte aéreo, al igual que sucedió en su momento con las aeronaves, la tecnología más avanzada sugiere que el riesgo del uso de UAS sigue siendo inaceptable, porque tales sistemas deben considerarse como “actividad ultra-peligrosa”. Por lo tanto, el marco jurídico actual que se aplica al uso civil de los drones depende de normas de responsabilidad estricta, más que de responsabilidad basada en la culpa, ya que las reglas de responsabilidad objetiva tradicionalmente representan la técnica adecuada para reducir este tipo de actividades de riesgo. A la luz de la Convención de Roma del 7 de octubre 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, o la Ley de Navegación Aérea española dicha responsabilidad objetiva puede atribuirse a los operadores de UAS.

Ahora bien, tanto el Convenio de Roma de 1952 (art. 12.1), como la Ley de Navegación Aérea española (art. 121), señalan que el operador del dron o aquellas personas sobre las que ejerce un control, como el piloto remoto o los observadores, mientras operaban en el ejercicio de sus funciones, responderán ilimitadamente en caso de que hubieran operado de forma dolosa o por medio de culpa grave²³⁷. Así que, si se acredita una mayor cuantificación de los daños, el demandado deberá indemnizar a la parte

²³⁷ Tampoco se aplicarán los límites indemnizatorios en caso de utilización de las aeronaves sin el consentimiento del operador, es decir, en caso de interferencia ilícita o como medio para cometer un atentado terrorista, para colisionar con otra aeronave, para hacer el mayor daño posible. Además, el art. 12.1 de la Convención de Roma de 1952 añade que los dependientes deberán haber actuado no sólo en el ejercicio de sus funciones, sino también dentro de los límites de sus atribuciones.

demandante, si esta justifica una cuantificación de los daños mayor que el máximo previsto conforme al criterio de imputación objetivo. Si bien esta normativa es de aplicación a todos los drones, porque son aeronaves, cuando se cumpla el ámbito de aplicación de alguna de ellas, con independencia del nivel de automatización del dron.

Por lo tanto, el problema en materia de responsabilidad se plantea en relación con los drones altamente automatizados o drones autónomos cuando no sea posible la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva, sino un sistema de responsabilidad basado en la culpa.

71. Pero además se deben dar soluciones a las demás aplicaciones de IA, que no tengan un perfil de riesgo específico, como sí sucede con las aeronaves, incluidos los drones, que justifican un sistema de responsabilidad objetiva. En esas situaciones para el resarcimiento de los daños causados por los sistemas de IA deberá acudir a las reglas generales de responsabilidad civil de cada uno de los Estados Miembros, dando lugar a soluciones muy dispares, no solo por la diversidad de regulaciones sustantivas sino también por las dificultades que plantea la prueba de algunos de los presupuestos de la responsabilidad civil. En este sentido, el carácter opaco de tales sistemas, es decir, la dificultad de comprender y explicar cómo han tomado sus decisiones, por las propias características de la tecnología que utilizan, también complica de modo especial la prueba, no solo de la culpa, sino también de la relación de causalidad.

Por ello, se ha desarrollado la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, para facilitar la carga de la prueba a los demandantes, cuyas disposiciones son vinculantes para todos los Estados miembros, sin perjuicio de que estos puedan adoptar o mantener disposiciones nacionales más favorables para los demandantes, siempre que sean compatibles con el derecho de la Unión.

72. Por último, debe mencionarse uno de los principios éticos, en mi opinión fundamental, pero que sólo es uno de todos los principios que deben respetarse en relación con los bienes que incorporen sistemas de IA, que fueron desarrollados en los primeros estudios que se hicieron en relación a los problemas que podía suscitar la Inteligencia Artificial y que son la base de la actual Ley de Inteligencia Artificial:

“12. Pone de relieve el principio de transparencia, que consiste en que siempre ha de ser posible justificar cualquier decisión que se haya adoptado con ayuda de la inteligencia artificial y que pueda tener un impacto significativo sobre la vida de una o varias personas; considera que siempre debe ser posible reducir los cálculos del sistema de inteligencia artificial a una forma comprensible para los humanos; estima que los robots avanzados deberían estar equipados con una «caja negra» que registre los datos de todas las operaciones efectuadas por la máquina, incluidos, en su caso, los pasos lógicos que han conducido a la formulación de sus decisiones”²³⁸.

No se debe olvidar a este respecto, las multas en caso de incumplimiento de la Ley de IA, de conformidad con el Considerando (168) de dicha ley. Debe destacarse el art. 99.4 de la Ley de IA que señala que el incumplimiento por parte de un sistema de IA de cualquiera de las disposiciones que figuran en relación con los operadores o los organismos notificados, distintas de las prácticas prohibidas por la Ley de IA, estará sujeto a multas administrativas de hasta 15.000.000 EUR; pero si el infractor es una empresa, de hasta el 3% de su volumen de negocios mundial correspondiente al ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior.

²³⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), DO núm. C 252, 18 julio 2018, pp. 239-257.

Los contratos con doble finalidad y la protección del consumidor en Derecho internacional privado europeo. La vida después de *Schrems*

Double purpose contracts and the protection of consumers in European private international law. Life after *Schrems*

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

*Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

Recibido: 30.07.2024 / Aceptado: 27.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8917

Resumen: Este trabajo tiene por objeto analizar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la interpretación del concepto de consumidor presente en el art. 15 del Reglamento (UE) 1215/2012 y en el art. 6 del Reglamento (CE) 593/2008. En particular, el análisis se centra en los criterios que ha establecido el mencionado Tribunal para calificar como consumidores o como profesionales a los particulares que contratan para con una doble finalidad, en parte ajena a su actividad profesional y en parte relacionada con dicha actividad. Se analizan las decisiones emitidas por el tribunal a partir de la célebre STJUE 25 enero 2018, as. C.498/16, *Schrems v. Facebook* con la finalidad de determinar si su impacto ha sido tan relevante como se esperaba.

Palabras clave: acto de consumo, competencia judicial internacional, consumidor, consumo transfronterizo, contrato de consumo, contratos con doble finalidad profesional y privada, Derecho internacional privado, profesional, actividad dirigida.

Abstract: The purpose of this paper is to analyse the evolution of the case law of the Court of Justice of the European Union with regard to the interpretation of the concept of consumer in art. 15 of Regulation (EU) 1215/2012 and art. 6 of Regulation (EC) 593/2008. In particular, the analysis focuses on the criteria established by the aforementioned Court to characterise as consumers or as professionals to individuals who contract for a dual purpose, partly related and partly unrelated to their professional activity. It analyses the decisions issued by the Court since the famous CJEU ruling of 25 January 2018, case C-498/16, *Schrems v. Facebook* in order to determine whether its impact has been as significant as expected.

Keywords: act of consumption, consumer, consumer contract, cross-border consumer sector, directed activity, dual contracts with both private and professional purpose, (international) jurisdiction, Private International Law, professional.

Sumario: I. Introducción. II. Derecho internacional privado europeo y contratos de consumo: una visión global. 1. Competencia judicial internacional. A. Requisitos para la aplicación de la Sección. B. Consecuencias de la aplicación de la Sección. 2. Ley aplicable. A. Requisitos para la aplicación del artículo. B. Consecuencias de la aplicación del artículo. III. El concepto de consumidor del Derecho internacional privado europeo. Estado de la cuestión tras el caso *Schrems* en los contratos de doble finalidad. IV. Aportaciones de los nuevos casos. 1. STJUE 14 febrero 2019, *Milivojevic*. 2. STJUE 2 mayo 2019, as. 694/17, *Pillar Securitisation*. 3. STJUE 3 octubre 2019, as. C-208/18, *Petruchová*. 4. STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, *Personal Exchange*. 5. STJUE 10

febrero 2022, as. C-595/20, *ShareWood*. 6. STJUE 9 marzo 2023, C-177/22, *Wurth*. 7. STJUE 8 junio 2023, C-455/21, *Lyoness Europe*. 8. ATJUE 14 marzo 2024, C 429/22, *VK v. NI Interactive*. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. En la extensa producción científica del prof. Dr. D. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA ocupan un lugar primordial sus publicaciones relativas a la unificación internacional y europea del Derecho internacional privado¹. En particular, el prof. CALVO ha sido un gran estudioso del papel de la jurisprudencia en esa unificación. En esta dedicación, ha sido fiel a la tan estimada por él escuela de Hamburgo, a la que le unen fuertes lazos por sus estancias en el Instituto Max-Planck². Su fundador, LEO RAAPE, solía decir “der Fall is unser grösster Lehmeister”³ -“el caso es nuestro mejor maestro”⁴, frase que el prof. CALVO incorpora en todos los manuales de prácticas que cada año publica junto con el prof. CARRASCOSA GONZÁLEZ.

2. En esta labor de estudio jurisprudencial, el profesor CALVO CARAVACA ha sabido ver donde otros no han visto, ha conseguido extraer principios y se ha convertido en exégeta ilustre de la voluntad del TJUE. Muy reconocidos son sus trabajos sobre la jurisprudencia normativa de este Alto tribunal en distintos campos. En las líneas que siguen se realizará un estudio jurisprudencial de uno de los temas por él tratados, los contratos de consumo⁵, con la finalidad de actualizar la cuestión desde donde él la dejó (caso *Schrems v. Facebook*⁶, en adelante, “*Schrems*”).

3. Como señaló el prof. CALVO CARAVACA, la sentencia *Schrems* tuvo gran relevancia respecto del tratamiento jurídico de los contratos suscritos con una doble finalidad y de su calificación en Derecho internacional privado europeo del consumo. El trabajo tiene como objetivo analizar la evolución posterior de la doctrina del TJUE sobre este tipo de contratos, así como el de comprobar el alcance de la misma en el iter jurisprudencial posterior de este tribunal.

4. Sirva este trabajo para rendir un sincero homenaje a la vasta labor investigadora de este maestro de maestros, el prof. ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, al que tanto debo a nivel profesional y personal.

¹ De ahí su reelección como miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT para el quinquenio 1 enero 2024 – 31 diciembre 2028, elegido en la 82ª sesión de la Asamblea General el 14 diciembre 2023.

² Como puede leerse en su curriculum vitae, fue becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) para una estancia de dos meses en el mencionado Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo (agosto y septiembre 1984); becario de la Fundación Esteban Romero para una estancia de un mes (septiembre 1987); beneficiario de una bolsa de viaje al extranjero de la Subdirección General de Cooperación Internacional del Ministerio de Educación y Ciencia para una estancia de un mes (septiembre 1988); investigador visitante (julio 1989, agosto 1990 y febrero 1992). Es miembro de los Hamburger Freunde des Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht desde 1988.

³ Así, en el prefacio a la penúltima edición de su libro de texto: L. RAAPE, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Bd. I (1938) VIII.

⁴ Sobre la escuela de Hamburgo, K. SIEHR, Reseña de “100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Hrsg. von Tilman Reppen, Florian Jeßberger, Markus Kotzur, unter Mitarbeit von Sarah A. Bachmann. – Tübingen: Mohr Siebeck 2019. VIII, 761 S.”, *RabelsZ.*, n. 85, 2021, pp. 262-266, DOI: 10.1628/rabelsz-2020-0117. Los profesores Herbert Bernstein, Jan Kropholler y Peter Mankowski continuaron esta tradición.

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 86-96; A.-L. CALVO CARAVACA, “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, en VV.AA., *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho: Homenaje al profesor doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas – Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 166-178. Sobre contratos de consumo, también A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 20 mayo 2010 (Bilas: asunto C-111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 2, n. 2, 2010, pp. 236-241.

⁶ STJUE 25 enero 2018, as. C.498/16, *Schrems v. Facebook*, ECLI:EU:C:2018:37.

II. Derecho internacional privado europeo y contratos de consumo: una visión global

5. El Derecho internacional privado europeo proporciona protección jurídica al consumidor tanto en materia de competencia judicial internacional (arts. 17-19 RB-I bis) como en Ley aplicable (art. 6 RR-I)⁷. Como señala el prof. CALVO CARAVACA, al hacerlo, el legislador europeo se enfrentó al triple reto que presentan hoy en día las operaciones internacionales de consumo: el consumo de masas, los pequeños importes de estos contratos cuando se consideran de forma individual y la contratación a través de Internet⁸.

6. En torno a tal protección deben realizarse ciertas consideraciones generales. La primera es que todo el régimen de Derecho internacional privado europeo del consumo constituye una excepción. En sede de competencia, es una excepción tanto a la regla general del foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis) como a la regla específica sobre competencia judicial en materia de contratos (art. 7.1 RB I-bis). En sede de Ley aplicable, se trata de una excepción a las reglas generales del Reglamento Roma I. Al constituir una excepción, dichas normas deben ser interpretadas restrictivamente⁹. No obstante, este valor “internacional privatista”, se ve enfrentado con un valor “sustantivo”, la expansiva protección del consumidor en Derecho material europeo¹⁰. Ha sido labor del TJUE la difícil tarea de coordinar estos dos valores, lo que ha dado lugar a una jurisprudencia muy casuística y oscilante. Como se verá, en ocasiones, las decisiones del Tribunal dejan entrever una posición más favorable a los valores sustantivos que a los conflictuales, lo que se traduce en una interpretación expansiva en favor de la aplicación de las normas protectoras de los consumidores, frente a la interpretación contenida y restrictiva que deriva del espíritu de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I.

7. Teniendo en cuenta estos valores en conflicto, se expone de manera sucinta en qué consiste este régimen especial para los contratos de consumo establecido por el legislador europeo, con la finalidad de poder encuadrar el lugar que en el mismo ocupa el problema de la calificación de los contratos celebrados para una doble finalidad.

1. Competencia judicial internacional

8. Siempre que se trate de una demanda a interponer ante los tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea¹¹, la competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo se determinará de acuerdo con el Reglamento 1215/2012¹² y ello por tratarse de litigios en materia civil o mercantil (art. 1.1 RB-I bis, al no encontrarse en la lista de exclusiones del art. 1.2).

⁷ G. P. CALLIESS, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, Mohr Siebeck; R. GREGER, “Verbraucherstreitbeilegung: kein Durchbruch, viele Fragen”, *Verbraucher und Recht*, 34, 2, 2019, pp. 43-47; S. J. HEETKAMP, *Online Dispute Resolution bei grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen: europäisches und globales Regelungsmodell im Vergleich*, Göttingen, V&R unipress, Universitätsverlag Osnabrück, 2017.

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 86-96, p. 87.

⁹ STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, Personal Exchange, FJ 29.

¹⁰ Se trata de una de las principales políticas de la UE. Su base jurídica reside en los arts. 4, 12, 114 y 169 TFUE, así como en el art. 38 de la CDFUE, que establece que en las políticas de la UE se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.

¹¹ Como señalan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas i-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 2523-, 2760, p. 2562, “Todos los tribunales y autoridades de los Estados miembros están obligados a aplicar el Reglamento Bruselas I-bis. La expresión “Estado miembro” cubre todos los Estados miembros incluida Dinamarca tras el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca de 19 octubre 2005. El Reglamento no se aplica por las autoridades del Reino Unido desde el 31 diciembre 2020, fecha en la que terminó el período transitorio de separación de este país respecto de la UE. El Reglamento no está en vigor para el Reino Unido desde esa fecha”.

¹² Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE núm. L 351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

9. Si el supuesto encaja en la Sección 4 del Capítulo II (“competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”) y el demandado es el profesional, resulta irrelevante si su domicilio se encuentra en la Unión Europea (art. 18.1 RB-I bis). Cuando el demandado sea el consumidor, para aplicar esta normativa sí resulta preciso que su domicilio se encuentre en un Estado miembro de la Unión Europea (art. 6.1 RB-I bis)¹³.

10. Para que se aplique la sección 4 del capítulo II del Reglamento Bruselas I-bis es necesario que se cumplan ciertos requisitos, pues no todos los contratos con particulares pueden ser calificados como contratos de consumo “protegidos” (A). Cuando la sección se aplica, la consecuencia principal es que el consumidor puede litigar ante los tribunales del Estado miembro en el que tenga su domicilio (B).

A. Requisitos para la aplicación de la Sección

11. El régimen del Reglamento 1215/2012 requiere comenzar el análisis mediante la determinación de si el contrato puede ser calificado como “contrato de consumo” y por lo tanto, si encaja en la Sección 4 del Capítulo II¹⁴.

12. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta Sección es aplicable cuando se cumplan tres requisitos: “en primer lugar, una parte contractual tiene la condición de consumidor que actúa en un contexto que puede considerarse ajeno a su actividad profesional; en segundo lugar, se ha celebrado efectivamente el contrato entre dicho consumidor y el profesional, y, en tercer lugar, este contrato pertenece a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido artículo 17. Estos requisitos deben cumplirse de manera cumulativa, de modo que, si no se da alguno de los tres, no cabe determinar la competencia según las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores”¹⁵.

13. *Primer requisito.* En primer lugar, una de las partes del contrato debe ser un “consumidor”, esto es, una persona física que contrata para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional¹⁶. Esta limitación obedece a la función de protección que cumplen esas disposiciones: solamente

¹³ Sobre la determinación del domicilio a efectos del Reglamento, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas i-bis” de 12 diciembre 2012”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 2523-, 2760, p. [...]; C. GRAMLICH, “Gerichtsstände der EuGVVO in Verbrauchersachen: Probleme bei Umzug einer Partei”, *EuZW*, 28, 6, 2017, pp. 213-218.

¹⁴ R. ARENAS GARCÍA, “Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968”, *REDI*, 1996-I, pp. 39-70; J. M. L. DUIN/C. VAN LEONE, “The real (new) deal: levelling the odds for consumer-litigants: on the need for modernization. Part II”, *European Review of Private Law*, 27, 6, 2019, pp. 1227-1249; D. COESTER-WALTIJEN, “Schiedsgerichtsbarkeit und Verbraucher”, en B. HESS (Hrsg.), *Der europäische Gerichtsverbund: Gegenwartsfragen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: die internationale Dimension des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Bielefeld, Gieseking, 2017, pp. 81-100; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-terceros Estados” *AEDIPr*, T. XIV-XV, 2014-2015, pp. 277-303; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reg. 44/2001”, *Estudios sobre consumo*, núm. 63, 2002, pp. 9-24; E. GAMBARO/N. LANDI, “Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and commercial Matters”, *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371; J. L. IRIARTE ÁNGEL/U. BELINTXON MARTIN, “El TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: los contratos de consumidores y trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, pp. 159-187; M. TAMBURINI, “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, *Studi M. Giuliano*, Padova, 1989, pp. 869-879; H. UNBERATH/A. JOHNSTON, “The Double-Headed Approach of the ECJ concerning Consumer Protection”, *CMLR*, 2007, pp. 1237-1284.

¹⁵ STJUE 3 octubre 2019, as. C-208/18, *Jana Petruchová contra FIBO Group Holdings Limited*, ECLI:EU:C:2019:825, FJ 39.

¹⁶ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en Internet: El asunto C-498/16, Maximilian Schrems y facebook Ireland Limited”, *CDT*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 711-721; J. CHACORNAC, “La double autonomie de la notion de consommateur dans le règlement Bruxelles I bis en matière financière (Civ. Ire, 26 juin 2019, n° 18-15.101 et n° 18-15.102, 2 arrêts, non publiés au Bulletin; CJUE 3 oct. 2019, aff. C-208/18, Dalloz actualité, 22 oct. 2019, obs. F. Mélin; D. 2019. 1943; ibid. 2020. 624, obs. H. Aubry)”, *Revue critique de droit international privé*, 2020, 2, pp. 300-316; J. HASLACH, “International jurisdiction in consumer contract cases under the Brussels I Regulation: Schrems: case C-498/16, Maximilian Schrems v. Facebook

debe extenderse a aquellos para los que esté realmente justificada¹⁷. Es dentro de este primer requisito en el que el TJUE ha enmarcado los casos sobre la calificación de los contratos celebrados con una doble finalidad que son objeto de este estudio. A los mismos se hará referencia en profundidad en los apartados subsiguientes.

14. Dentro de este primer requisito se considera implícito que la otra parte del contrato debe ser un “profesional”, entendido como una persona física o jurídica que contrata en el marco del ejercicio de sus actividades profesionales o comerciales. Como señala M. WILDERSPIN, esta exigencia se explica por varios factores. El principal, que el propósito del régimen es proteger a la parte más débil, por lo que no sería lógico que se aplicara a situaciones en las que la otra parte se encuentra en igualdad de condiciones¹⁸.

15. Segundo requisito. En segundo lugar, debe existir un contrato entre las partes del litigio. Si no existe contrato entre las partes no será de aplicación la normativa protectora en materia de consumo de los Reglamentos. Por ello, como repetidamente ha señalado el TJUE, no cabe enmarcar en la Sección las reclamaciones dirigidas al productor por parte del consumidor (la “acción directa”)¹⁹. Tampoco las reclamaciones en las que un tercero ha adquirido los derechos de los consumidores frente al profesional²⁰. Además, la controversia debe derivar de tal contrato entre las partes.

16. Tercer requisito. En tercer lugar, el contrato se ha de poder encajar en una de estas tres categorías: (i) venta a plazos, (ii) préstamo para financiar esa venta a plazos o (iii) para los demás contratos, el profesional ha de ejercer tales actividades profesionales o comerciales en el Estado miembro de

Ireland Limited, judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018, EU:C:2018:37”, *CMLR*, 56, 2, 2019, pp. 559-579; T. LUTZI, “‘What’s a consumer?’: (some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation: case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25, 3, 2018, pp. 374-381; H. MUIR-WATT, “Facebook face au consommateur ‘professionnel’ (Cour de justice de l’Union européenne, 3e ch., 25 janv. 2018, aff. C-498/16)”, *RCDIP*, 3, 2018, pp. 595-608; D. PAULUS, “Die Grenzen zivilprozessualen Verbraucherschutzes: zugleich Besprechung des Vorabentscheidungsersuchens des Obersten Gerichtshofs (Österreich) an den EuGH vom 19.09.2016, Rs. C-498/16, Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited”, *ZJP Int.*, 21, 2016, pp. 199-234; M. STÜRNER/C. WENDELSTEIN, “Datenschutzrechtliche ‘Sammelklagen’ im Zuständigkeitsregime der Brüssel Ia-VO: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 25.1.2018, C-498/16, Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Ltd.”, *JZ*, 73, 22, 2018, pp. 1083-1092.

¹⁷ B. AÑOVIROS TERRADAS, “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria con doble finalidad (privada y profesional) y su posible calificación como contrato de consumo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17: Milivojević”, *La Ley Unión Europea*, n. 71, 2019, pp. 1-14, p. 6, con cita a J.M. BISCHOFF, “Nota a la sentencia Benincasa c. Dentalkit Srl.”, *Journal du Droit International*, 1998, 2, pp. 581-586, p. 583 y a la STJUE as. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, FJ 19.

¹⁸ M. WILDERSPIN, “Consumer contracts”, en VV.AA., *Encyclopaedia of private international law*, Edgar Elgar, 2017, pp. 464-472; p. 465. El autor señala como otros argumentos que las letras a) y b) del apartado 1 del art. 15 se aplican a las ventas de bienes en condiciones de crédito y a los préstamos para proporcionar para la compra de dichos artículos (que, en la práctica, es probable que sean concedidos por profesionales) y que la letra c) sólo se aplica cuando la otra parte ejerza «actividades comerciales o actividades profesionales» en el Estado miembro del domicilio del consumidor (o dirige dichas actividades a ese país).

¹⁹ STJUE de 28 de enero de 2015 as. C-375/13, *Kolassa* [ECLI:EU:C:2015:37].

²⁰ S. BARIATTI, “Le azioni collettive dell’art. 140-bis del codice del consumo: aspetti di diritto internazionale privato e processuale”, *RDIPP*, 2011, pp. 19-54; A. BIARD, “Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?”, *ERA-Forum*, 19, 2, 2018, pp. 189-204; A. B. BIARD/X. E. KRAMER, “The EU Directive on Representative Actions for Consumers: a milestone or another missed opportunity”, *ZEUP*, 27, 2, 2019, pp. 249-259; J. HASLACH, “International jurisdiction in consumer contract cases under the Brussels I Regulation: Schrems: case C-498/16, Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited, judgment of the Court (Third Chamber) of 25 January 2018, EU:C:2018:37”, *CMLR*, 56, 2, 2019, pp. 559-579; J. CHABRNY, *Grenzüberschreitende Sammelklagen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2019; F. CORDÓN MORENO, “Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores”, *Derecho privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 217-242; D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, “Schrems v Facebook: the consumer definition in the framework of digital social networks”, *European Data Protection Law Review*, 4, 4, 2018, pp. 542-546; W. HAKENBERG/E. M. KOWOLLIK, “New Deal for Consumers: europäische Kollektivklage und andere Wege moderner Durchsetzung von Verbraucherrechten”, *EWS*, 30, 2, 2019, pp. 61-69; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Aplicación del régimen especial de protección de los consumidores previsto en el Reglamento Bruselas I a los contratos celebrados entre presentes. A propósito de la sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11, Mühlleitner”, *Diario La Ley*, n. 7966, Sección Tribuna, 16 noviembre 2012; P. WAUTELET, “Le consommateur, le réseau social et l’action collective”, *Journal de droit européen*, 26, n° 251, 2018, pp. 260-265.

domicilio del consumidor (criterio “*doing business*”) o al menos dirigir tales actividades a dicho Estado miembro (“criterio “*stream of commerce*”). Junto con ello, se exige que el contrato ha de estar enmarcado en el ámbito de estas actividades ejercidas o dirigidas²¹. A este requisito se le ha denominado también “limitación objetiva”, por exigir un vínculo entre el contrato y el país de domicilio del consumidor²².

17. Dentro de este tercer y último requisito se podría incluir otra condición: el contrato no puede consistir en un contrato de transporte, ya que estos se consideran excluidos. Solamente se consideran contratos de consumo los contratos de transporte que tienen por objeto un viaje combinado, entendiendo por tal aquél en que, por un precio global, se ofrece una combinación de viaje y alojamiento, tal y como dispone el art. 17.3 RB-I bis²³.

B. Consecuencias de la aplicación de la Sección

18. Las disposiciones de la Sección garantizan una protección jurisdiccional al consumidor en cuanto parte débil del contrato. Se le otorga un beneficio procesal, el del *fórum actoris*²⁴. Así, el consumidor no se verá forzado a desistir de hacer valer sus derechos judicialmente por tener que realizar el “viaje jurisdiccional” para interponer la acción ante los tribunales del domicilio del demandado (el foro general del art. 4 RB-I bis) o ante los tribunales pactados en el contrato de consumo.

19. De esta forma, cuando un contrato entra en el ámbito de aplicación del art. 17 RB-I bis, el art. 18 de la misma norma ofrece al consumidor, si es demandante, la posibilidad de demandar al profesional ante los tribunales del Estado miembro en que esté domiciliado el profesional o del lugar

²¹ A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, 2017; O. CACHARD, “Nota a STJUE 7 diciembre 2010, *Pammer*”, *JDI Clunet*, 2011, pp. 414-438; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. III, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 3438-3523; D. CARRIZO AGUADO, “La relación de causalidad como indicio justificativo de la “actividad dirigida” en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 312-316; E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 70-92; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “El foro de consumidores: comentarios a la Sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, p. 647; C. HEINZE/B. STEINRÖTTER, “Wann fällt ein Vertrag in den Bereich der ausgerichteten Tätigkeit des Unternehmers i.S.d. Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO? (EuGH, S. 583)”, *IPRax*, 2016, pp. 545-550; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del International Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 194-197; M. J. MATIAS FERNANDES, “O conceito de «actividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «Bruxelas I» e a internet: subsídios do Tribunal de Justiça por ocasião do acórdão *Pammer /Alpenhof*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 308-309; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y Ley aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 160-185, p. 162; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DiPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet”, *REDI* 2017, pp. 223-256; V. PIRONON, “Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux contractuel et délictuel du commerce électronique”, *JDI Clunet*, 2011, pp. 915-941; S. STOYAN, “Just a click away? Jurisdiction and virtually carrying on business in Canada”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, issue 3, pp. 602-632; V. VILLA, “Contatto minimo e competenza giurisdizionale delle corti statunitensi in materia di commercio elettronico”, *RDIPP*, 2011, pp. 327-360.

²² B. AÑOVEROS TERRADAS, “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria con doble finalidad (privada y profesional) y su posible calificación como contrato de consumo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17: *Milivojević*”, *La Ley Unión Europea*, n. 71, 2019, pp. 1-14, p. 6.

²³ E. CASTELLANOS RUIZ, “Novedades sobre la jurisdicción competente en los contratos internacionales de transporte aéreo de pasajeros —Reglamento Bruselas I-BIS y Convenio de Montreal—”, *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 51, 2020; S. FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 123-139; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Competencia judicial internacional en acciones de consumidores contra compañías aéreas. Comentario a los autos del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 25/9/2018, 4/10/2018, 9/10/2018, 18/10/2018 y a la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 27/9/2018”, *CDT*, 11, 2, octubre 2019, pp. 718-726.

²⁴ C. HEINRICH, “Vorbild Europa/Mehr Wohnsitzgerichtsstände in der ZPO?: braucht der Verbraucher mehr Schutzgerichtsstände an seinem Wohnsitz?”, *Deutsches Autrecht*, 88, 3, 2018, pp. 127-133.

en que esté domiciliado el consumidor. En cambio, cuando el consumidor es el demandado, sólo puede ser demandado en el Estado miembro en el que está domiciliado. Las posibilidades de apartarse de este régimen mediante acuerdo están severamente circunscritas. El art. 19 RB-I bis sólo permite esta posibilidad si (i) el acuerdo se celebra después de que haya surgido el litigio, (ii) permite al consumidor una elección más amplia de los tribunales en los que entablar la demanda o (iii) atribuye la competencia a los tribunales del Estado miembro en el que las partes comparten domicilio o residencia habitual²⁵.

2. Ley aplicable

20. En la Unión Europea, para determinar la Ley aplicable en materia de contratos de consumo es preciso recurrir al Reglamento 593/2008 (“Reglamento Roma I”)²⁶. Su art. 6 es el que contiene un régimen específico para este tipo de contratos.

A. Requisitos para la aplicación del artículo

21. Existen similitudes evidentes entre el art. 6 RR-I y la sección 4ª del Capítulo II RB-I bis. Sus objetivos respectivos también son similares. Por ello, los tres requisitos expuestos en el apartado de competencia judicial internacional son trasladables a Ley aplicable, con las especialidades que siguen a continuación.

22. El art. 6 RR-I se aplica a un contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional (el consumidor) con otra persona que actúe en el ejercicio de su actividad profesional (el profesional). La definición de consumidor corresponde en líneas generales a la que figura en el Reglamento Bruselas I bis, pero es más explícita en el sentido de que especifica que sólo puede ser consumidor una persona física²⁷.

23. El segundo requisito, el de la necesidad de la existencia de un contrato, no varía en absoluto respecto del Reglamento Bruselas I bis.

24. Respecto de las circunstancias de aplicación que conforman el tercer requisito, sí existe cierta variación. El art. 6 RR-I exige que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o que por cualquier medio, dirija tales actividades a ese país o a varios países, incluido ese país, y el contrato entre en el ámbito de dichas actividades en relación a todos los tipos de contratos incluidos en el régimen protector (a diferencia del Reglamento Bruselas I bis, que no exigía tal requisito para los contratos de ventas a plazos ni para los préstamos destinados a financiar esas ventas a plazos).

²⁵ S. JODŁOWSKI, “Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile”, *RCADI*, vol. 143, 1974; V. LAZIĆ, “Procedural position of a ‘weaker party’ in the Regulation Brussels Ibis”, en V. LAZIĆ/S. STUIJ (Eds.), *Brussels Ibis Regulation: changes and challenges of the renewed procedural scheme*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2017, pp. 51-70; J. J. MARTÍN ARRIBA, “El derecho de los consumidores comunitarios a ser asesorados y a acceder a la justicia”, *La Ley (CE)*, núm. 91, 30.XI.1994, pp. 1-4; J. NORMAND/F. BALATE, “Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?”, *Cah.DE*, vol. 26, 1990, pp. 273-351; G. RÜHL, “The consumer’s jurisdictional privilege: on (missing) legislative and (misguided) judicial action”, en F. FERRARI/F. RAGNO (Ed.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 67-96; A. SINNAY CYTERMANN, “Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international”, *RCDIP*, 2009, pp. 427-457.

²⁶ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE núm. L 177, de 4 julio 2008, pp. 6-16; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>

²⁷ M. WILDERSPIN, “Consumer contracts”, en VV.AA., *Encyclopaedia of private international law*, Edgar Elgar, 2017, pp. 464-472; p. 465. Como se verá en el apartado siguiente, este requisito también se exige en competencia judicial internacional, aunque no aparezca en la norma.

25. Por último, la lista de exclusiones es más amplia que la contemplada en el Reglamento Bruselas I bis. Comprende: (a) el contrato de prestación de servicios cuando los servicios vayan a prestarse exclusivamente en un país distinto de aquel en el que el consumidor tenga su residencia habitual²⁸; (b) el contrato de transporte, a excepción de los viajes combinados²⁹; (c) el contrato relativo a un derecho real inmobiliario o al arrendamiento de un bien inmueble, a excepción de los contratos de multipropiedad o “*timesharing*”³⁰; (d) los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero, derechos y obligaciones que constituyan las condiciones de una oferta pública de adquisición de valores mobiliarios, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero; y (e) el contrato celebrado dentro de un sistema de varios niveles de intermediarios financieros que compran y venden para múltiples terceros intereses en instrumentos financieros.

B. Consecuencias de la aplicación del artículo

26. Cuando se aplica el art. 6 RR-I, el resultado es que, si las partes no han elegido la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual.

27. No obstante, las partes pueden elegir otra ley, pero tal elección no puede privar al consumidor de la protección de las disposiciones que no puede ser derogada por acuerdo de la ley que sería aplicable a falta de elección. El resultado es que el consumidor puede acogerse a la ley elegida o a las disposiciones de la ley de su residencia habitual que no puedan ser derogadas por contrato, según la que le sea más favorable³¹. Por “disposiciones que no pueden excluirse mediante contrato” se entienden las normas de las que las partes no pueden sustraerse en una situación interna, esto es, las normas imperativas³².

III. El concepto de consumidor del Derecho internacional privado europeo. Estado de la cuestión tras el caso *Schrems* en los contratos de doble finalidad

28. De los tres requisitos expuestos para que se aplique la protección prevista por el legislador europeo para los contratos de consumo, se pondrá el foco en el primero de ellos: el contrato se debe haber celebrado con un “consumidor”. Es en el marco de este requisito donde surge la cuestión de cómo calificar a las personas físicas que contratan con una doble finalidad en parte privada y en parte profesional.

29. La relación entre el término “consumidor” y la finalidad del contrato viene determinada por la forma en que el TJUE ha venido interpretando este término y por las indicaciones que ha ido proporcionando para distinguir a un consumidor del que no lo es. Cuando el art. 17 RB-I bis define el término “consumidor” pone el foco en el carácter privado de la actividad realizada por dicho consumidor, en

²⁸ Esta exclusión se defendió en M. GIULIANO / P. LAGARDE, Informe sobre el Convenio relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, 1980, *DOCE C* 282/1.

²⁹ A diferencia de la disposición análoga del apartado 3 del artículo 15 del Reglamento Bruselas I, el ámbito de aplicación de la excepción se define explícitamente por referencia a la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Dicha Directiva no contiene una definición de “contrato relativo a viajes combinados” como tal, sino que se limita a definir un “viaje combinado” como la combinación, con pernoctación o de una duración mínima de 24 horas, de al menos dos de los siguientes elementos: transporte, alojamiento y otros servicios.

³⁰ Véase cdo. 26 RR-I. El TJUE ha interpretado esta exclusión de forma muy restrictiva.

³¹ A. COISNE, “Contrat avec un consommateur et activité transfrontalière: commentaire de l’arrêt CJUE 28 juillet 2016 aff. C-191/15 ‘VKI c/Amazon EU’ sur le caractère abusif d’une clause de choix de loi se référant uniquement au droit du pays d’établissement du professionnel”, *Bulletin droit et banque*, n° 60, 2017, pp. 71-77; G. RÜHL, “Consumer Protection in Choice of Law”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, pp. 500-601; J. NORMAND/F. BALATE, “Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?”, *Cahiers de Droit Européen*, vol. 26, 1990, pp. 273-351; J. W. RUTGERS, “Judicial decisions on private international law: Court of Justice of the European Union 28 July 2016, case C-191/15 Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl, ECLI:EU:C:2016:612”, *NILR*, n. 64, vol. 1, 2017, pp. 163-175.

³² M. WILDERSPIN, “Consumer contracts”, en VV.AA., *Encyclopaedia of private international law*, Edgar Elgar, 2017, pp. 464-472; p. 466.

el sentido opuesto al de actividad profesional o comercial³³. Pero ¿cómo determinar el carácter de la actividad? Es aquí donde el TJUE ha utilizado el criterio de la finalidad perseguida por el particular en la contratación.

30. De este modo, tal y como ha indicado el TJUE, para calificar a alguien como consumidor se ha de tener en cuenta la finalidad para la que celebra el contrato. Así, solo se le aplicarían las normas especiales de protección del consumidor a aquellos que hayan celebrado el contrato sin ninguna finalidad profesional o comercial, con la única intención de satisfacer sus necesidades privadas. Por ello, la protección no se aplica en los casos de contratos celebrados con la finalidad de ejercer una actividad profesional, aun cuando en el momento de celebrarlos dicha actividad no haya comenzado³⁴.

31. Asimismo, señala el TJUE que, para determinar esa finalidad, se ha de estar a la posición de esa persona en el contrato objeto del litigio y no a su situación general o subjetiva, pues una misma persona puede ser considerada como consumidor en ciertas relaciones contractuales y como profesional en otras³⁵.

32. Al ser tan relevante la finalidad al contratar, la calificación como consumidor o como profesional de la persona que celebra un contrato con una doble finalidad resulta un reto. Como además recuerda el prof. CALVO CARAVACA, estos contratos de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios celebrados por una persona física con fines privados y profesionales son habituales en el escenario internacional³⁶. Piénsese, por ejemplo, en la adquisición de un ordenador, o de un teléfono móvil, que se utiliza tanto para la actividad profesional como privada de un particular, o de la contratación de un servicio de limpieza o de seguridad para la vivienda que también es la oficina de un particular.

33. El TJUE se enfrentó a esta situación por primera vez en el caso *Gruber*³⁷. En el supuesto, se planteó el caso de un criador de cerdos, el Sr. Gruber, propietario de una granja situada en Austria, cerca de la frontera alemana. El Sr. Gruber utilizaba su granja como explotación económica para la crianza de

³³ B. AÑOVEROS TERRADAS, “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria con doble finalidad (privada y profesional) y su posible calificación como contrato de consumo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17: *Milivojević*”, *La Ley Unión Europea*, n. 71, 2019, pp. 1-14, p. 7 señala que, de hecho, la formulación utilizada por el artículo es negativa: para ser considerada como consumidora en una determinada relación contractual, la persona debe celebrar un contrato para un uso ajeno a su actividad profesional. Como ya se ha indicado, para definir al profesional, esto es, al cocontratante del consumidor, se utiliza una definición positiva: para ser considerada como profesional en una determinada relación contractual, la persona debe actuar en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

³⁴ STJUE 3 julio 1997, as. C-269/95, *Benincasa*, EU:C:1997:337, FJ 17.

³⁵ STJUE 3 julio 1997, as. C-269/95, *Benincasa*, EU:C:1997:337, FJ 16. En este asunto, se plantea si un particular que suscribe un contrato de franquicia con la finalidad de convertirse posteriormente en franquiciado puede ser considerado como un consumidor. En las Conclusiones del Abogado General de este caso se puede leer: “la condición de consumidor a la que se refiere el art. 13 del Convenio de Bruselas no viene determinada por una situación subjetiva preexistente: una misma persona física puede ser consumidor a unos efectos y empresario a otros” (FJ 38). Véase también STJUE *Costea*, as. C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, FJ 28. En este asunto resulta de interés, aunque no interpreta el Reglamento Bruselas I bis ni sus predecesores, porque el TJUE señaló que se podía calificar como consumidor a un abogado que había celebrado un contrato de préstamo sin precisar la finalidad del mismo aun cuando se le considerara como profesional para el contrato de hipoteca accesorio al mismo.

³⁶ A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 86-96, p. 90.

³⁷ STJUE 20 enero 2005, as. C-464/01, *Johann Gruber vs. Bay Wa AG*, ECLI:EU:C:2005:32, comentada por B. AÑOVEROS TERRADAS, “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el forum actoris a favor del consumidor. (A propósito de las sentencias del TJCE en los asuntos Johann Gruber y Petra Engler)”, *Diario La ley*, 2005, nº 6264, pp.1-10; R. CONTI, “La nozione di consumatore nella Convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di giustizia”, *Il Corriere giuridico*, 2005, pp. 1384-1392; V. CRESCIMANNO, “I ‘contratti conclusi con i consumatori’ nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo”, *Europa e diritto privato*, 2005, pp. 1135-1154;

^E. GOTTSCHALK, “Verbraucherbegriff und Dual-use-Verträge”, *RIW*, 2006, pp. 576-578; P. MANKOWSKI, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2005 pp. 305-306; ID., “Gemischte Verträge und der persönliche Anwendungsbereich des Internationalen Verbraucherschutzrechts”, *IPRax*, 2005, pp. 503-509; A. MARMISSE, “Commentaire de l’arrêt Gruber c/ Bay Wa AG - CJCE, 20 janvier 2005, aff. C-464/01”, *Revue de jurisprudence commerciales*, 2005, pp. 256-264; H. RÖSLER/V. SIEPMANN, “Gerichtsstand bei gemischt privat-gewerblichen Verträgen nach europäischem Zivilprozessrecht”, *EWS*, 2006, pp. 497-501.

cerdos, pero también como vivienda para él y su familia. Señala el tribunal remitente que la parte del edificio destinada a vivienda representaba al menos el 60% del edificio. El Sr. Gruber celebró un contrato de compraventa con la sociedad Bay Wa, con sede en Alemania, que tenía objeto unas tejas. El Sr. Gruber las compró para cambiar el tejado de toda su granja. El Sr. Gruber demandó a la sociedad alemana vendedora de tejas, señalando que no todas las tejas eran del mismo color. El tribunal remitente dudaba sobre si se debía calificar al Sr. Gruber como profesional o como consumidor, habida cuenta de la doble finalidad del contrato, ya que parte de las tejas cubrirían la vivienda y parte la explotación granjera.

34. En este caso, el TJUE contestó a la cuestión prejudicial indicando que la persona podría ser considerada como un consumidor a los efectos del Convenio de Bruselas (lo que se mantiene para el Reglamento Bruselas I bis) únicamente “en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato”³⁸. El TJUE fundamenta esta afirmación en que la finalidad de la sección específica para contratos de consumo consiste en proteger debidamente a la persona que se supone que se encuentra en una posición más débil respecto de su cocontratante, asumiendo por tanto que una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional no está en tal posición desfavorable³⁹. En definitiva, según la doctrina *Gruber*, un particular que contrata con una doble finalidad privada y profesional no es un consumidor protegido salvo que la finalidad profesional con la que contrató tenga un papel negligible, insignificante, tenue, marginal: el hecho de que la finalidad privada sea simplemente predominante no es suficiente⁴⁰.

35. Como señaló el prof. CALVO CARAVACA en su análisis, cuando el contrato tiene una finalidad a la vez privada y profesional, la sentencia *Gruber* lleva a distinguir entre tres supuestos: (i) uso profesional del bien o servicio de carácter “leve, marginal o insignificante en el contexto de la operación”; (ii) uso profesional del bien o servicio de carácter “relevante”; y (iii) uso profesional del bien o servicio de carácter “predominante o no insignificante”. Según la que podría denominarse “doctrina *Gruber*”, sólo en el primer caso, es decir, cuando el bien o servicio sea objeto de un uso profesional que pueda calificarse de “leve, marginal o insignificante en el contexto de la operación”, será posible calificar el contrato como “celebrado por un consumidor”. Por lo tanto, si el uso profesional del bien o servicio es “no predominante” pero “no insignificante”, el contrato no puede calificarse de contrato celebrado por un consumidor⁴¹.

36. En el caso *Schrems*⁴², el TJUE sorprende con un cambio de rumbo. Es cierto que el contrato respecto del que se planteó la cuestión era muy distinto que el contrato del caso *Gruber*, que versaba sobre una compraventa de mercaderías. En *Schrems* se trata de un contrato de prestación de servicios de redes sociales y, por lo tanto, de una relación contractual de larga duración y no de tracto único. La cuestión se planteó porque el usuario se registró con la finalidad de usar su cuenta de forma privada, pero

³⁸ STJUE *Gruber*, FJ 39.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ M. WILDERSPIN, “Consumer contracts”, en VV.AA., *Encyclopaedia of private international law*, Edgar Elgar, 2017, pp. 464-472; p. 465.

⁴¹ A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 86-96, p. 90.

⁴² STJUE *Schrems*, *cit.* Comentada por D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, “Schrems v Facebook: the consumer definition in the framework of digital social networks”, *European Data Protection Law Review*, 4, 4, 2018, pp. 542-546; T. LUTZI, “What’s a consumer?: (some) clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress under the Brussels Ia Regulation: case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25, 3, 2018, pp. 374-381; H. MUIR-WATT, “Facebook face au consommateur ‘professionnel’ (Cour de justice de l’Union européenne, 3e ch., 25 janv. 2018, aff. C-498/16)”, *RCDIP*, 3, 2018, pp. 595-608; D. PAULUS, “Die Grenzen zivilprozessualen Verbraucherschutzes: zugleich Besprechung des Vorabentscheidungsersuchens des Obersten Gerichtshofs (Österreich) an den EuGH vom 19.09.2016, Rs. C-498/16, Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited”, *ZJP Int.*, 21, 2016, pp. 199-234; C. SCHMON, “Schrems vs Facebook: Internationale Zuständigkeit bei Forderungsabtretung”, *Ecolex*, 2018, pp. 248-249; M. STÜRNER/C. WENDELSTEIN, “Datenschutzrechtliche ‘Sammelklagen’ im Zuständigkeitsregime der Brüssel Ia-VO: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 25.1.2018, C-498/16, Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Ltd.”, *JZ*, vol. 73, n. 22, 2018, pp. 1083-1092.

fue poco a poco virando el uso de su cuenta a uno de carácter profesional. ¿Se debía tener en cuenta la finalidad en el momento de la contratación o aquella a la que se destinó el objeto del contrato a lo largo de su duración? ¿se le ha de considerar como consumidor, aunque finalmente haya usado su cuenta con una finalidad profesional más que insignificante?

37. El TJUE se ha abierto en este caso a una cierta flexibilización del concepto. Lo ha hecho en dos sentidos. En primer lugar, como ha señalado P. DE MIGUEL ASENSIO, se ha producido una modificación del momento en que se debe considerar la condición de consumidor de la persona física contratante⁴³. Así, frente a la opción de considerar como relevante únicamente la finalidad de la operación en el momento en que se celebró el contrato, el TJUE invita a considerar cómo ha evolucionado esa finalidad a lo largo de la vida de dicha operación. Partiendo de esta premisa, el Tribunal afirma que solo se puede invocar la condición de consumidor “si el uso esencialmente no profesional de tales servicios para el cual celebró inicialmente un contrato no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional”⁴⁴.

38. Esta flexibilización, que lleva a tener en cuenta toda la “vida” del contrato, no es necesariamente amplificativa del ámbito de protección. Incluso podría considerarse restrictiva. Antes de *Schrems*, se podía afirmar que todos los que contrataban para un uso personal eran considerados consumidores, se tratara de un contrato de larga duración o de tracto único. Después de *Schrems*, no. Lo trato de explicar con el cuadro siguiente:

39. Antes de *Schrems*:

	Finalidad profesional en el momento de contratar	Finalidad privada en el momento de contratar
Finalidad privada durante la vida del contrato	NO CONSUMIDOR	CONSUMIDOR
Finalidad profesional durante la vida del contrato	NO CONSUMIDOR	CONSUMIDOR

Después de *Schrems*:

	Finalidad profesional en el momento de contratar	Finalidad privada en el momento de contratar
Finalidad privada durante la vida del contrato	NO CONSUMIDOR	CONSUMIDOR
Finalidad profesional durante la vida del contrato	NO CONSUMIDOR	NO CONSUMIDOR

Este planteamiento, siguiendo al autor citado, lleva a entender que el momento relevante para apreciar la finalidad del contrato a estos efectos debe ser el de la interposición de la demanda y no el de celebración del contrato⁴⁵. Esto transforma el criterio de la finalidad de estático a dinámico. Este cambio aumenta las dificultades probatorias y genera algo más de inseguridad jurídica, pero también es cierto que supone una mayor garantía de “proximidad” y que se alinea con el principio general sobre el momento en que se establece la “*perpetuatio jurisdictionis*”⁴⁶.

⁴³ En el mismo sentido de lo indicado por el prof. CALVO, también lo ha señalado P. DE MIGUEL ASENSIO, “Litigación entre las redes sociales y sus usuarios: la sentencia Schrems y las perspectivas de futuro”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/01/litigacion-internacional-entre-las.html>.

⁴⁴ STJUE *Schrems*, FJ 38.

⁴⁵ P. DE MIGUEL ASENSIO, “Litigación entre las redes sociales y sus usuarios: la sentencia Schrems y las perspectivas de futuro”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/01/litigacion-internacional-entre-las.html>

⁴⁶ Otras decisiones posteriores del TJUE también han ido en el sentido de establecer como momento clave en la liti-

42. En un segundo sentido, esta STJUE ha supuesto una flexibilización del término porque, a la hora de considerar si, durante la vida del contrato, existe un uso predominantemente privado o predominantemente profesional, el TJUE invita a considerar como privado todo uso que no sea “esencialmente profesional” (mismo FJ 38). Esto es, mientras que en *Gruber*, para ser consumidor se exigía que la actividad profesional fuera marginal, aquí basta con que no sea esencial. Como señala el prof. CALVO CARAVACA, en esta ocasión, el TJUE no se atuvo a su triple división entre uso profesional “insignificante”, “relevante” y “preponderante” que había acuñado previamente. De acuerdo a esta nueva doctrina (“doctrina *Schrems*”), un particular que contrata un servicio con un empresario únicamente para fines privados y personales, es un consumidor y no pierde tal condición si posteriormente utiliza dicho servicio con una finalidad profesional o comercial, aunque tal finalidad llegue a ser “preponderante”⁴⁷.

43. En este segundo sentido, flexibilización implica también ampliación. Se puede afirmar por lo tanto que, respecto de estos contratos con doble finalidad “sobrevvenida” y tracto sucesivo, la persona contratante puede seguir considerándose como consumidor aunque haya utilizado el bien o servicio para un uso profesional o comercial, siempre que dicho uso no haya sido preponderante o esencial. Así, el término “consumidor” quedaría ampliado, pues englobaría también a lo sujetos que celebran un contrato cuyo uso profesional es mayor a “insignificante” pero menor que “esencialmente profesional”⁴⁸. Tanto es así que se ha incluso señalado que, en esta sentencia, el TJUE ha establecido una presunción a favor de la condición de consumidor⁴⁹.

44. Sea esto último cierto o no, de lo que no cabe duda es de que el caso *Schrems* trajo novedades muy destacables en la forma en que el TJUE había interpretado el concepto de consumidor. Tras décadas aplicando el concepto de forma restrictiva y, por supuesto, sin desdeñarse a sí mismo⁵⁰, el TJUE amplía el concepto y realiza una interpretación “dinámica” y “ampliada” del término “consumidor”. Lo trato de explicar con el cuadro siguiente:

		Porcentaje de uso privado – uso profesional										
		100-0	90-10	80-20	70-30	60-40	50-50	40-60	30-70	20-80	10-90	0-100
Doctrinas del TJUE	<i>Gruber</i>	C	C	P	P	P	P	P	P	P	P	P
	<i>Schrems</i>	C	C	C	C	C	*	P	P	P	P	P ¹

Lo que no aclaró el TJUE es si esta nueva interpretación es aplicable solamente al examen de los contratos de larga duración con doble finalidad sobrevvenida o a todo tipo de contratos. En las próximas

gación de consumidores el de interposición de la demanda. Así, en el Auto TJUE 3 septiembre 2020, C-98/20, *mBank* [ECLI:EU:C:2020:672], se señaló que el concepto de «domicilio del consumidor» a que se refiere el art.18, apdo. 2 del R. 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que designa el domicilio del consumidor en la fecha en que se interpuso la demanda. También STJUE 30 septiembre 2021, as. C-296/20, *Commerzbank AG vs. E.O.* [ECLI:EU:C:2021:784] respecto del Convenio de Lugano II y su ámbito de aplicación personal, a comprobar en el momento de interposición de la demanda.

⁴⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 86-96, p. 90.

⁴⁸ En contra, B. AÑOVEROS, *op. cit.*, p. 8, que considera que, en *Schrems*, el TJUE utiliza el término “esencial” como antónimo de “marginal”, lo que mantendría la interpretación de *Gruber*: solo cuando lo profesional es marginal (lo que, según la autora, equivaldría a afirmar que el uso es “esencialmente” privado) el sujeto debe ser considerado consumidor. Según la autora, este resultado se impone por una interpretación teleológica de la norma. También en contra: L. GILLIES, “Affirming Free Movement of Services and the Scope of International Jurisdiction of a Cross-Border Consumer Credit Agreement”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019 N°5, pp. 202-204, p. 203: “The CJEU has consistently given a restricted interpretation to the concept”.

⁴⁹ M. HO-DAC, “Du dialogue interprétatif entre droit (matériel) de la consommation et droit international privé de l’Union – L’exemple du « for du consommateur », *Revue critique de Droit international privé*, n.1, 2022, pp. 47-62, p. 56 : « avec l’arrêt *Schrems* on peut se demander si la Cour n’a pas ouvert la voie à une présomption de « consommation de « consommation » tant que la nature professionnelle prédominante de l’activité, au sein du rapport de droit, n’est pas démontrée ».

⁵⁰ Tanto en el caso *Schrems* como en otros posteriores, el TJUE continúa señalando que el concepto ha de interpretarse de forma restrictiva: véase STJUE 14 febrero 2019, as. C-630/17, *Milivojević*, FJ 87, ECLI:EU:C:2019:123.

líneas, se realizará un examen de la jurisprudencia posterior del Alto Tribunal, en aras de esclarecer el alcance de esta sentencia en relación con los contratos de consumo en general y con los de doble finalidad privada y profesional en particular.

IV. Aportaciones de los nuevos casos

46. El Derecho internacional privado europeo del consumo es uno de los sectores más activos en la jurisprudencia del TJUE. Son muchas las cuestiones prejudiciales respondidas por el TJUE desde el caso *Schrems* relativas a este sector del Derecho, tanto en sede de competencia judicial internacional como de Ley aplicable⁵¹.

47. De estas, se analizan a continuación aquellas que tienen relevancia sobre la forma de interpretar el término “consumidor” respecto de las personas que contratan para una doble finalidad, tanto inicial como sobrevenida.

1. STJUE 14 febrero 2019, *Milivojevic*⁵²

48. El primero de los casos sobre la interpretación del concepto de consumidor tras *Schrems* es *Milivojević*. Como se relata en la sentencia, el litigio deriva del contrato de préstamo firmado en el año 2007 entre la Sra. Milivojević, domiciliada en Croacia y el Raiffeisenbank, banco con sede en Austria. El contrato se había celebrado a través de un intermediario al que la prestataria pagó una comisión, y tenía el fin de ampliar y renovar su vivienda sita en Croacia y habilitarla para destinar parte de esta a apartamentos de alquiler. La Sra. Milivojević tenía intención de reembolsar el préstamo gracias a los beneficios de dicha actividad⁵³. En el año 2015, la prestataria presentó ante los tribunales de Croacia una demanda de nulidad del contrato y de la hipoteca suscrita como garantía de este. La demanda se basaba en la Ley croata de nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales. Según esta Ley, los prestamistas con sede en otros Estados debían contar con una autorización para prestar dinero en Croacia. Raiffeisenbank carecía de esta autorización.

49. Entre otras, se plantea como cuestión prejudicial si la Sra. Milivojević puede ser considerada como una consumidora protegida a los efectos del Reglamento 1215/2012. Si lo fuera, los tribunales croatas serían competentes. Simplificando el resto de las cuestiones planteadas, si no lo fuera, cabría la posibilidad de que lo fueran los tribunales austríacos.

⁵¹ Para un listado actualizado al año 2022, consúltese A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo blanc, Valencia, 2022, pp. 3437-3523, esp. p. 3522.

⁵² STJUE 14 febrero 2019, as. C-630/17, *Anica Milivojevic c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123. Sobre la sentencia, véanse los siguientes comentarios: J. STUYCK, « Le consommateur, une notion fonctionnelle en transition », *Droit de la consommation*, 2019, pp. 89-102 ; Q. LOBACH, « Internationale Zuständigkeit bei (Verbraucher-) Krediten », *Zeitschrift für internationale Wirtschaftsrecht*, 2019, N°4, pp. 181-182 ; L. GILLIES, “Affirming Free Movement of Services and the Scope of International Jurisdiction of a Cross-Border Consumer Credit Agreement: Case C-630/17 *Milivojevic v Raiffeisenbank St Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019 N°5, pp. 202-204; A. REINSTADLER / A. REINALTER, “Il rapporto tra banca e cliente (consumatore) nel diritto processuale europeo”, *Giurisprudenza italiana*, 2019, pp. 1068-1071; F. PÉRALDI-LENEUF, “Prestation de services - Opérations de crédit”, *Europe*, 2019, n. 4, Comm. 153; B. AÑOVEROS TERRADAS, “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria con doble finalidad (privada y profesional) y su posible calificación como contrato de consumo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17: *Milivojević*”, *La Ley Unión Europea*, n. 71, 2019, pp. 1-14; M.J. CATALÁN CHAMORRO, “El derecho a la libre prestación de servicios o libre circulación de capitales en la Unión Europea vs. la protección del consumidor nacional croata a la luz del asunto C-630/17 *Anica Milivojević vs. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg Egen*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n. 1, 2020, pp. 531-542.

⁵³ STJUE 14 febrero 2019, as. C-630/17, *Anica Milivojevic c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, FJ 28.

50. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas porque el contrato de préstamo tiene por finalidad reformar la vivienda de la prestamista y habilitar parte de esta para apartamentos de alquiler turístico⁵⁴. Dado que se trata de un contrato con doble finalidad, para un uso parcialmente relacionado con fines privados (vivienda) y parcialmente con fines profesionales (alquiler vacacional), se plantea cuál debe prevalecer, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia objeto de este estudio, en particular, las sentencias de 20 de enero de 2005, *Gruber* y de 25 de enero de 2018, *Schrems*. Cabe señalar que el contrato objeto de este caso comparte ciertas notas con el contrato de *Gruber* y otras con el contrato de *Schrems*, pero no es semejante a ninguno de los dos. Por una parte, es un contrato de larga duración, como lo es el de *Schrems*, pero en un contexto totalmente distinto: no se enmarca en el escenario dinámico y cambiante de las redes sociales, sino en el mercado de los créditos inmobiliarios. Por otra parte, desde un primer momento el contrato se presenta como de “doble finalidad”, no se trata de una doble finalidad sobrevenida, de forma similar al contrato de *Gruber*. Se verá a continuación si el TJUE se decantó por interpretar el término de consumidor en el sentido *Gruber* o en el sentido *Schrems*.

51. Para comenzar, el TJUE se limita a repetir su doctrina general sobre el concepto de consumidor a los efectos de los arts. 17 y 18 R. 1215/2012: el concepto debe interpretarse en relación con la posición de la persona en el contrato determinado y en función a la finalidad de dicho contrato. No tarda mucho en afirmar que, en los casos de contratos con doble finalidad, se podrá considerar consumidor protegido únicamente en el supuesto de que “el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional de esa persona fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato”⁵⁵. Como se puede observar, el TJUE opta por seguir el criterio marcado en *Gruber*: no tiene en cuenta que se trata de un contrato de larga duración y solamente considera relevante la finalidad del contrato en el momento de su celebración⁵⁶. Vuelve a una interpretación “estática” de dicha finalidad. Nada dice el TJUE sobre el uso que se ha dado a los fondos a lo largo del contrato (uso que podría haber sido totalmente privado, por ejemplo, si no se realizó la reforma o no se arrendaron los apartamentos resultantes), porque no le importa.

52. Sigue indicando el TJUE que el tribunal remitente solamente podrá considerar a la prestamista como consumidora “si la relación entre ese contrato y la actividad profesional que constituye la prestación de servicios de alojamiento turístico pudiera considerarse a tal punto marginal e insignificante que resultara evidente que dicho contrato se celebró esencialmente con fines privados”⁵⁷.

53. Esta sentencia parece confirmar que la flexibilidad mostrada en el caso *Schrems* a la hora de definir las características subjetivas del consumidor no es aplicable a todos los contratos de consumo, ni siquiera a todos los contratos de consumo con una doble finalidad, ni a todos los contratos de consumo de larga duración, sino solamente a aquellos con una doble finalidad sobrevenida. De esta forma, en ninguna ocasión servirá la doctrina *Schrems* para “conceder” la condición de consumidor, sino para “retirarla”. Así, cabe suponer que si la prestamista hubiera contratado el préstamo con la única finalidad de reformar su vivienda para vivir en ella se le consideraría como consumidora protegida. Pero si, posteriormente, mientras pagaba el préstamo, destinó la parte reformada a alquiler vacacional, podría perder tal protección y ser considerada como profesional. En la práctica, el concepto se estrecha.

⁵⁴ La cuestión prejudicial que interesa a este estudio, de todas las que se plantean al tribunal, es la tercera: “¿Puede calificarse de contrato celebrado por un consumidor, en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Reglamento n.º 1215/2012 y del acervo jurídico de la Unión Europea, si el beneficiario del préstamo es una persona física que ha celebrado un contrato de préstamo para invertir en apartamentos con el fin de desarrollar la actividad de prestación de servicios de alojamiento a turistas en su domicilio?”.

⁵⁵ STJUE 14 febrero 2019, as. C-630/17, *Anica Milivojevic c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, FJ 91.

⁵⁶ En este sentido, se alinea también con la STJUE 3 julio 1997, as. C-269/95, *Benincasa*, EU:C:1997:337, FJ 17, al no considerar relevante que, en el momento en que se suscribe el contrato, aun no se ha comenzado tal actividad de alquiler turístico.

⁵⁷ *Ibid.*, FJ 93.

54. Se ha señalado que, si se sigue el *iter* jurisprudencial del TJUE en la materia, el resultado alcanzado es el que cabría esperar⁵⁸. No se comparte esta opinión. El TJUE no proporciona ninguna razón para esta diferencia de trato entre contratos de larga duración. Justificar la utilización en este caso de la doctrina *Gruber* en el argumento de que sólo los consumidores *stricto sensu* deberían beneficiarse de este estatus y del *forum actoris* que conlleva, pues la norma solamente pretende proteger a aquellos para los que el litigio es algo inusual⁵⁹ no resulta convincente. Este argumento no es absoluto, pues si lo fuera, la decisión en *Schrems* habría sido diferente.

2. STJUE 2 mayo 2019, as. 694/17, *Pillar Securitisation*⁶⁰

55. El caso versa sobre posible calificación como consumidora de una persona física domiciliada en Islandia, la Sra. Arnadottir, que suscribe un contrato de préstamo con una entidad bancaria con sede en Luxemburgo. El préstamo, a amortizar en un solo plazo, tenía por objeto que la Sra. Arnadottir adquiriera acciones de la sociedad en la que trabajaba por cuenta ajena. Al momento del vencimiento, la señora no paga y la entidad bancaria la demanda ante los tribunales de Luxemburgo, a los que señalaba la cláusula de elección de foro contenida en el contrato de préstamo⁶¹.

56. Las cuestiones que plantea este caso con relevancia al objeto de esta investigación son dos: la primera, si se puede considerar la finalidad del contrato como privada o profesional y la segunda, en caso de que sea considerada como privada, si debe quedar fuera de la protección del Reglamento, por no entrar la operación en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48 de créditos al consumo⁶². Esta Directiva establece una horquilla de 200 a 75.000 € para que un contrato de crédito celebrado por un consumidor pueda quedar cubierto por las disposiciones materiales de la norma. Lo que plantea el tribunal remitente es si, a la hora de calificar a la Sra. Arnadottir como consumidora, en esta ocasión, a los efectos del art. 15 del Convenio de Lugano II⁶³ (con un contenido sustancialmente idéntico al del art. 15

⁵⁸ Véase L. GILLIES, “Affirming Free Movement of Services and the Scope of International Jurisdiction of a Cross-Border Consumer Credit Agreement”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2019 N°5, pp. 202-204, con cita de L. GILLIES, “Clarifying the ‘Philosophy of Article 15’: C585/08 Peter Pammer v Reederei Karl Schulte and C-144/09 Hotel Alpenhof v Heller”, *ICLQ*, 60(2), 2011, pp. 557 y ss. Para esta autora, esta interpretación responde a la eficiencia, a la justicia social y a la equidad, para lo que se basa en HANS-W. MICKLITZ, “Introduction” en H-W MICKLITZ (ed.), *The Many Concepts of Social Justice*, Edward Elgar, 2011, p. 5; D. LECZYKIEWICZ, “Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights”, *European Law Review*, 2013, pp. 479 y ss., p. 494 y A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon, 2013, p. 72; L. GILLIES, “Adapting International Private Law Rules for Electronic Consumer Contracts,” en C.E.F. RICKETT / T.G.W. TELFER (eds), *International Perspectives on Consumers’ Access to Justice*, CUP, 2003; O. CHEREDNYCHENKO, “The EU Charter of Fundamental Rights and Consumer Credit: Towards Responsible Lending?” en H. COLLINS (ed), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, CUP, 2017: Id., “The Impact of Fundamental Rights,” en C. TWIGG-FLESNER (ed), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Elgar, 2016; L. GILLIES, “Recent developments in the approximation of EU private international laws: towards mutual trust, mutual recognition and enhancing social justice in civil and commercial matters,” en C. TWIGG-FLESNER (ed), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Elgar, 2016.

⁵⁹ B. AÑOVEROS TERRADAS, “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria con doble finalidad (privada y profesional) y su posible calificación como contrato de consumo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17: Milivojević”, *La Ley Unión Europea*, n. 71, 2019, pp. 1-14, p. 6, citando a J.M. Bischoff, “Nota a la sentencia Benincasa c. Dentalkit Srl.”, *Journal du Droit International*, 1998, n. 2, pp. 581-586, p. 583.

⁶⁰ STJUE 2 mayo 2019, as. 694/17, *Pillar Securitisation Sàrl v. Hildur Arnadottir*, ECLI:EU:C:2019:345. La STJUE ha sido comentada por A. MARMISSE-D’ABBADIE D’ARRAST, « Crédit   la consommation et notion de consommateur. Article 15 de la convention de Lugano II. Article 2 et 3 de la directive 2008/48/CE », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2019, n. 3, pp. 790-792 ; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, « Sobre la noción de crédito al consumo y competencia judicial internacional : sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de mayo de 2019, Asunto C-694/17: Pillar Securitisation », *La Ley Unión Europea*, n. 73, 2019.

⁶¹ STJUE 2 mayo 2019, as. 694/17, *Pillar Securitisation Sàrl v. Hildur Arnadottir*, ECLI:EU:C:2019:345, FFJJ 11-15.

⁶² Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, DOUE núm. 133, de 22 de mayo de 2008, pp. 66 a 92. ELI de la versión actualizada: ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/48/2023-12-30>

⁶³ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, firmado por la Comunidad Europea, el Reino de Dinamarca, la República de Islandia, el Reino de Noruega y la Confederación suiza, DOUE L 339 de 21 diciembre 2007, pp. 3-41.

RB-I I y al 17 RB-I bis) está vinculado por la noción de contrato de crédito al consumo de la Directiva mencionada o si se trata de definiciones independientes.

57. En relación con el primero de los puntos, el TJUE pone de manifiesto su imposibilidad para pronunciarse sobre si la prestamista actuó con fines privados o profesionales, pues el tribunal remitente no le pregunta sobre esto, ya que da por hecho que se trata de un contrato que se celebró para un uso que puede considerarse ajeno a la actividad profesional de la prestamista⁶⁴. A pesar de que el caso no contiene suficiente información al respecto, con la que se expone ya es suficiente para intuir que esta premisa es, cuanto menos, dudosa. La adquisición de acciones de la sociedad en la que trabaja la prestamista tiene una finalidad empresarial o, al menos, una relacionada con su actividad profesional. Habría sido de gran utilidad -incluso necesario- que el Tribunal se hubiera pronunciado sobre la calificación de esta actividad con el fin de seguir precisando los contornos del término⁶⁵. En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que se trata de una persona que contrata para una única finalidad, ya sea ésta calificable como privada o profesional, por lo que no aporta datos sobre la evolución del tratamiento del TJUE sobre la forma de interpretar el término cuando la persona contrata para una doble finalidad.

58. Respecto al segundo de los puntos de interés, el TJUE sí se pronuncia, puesto que constituye el objeto de la cuestión prejudicial que se le plantea. Se trata de uno de los casos en que se desestima una interpretación “cruzada” de Derecho material de los consumidores y Derecho internacional privado⁶⁶. No se trata tanto de rechazar la construcción de una noción común de “consumidor” en ambos textos, sino de aclarar el alcance de ambas normas. La noción de consumidor de ambos textos es similar (persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional⁶⁷), pero la Directiva solamente se aplica a los contratos con consumidores de un determinado tipo y cantidad.

3. STJUE 3 octubre 2019, as. C-208/18, *Petruchová*⁶⁸

59. Como se deduce de la resolución de remisión, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia en el presente asunto concierne al primero de esos tres requisitos, a saber, la calidad de «consumidor» de una parte contractual. Se pregunta si se puede considerar como consumidor a una persona física que, en virtud de un contrato CFD celebrado con una sociedad de corretaje, efectúa operaciones en el mercado FOREX a través de dicha sociedad. El TJUE señala que sí, “si ese contrato no se ha celebrado

⁶⁴ STJUE 2 mayo 2019, as. 694/17, *Pillar Securitisation Sàrl v. Hildur Arnadóttir*, ECLI:EU:C:2019:345, FJ 24.

⁶⁵ A. MARMISSE-D’ABBADIE D’ARRAST, « Crédit à la consommation et notion de consommateur. Article 15 de la convention de Lugano II. Article 2 et 3 de la directive 2008/48/CE », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2019, n. 3, pp.790-792, p. 792.

⁶⁶ M. HO-DAC, “Du dialogue interprétatif entre droit (matériel) de la consommation et droit international privé de l’Union – L’exemple du « for du consommateur », *Revue critique de Droit international privé*, n.1, 2022, pp. 47-62, p. 58.

⁶⁷ Véase el art. 3, letra a) de la Directiva 2008/48, que establece la siguiente definición del concepto de consumidor: «[...] persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional».

⁶⁸ STJUE 3 octubre 2019, as. C-208/18, *Jana Petruchová contra FIBO Group Holdings Limited*, ECLI:EU:C:2019:825, comentada por C. NOURISSAT, « Note à l’arrêt de la Cour du 3 octobre 2019, affaire C-208/18 », *Procédures*, 2019 n° 12, p.21-22 ; A. TENENBAUM, « Les consommateurs et les opérations bancaires et financières : notion de consommateur, protection relative aux moyens de paiement et sanctions attachées aux clauses abusives », *Revue des contrats*, 2020, n° 1, pp. 83-87 ; L. IDOT, « Règlement «Bruxelles I bis». Notion de consommateur », *Europe*, 2019 Décembre, Comm. n° 12, pp.49-50 ; M. HO-DAC, *op. cit.* ; C. WENDELSTEIN, « Haftung von CFD-Brokern im europäischen Zuständigkeitsrecht : Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 2.4.2020 : C-500/18, Reliantco und EuGH, Urt. v. 3.10.2019 : C-208/18, Petruchová », *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, GPR 2021, pp. 7-14 ; E. CALLENS / R. STEENNOT, « Complexe contracts for differences maken geen verschil voor de kwalificatie als consument : Hof van Justitie, 03/10/2019, C-208/18 », *Revue de droit commercial belge*, 2022, pp. 62-68 ; P. MANKOWSKI, *RIW-Kommentar, Recht der internationalen Wirtschaft*, 2019, pp.810-818 ; J. CHACORNAC, « La double autonomie de la notion de consommateur dans le règlement Bruxelles I bis en matière financière », *Revue critique de droit international privé*, 2020, n° 2, pp. 300-316 ; D. CARRIZO AGUADO, « Nuevas coordenadas en las transacciones financieras internacionales: la teoría «PETRUCHOVÁ», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, n. 0, 2020, pp. 325-354 ; A. PEREA GONZÁLEZ, « El concepto de consumidor en el alambre: alcance y futuro de la “doctrina Pretruchová” », *Diario La Ley*, n. 9544, 2019.

en el marco de la actividad profesional de la persona en cuestión, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”⁶⁹. En el caso de autos consta que la Sra. Petruchová era estudiante universitaria y trabajaba a tiempo parcial, por lo que se concluye que los contratos los celebró al margen de su actividad profesional.

60. Según el TJUE, nada más se exige para ser calificado como consumidor en estos casos: no importan factores como el elevado valor de las operaciones efectuadas, los altos riesgos de pérdidas económicas, los eventuales conocimientos o experiencia en el sector de la persona que suscribe los contratos ni su comportamiento activo en la realización de las operaciones. Tampoco resulta relevante que este tipo de contratos no se consideren contratos con consumidores protegidos en el Reglamento Roma I (cuyo art. 6, apdo. 4, letra d excluye los derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero) o la calificación que la persona contratante reciba de acuerdo con la -entonces en vigor- Directiva 2004/39 relativa a los mercados de instrumentos financieros⁷⁰.

61. El caso resulta llamativo porque el TJUE, de nuevo, omite considerar que se encuentra ante un contrato de larga duración, cuya finalidad ha podido variar en el tiempo, y no hace ninguna mención a la necesidad de prestar atención a la evolución de dicha finalidad en la actividad de la inversora, que pudo empezar a realizar operaciones sin ninguna finalidad comercial o profesional y posteriormente convertir esa actividad en su profesión.

4. STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, *Personal Exchange*⁷¹

62. La siguiente sentencia en la que el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación del concepto de consumidor en relación con un contrato de doble finalidad es el caso *Personal Exchange*. De forma similar a *Schrems*, el litigio derivaba de un contrato de larga duración celebrado a través de internet, en que la doble finalidad fue sobrevenida: se contrató para uso privado, pero durante la vida de la relación se derivó en un uso que se duda de si se podría calificar de “profesional” o “comercial”.

63. Los hechos del caso se referían a una sociedad mercantil establecida en Malta (*Personal Exchange*) que ofrecía juegos de azar en línea a través de su página web. Una persona física domiciliada en Eslovenia (B. B.), creó una cuenta y aceptó las condiciones generales de la empresa, que designaba a los tribunales de Malta como competentes para cualquier litigio entre las partes. De 2010 a 2001, B. B. ganó 227.000 euros jugando al póquer en línea en el sitio web de la empresa.

⁶⁹ STJUE 3 octubre 2019, as. C-208/18, *Jana Petruchová contra FIBO Group Holdings Limited*, ECLI:EU:C:2019:825, FJ 78 y fallo.

⁷⁰ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, DO L 145 de 30.4.2004, p. 1-44, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/39/oj>. Actualmente derogada por la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (versión refundida), DO L 173 de 12/06/2014, p. 349-496, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/65/oj>.

⁷¹ STJUE 10 diciembre 2020, as. C-774/19, *A. B. y B. B. v. Personal Exchange International Limited* [ECLI:EU:C:2020:1015], comentada por L. IDOT, « Règlement « Bruxelles I » - Notion de « consommateur » », *Europe*, 2021, n° 2 comentario 81; C. VON BARY, « Neues zum prozessualen Verbraucherschutz aus Luxemburg : Verbrauchereigenschaft und Wohnsitzwechsel : Rs. C-98/20 – mBank S.A. ./ PA, und Rs. C-774/19 – A.B., B.B. ./ Personal Exchange International Limited », *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2022, pp. 456-460; M. HO-DAC, *op. cit.*, M. CHATZIPANAGIOTIS, “Acting Outside His Trade or Profession”: On the Notion of Consumer in EU Consumer Law: Case Note on *Personal Exchange* (Case C-774/19)”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021 n. 4, pp. 165-168; M. GARCÍA CASAS, “Requisitos para ser considerado consumidor a los efectos de la competencia judicial internacional en contratos celebrados con consumidores. Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2020 (C-774/2019)”, *Revista española de Derecho Europeo*, n. 78-79, 2021, pp. 339-356; M. SAFIAN, “Contrato de juegos de póker celebrado en línea entre una persona física y un organizador de juegos de azar: regularidad de la actividad: TJ, Sala 6ª, S 10 Dic. 2020. Asunto C-774/19: *Personal Exchange International Limited*”, *La Ley Unión Europea*, n. 89, 2021.

64. El 10 de mayo de 2011, la empresa bloqueó la cuenta de B. B. y retuvo el importe ganado, alegando que B. B. había infringido las reglas de la plataforma. Como consecuencia de ello, B. B. demandó a Personal Exchange ante los tribunales eslovenos solicitando el pago de la cantidad retenida e invocando su calidad de consumidor protegido por el Reglamento Bruselas I bis. Personal Exchange impugnó la competencia de los tribunales eslovenos alegando que B. B. era un jugador profesional. Desde 2008 hasta la fecha del caso, B. B. vivía de las ganancias de sus partidas y jugaba al póquer unas 9 horas diarias. Sin embargo, no había declarado el póquer como actividad profesional en sus declaraciones fiscales, no tenía patrocinadores y no ofrecía servicios relacionados a terceros.

65. El tribunal esloveno solicitó al TJUE examinar la cuestión de si una persona que ha celebrado un contrato “*take it or leave it*” con una empresa establecida en otro Estado miembro para jugar al póquer en línea, pierde la condición de consumidor cuando esa persona juega durante un gran número de horas al día, posee amplios conocimientos y recibe importantes ganancias del juego. Como se puede observar, de la misma pregunta ya se infiere que el particular contrató con una finalidad privada, pero que dicha finalidad pudo haber variado en el tiempo al convertirse el objeto del contrato en su modo de vida.

66. El TJUE procede a analizar la cuestión de la evolución contractual existente entre B.B. y Personal Exchange a partir del FJ 41. El Tribunal señala que el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la eventual evolución posterior del uso que se hace de los servicios de larga duración prestados por *Personal Exchange*. Señala, siguiendo la fraseología de *Schrems*⁷², que el usuario de los servicios solamente podrá invocar la condición de consumidor si el uso de tales servicios en un inicio “esencialmente no profesional” no ha adquirido con posterioridad un carácter “esencialmente profesional”⁷³. Resulta llamativo que el TJUE no utilice las palabras “marginal”, “tenué” o “insignificante”, propias de la doctrina *Gruber*⁷⁴, en lo que parece volver a una interpretación más amplia del término. Se puede afirmar con ello que esta interpretación amplia queda únicamente reservada para los casos en que se ha de prestar atención a la evolución del uso en un contrato de larga duración suscrito inicialmente para un uso particular.

67. Para determinar si ese uso ha adquirido con posterioridad un carácter profesional, se examina a partir del FJ 43 si se debe tener en cuenta la regularidad con que se dedicaba a la actividad (una media de nueve horas por día laborable). El TJUE concluye que el carácter regular de una actividad puede ser un elemento a tener en cuenta para calificar a alguien de profesional, por oposición al concepto de consumidor⁷⁵, pero no el único. Dicha regularidad no determina por sí misma la calificación como profesional de una persona física. En ese punto, el TJUE introduce un nuevo indicio para determinar qué debe considerarse como uso profesional y, por lo tanto, para interpretar el concepto de consumidor:

⁷² STJUE 25 enero 2018, as. C-498/16, *Schrems*, FFJJ 37 y 38.

⁷³ STJUE 10 diciembre 2020, as. C-774/19, *A. B. y B. B. v. Personal Exchange International Limited* [ECLI:EU:C:2020:1015], FJ 42.

⁷⁴ Que no dudó en utilizar en el caso *Milivojević*.

⁷⁵ Cita, en ese sentido, la STJUE 4 octubre 2018, as. C105/17, *Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:808, FFJJ 37 y 38, que no interpretan las normas de Derecho internacional privado europeo sino las normas materiales de protección del consumidor y prácticas comerciales de la UE. En concreto, se interpretan las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), DO 2005, L 149, p. 22 y de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO 2011, L 304, p. 64. La cuestión que se plantea es si se puede considerar como comerciante a efectos de estas normas a una persona física que vende en Internet un número relativamente elevado de artículos de considerable valor. El TJUE señaló que solamente se le puede calificar como tal si dicha persona actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, extremo que debe comprobar el tribunal remitente a la luz de todas las circunstancias particulares del caso.

que la actividad de lugar a la venta de bienes o a la prestación de servicios⁷⁶. Para ser considerado como consumidor se ha de haber actuado, durante toda la vida del contrato, al margen e independientemente de cualquier actividad que de lugar a la venta de bienes o a la prestación de servicios.

68. Este nuevo indicio proporcionado por el Tribunal resulta novedoso y útil. Tras él, subyace la idea de que la actividad, para ser considerada como profesional, ha de repercutir de algún modo en bienes o servicios que se puedan ofrecer a un siguiente escalón en la cadena de suministro. Esto es lo relevante, y no el ánimo de obtener beneficios con que pueda actuar la persona física que contrata. Esto resuelve uno de los grandes retos a la hora de interpretar el término⁷⁷. Por ello, el TJUE también señala que elementos como el importe de las ganancias obtenidas, los posibles conocimientos o pericia, o la regularidad de la actividad de la persona afectada no privan, por sí mismos, a dicha persona de su condición de «consumidor» en el Derecho internacional privado europeo.

69. El fallo no reporta dudas sobre la ampliación del concepto de consumidor para estos contratos de larga duración y una posible doble finalidad sobrevenida: “(...) *Una persona física domiciliada en un Estado miembro que, por una parte, ha celebrado con una sociedad establecida en otro Estado miembro un contrato para jugar al póker en Internet que contiene condiciones generales determinadas por esta última y, por otra parte, no ha declarado oficialmente tal actividad ni ha ofrecido dicha actividad a terceros como servicio de pago no pierde la condición de «consumidor» a efectos de esta disposición aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias*”.

5. STJUE 10 febrero 2022, as. C-595/20, *ShareWood*⁷⁸

70. El siguiente caso relevante para la interpretación del concepto de consumidor del Derecho internacional privado europeo fue el caso *Sharewood*. Tiene por objeto un contrato de larga duración con una única finalidad a lo largo de toda la vida de la relación.

71. El caso versa sobre una persona física, residente en Austria, que contrata con la sociedad *Sharewood*, establecida en Suiza. La operación consiste en un contrato marco y cuatro contratos de compraventa de árboles de teca y de balsa plantados en Brasil. El contrato marco contenía estipulaciones relativas al arrendamiento del terreno donde se encontraban los árboles y a la prestación de servicios por parte de *Sharewood*, consistentes en cultivar, administrar, recolectar y vender los árboles a cambio de un porcentaje sobre el precio de venta. Se plantea si han de considerarse contratos de consumo protegidos, esta vez, a efectos de Ley aplicable, en virtud de las disposiciones del Reglamento Roma I. La duda

⁷⁶ Se reproduce el FJ de forma textual, debido a su relevancia: “48. *Si bien el litigio principal versa, en efecto, sobre una actividad que puede calificarse de regular, dicha actividad no da lugar a la venta de bienes ni a una prestación de servicios, como señala el órgano jurisdiccional remitente. Así pues, de las indicaciones facilitadas por dicho órgano jurisdiccional se desprende que B. B. no ofrece a terceros servicios vinculados a la actividad de juegos de póker ni ha declarado oficialmente dicha actividad*”.

⁷⁷ M. WILDERSPIN, *op. cit.*, p. 465 ya adelantaba la dificultad que se plantea para calificar a la persona que contrata fuera de su actividad comercial o profesional pero con la finalidad de obtener beneficios: “*Thus, when an individual acting outside his normal trade or profession concludes a contract to enable him to make a profit, it may be difficult to determine whether the contract satisfies his own needs in terms of private consumption*”. Con esta sentencia no cabe duda de la plena aceptación de la figura del “consumidor inversor”.

⁷⁸ STJUE 10 febrero 2022, C-595/20, *UE vs. ShareWood Switzerland AG VF*, [ECLI:EU:C:2022:86], comentada por S. LAVAL, « *Conflit de lois - Qualification d'un contrat de consommation ayant pour objet une vente d'arbres et du bail du terrain sur lequel les arbres sont plantés : une interprétation restrictive et discutable de l'article 6, § 4 (c) du règlement Rome I* », *Journal du droit international*, 2022, n. 4, pp. 1328-1338 ; L. PERREAU-SAUSSINE, « *Qualification européenne autonome des notions de « contrat portant sur un droit réel immobilier » et de « bail d'immeuble »* », *Revue critique de droit international privé*, 2023, n. 2, pp. 459-474 ; L. IDOT, « *Règlement « Rome I » - Contrat de vente portant sur des arbres plantés* », *Europe*, 2022, n. 4, com. 144 ; C. ROSENDE VILLAR, « *Ley aplicable a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles celebrado con un consumidor* », *ADC*, tomo LXXXVI, 2023, fasc. III, pp. 1227-1244.

interpretativa no reside en si este particular debe ser calificado como consumidor⁷⁹, sino en si el contrato es uno de los expresamente privados de protección por el art. 6.4.c RR-I por considerarse un contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un contrato de arrendamiento de un bien inmueble.

72. Aun cuando no se trata de un caso de contrato de doble finalidad, ni inicial ni sobrevenida, resulta relevante porque en él se puede apreciar otro aspecto en que el TJUE amplía en la práctica el concepto de consumidor protegido. En este caso, lo hace interpretando la exclusión del art. 6.4.c RR-I de una forma muy restrictiva – además de discutible-. Si lo ha hecho respecto de esta exclusión, también puede hacerlo respecto del término “consumidor” en los contratos con una doble finalidad.

6. STJUE 9 marzo 2023, C-177/22, *Wurth*⁸⁰

73. El siguiente caso relevante para la interpretación del término “consumidor” respecto de los contratos con doble uso es el caso *Wurth*. Su relevancia obedece a dos aspectos tratados por la sentencia.

74. En primer lugar, señala expresamente que, en caso de un contrato de doble finalidad, una persona que haya celebrado un contrato debe calificarse de consumidor si el uso profesional es “insignificante” en el contexto de la operación considerada globalmente. Que uso profesional esté relacionado con una actividad por cuenta ajena y no con una por cuenta propia es irrelevante a efectos de tal calificación⁸¹.

75. En segundo lugar, resulta relevante porque permite al tribunal nacional no tener en cuenta la finalidad privada del contrato (ya se trate de un contrato de doble uso o simple) si el particular ha dado la impresión a su cocontratante de actuar como un profesional⁸².

76. En el caso de autos, la sra. J.A., domiciliada en Austria, compró un coche de segunda mano por Internet a un vendedor alemán. En el contrato, gestionado en su nombre por su pareja de hecho, se mencionaba que el contrato se celebraba entre la “empresa J.A.” y el vendedor alemán. La sra. J.A. no solicitó ninguna modificación, pero unos meses más tarde interpuso una demanda por vicios ocultos contra el vendedor alemán ante los tribunales austríacos, aduciendo su condición de consumidora. El vendedor alemán argumentó que se trataba de un contrato entre profesionales y se opuso a la competencia judicial internacional de los tribunales austríacos. El tribunal austriaco remitió el asunto al Tribunal de Justicia para que le iluminara sobre la interpretación del «consumidor» en relación con este caso.

77. Respecto de la primera de las dos cuestiones relevantes antes mencionadas, el TJUE se pronuncia en primer lugar sobre si debe considerarse como un uso relacionado con la “actividad profesional” el que tenga como finalidad la actividad por cuenta ajena. Ambas están incluidas. El TJUE señala que el tribunal remitente debe limitarse a analizar si el coche lo adquirió para fines privados o para el

⁷⁹ Los contratos se consideran como contratos de consumo, a pesar del ánimo de lucro del particular contratante, lo que vuelve a demostrar que este criterio no tiene incidencia alguna en la calificación.

⁸⁰ STJUE 9 marzo 2023, C-177/22, *JA vs. Wurth Automotive GmbH* [ECLI:EU:C:2023:185], comentada por T. BENS, “Die Scheinunternehmerin, der vermittelnde Lebensgefährte und der gutgläubige Vertragspartner: Feststellung der Verbrauchereigenschaft i.S.v. Art. 17 EuGVVO: zu EuGH, 9.3.2023: Rs. C-177/22, *JA v. Wurth Automotive*”, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2023, pp. 527-531; O. SPINEANU MATEL, “Comportamiento de la persona que reivindica la condición de consumidor que puede causar la impresión a la otra parte contratante de que actúa con fines profesionales: TJ, Sala Novena, S 9 Mar. 2023. Asunto C-177/22: *JA y Wurth Automotive GmbH*”, *La Ley Unión Europea*, n. 115, 2023; V. ANDREEVA ANDREEVA, “La apariencia de profesionalidad y la determinación de la competencia judicial internacional en los contratos de consumo: Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 2023, Asunto C-177/2022, *JA vs. Wurth Automotive GmbH*”, *La Ley Unión Europea*, n. 115, 2023.

⁸¹ STJUE 9 marzo 2023, C-177/22, *JA vs. Wurth Automotive GmbH* [ECLI:EU:C:2023:185], FFJJ 27-28.

⁸² Como señala M. Ho-DAC, “CJEU rules on implied waiver of consumer status under Brussels I bis”, *EAPIL Blog*, 3 abril 2023, disponible en: <https://eapil.org/2023/04/03/cjeu-rules-on-implied-waiver-of-consumer-status-under-brussels-i-bis/>, esto no es nuevo, ya se señaló en *Gruber*, pero la novedad reside en que la regla se extiende no sólo a los contratos de doble uso sino a todos los contratos potencialmente calificables como contratos de consumo.

ejercicio de su actividad profesional y que como actividad profesional se entiende la desarrollada tanto por cuenta ajena como por cuenta propia⁸³. El Tribunal se refiere, en general, a los contratos de doble uso, pero resulta llamativo que no se detenga a determinar si en este caso en concreto se está ante un supuesto de doble uso, sobre todo si se tiene en cuenta que la adquisición de un vehículo es uno de los supuestos más comunes de contratos con doble finalidad privada y profesional. Piénsese, por ejemplo, en el simple supuesto de una madre de familia que adquiere un vehículo para llevar a sus hijos al colegio y para ir al trabajo: ¿se le debe calificar como consumidora? ¿qué peso debe tener, como máximo, esa finalidad profesional para mantener tal calificación? Al mencionar los contratos de doble uso en general, el TJUE se alinea esta vez con el caso *Gruber* (utiliza la palabra “insignificante”) y no con *Schrems*, lo que parece explicarse porque la compraventa de un vehículo es un contrato de tracto único y no de larga duración. Este criterio resulta demasiado restrictivo. Si se aplica al ejemplo expuesto, se debería dejar fuera de la protección de la sección a la adquirente, que ante este panorama no debería decir nunca que utiliza el coche para ir al trabajo⁸⁴.

78. En cuanto al segundo aspecto de esta sentencia con importancia para este estudio, lo que se plantea al TJUE es si, para calificar a alguien como consumidor protegido, el tribunal puede tener en cuenta que el comportamiento del particular ha dado la impresión a la otra parte de que actuaba con fines comerciales. El TJUE contesta de forma afirmativa⁸⁵. En consecuencia, un contrato celebrado por un “consumidor” que contrata para un uso puro o predominantemente privado puede sustraerse de la protección del Reglamento mediante lo que podría llamarse una “renuncia implícita” del consumidor.

79. Esta decisión ha recibido críticas porque hace difícil encontrar una línea coherente en el razonamiento del TJUE. Como se puede observar, en algunos casos amplía el ámbito de protección y en otros, como en este, lo restringe. Con *M. Ho-Dac* cabe preguntarse por qué el jugador de póquer de *Personal Exchange* es más consumidor que esta compradora de un coche de segunda mano y por qué el TJUE utiliza este complicado análisis caso por caso que termina por perjudicar la seguridad jurídica no sólo de los consumidores sino también de los profesionales que contratan con ellos⁸⁶.

7. STJUE 8 junio 2023, C-455/21, *Lyoness Europe*⁸⁷

80. El siguiente caso se presenta en el sector de la Ley aplicable. El demandante del litigio principal es el Sr. O.Z., un ingeniero mecánico domiciliado en Rumanía. El demandado es la mercantil *Lyoness Europe AG*, cuya sede o domicilio no consta en la sentencia, una compañía que gestiona una plataforma de “cashback” y fidelización de clientes cuyo servicio principal es conectar a sus usuarios con proveedores de bienes y servicios. El sistema ofrece incentivos y beneficios por las compras realizadas a esos proveedores y por incluir a nuevos usuarios en la red.

81. OZ celebró con *Lyoness Europe*, un contrato de adhesión a la plataforma. Según el contrato de adhesión, el Derecho aplicable a la relación contractual entre las partes del litigio principal es el Derecho suizo. Al considerar que diversas cláusulas incluidas en el contrato de adhesión, entre ellas la

⁸³ STJUE 9 marzo 2023, C-177/22, *JA vs. Wurth Automotive GmbH* [ECLI:EU:C:2023:185], FJ 28.

⁸⁴ Véase, no obstante, el FJ 34, que parece utilizar un criterio algo más amplio y flexible: “en gran medida”.

⁸⁵ STJUE 9 marzo 2023, C-177/22, *JA vs. Wurth Automotive GmbH* [ECLI:EU:C:2023:185], FJ 32, citando STJUE C-464/01, *Gruber*, FJ 53.

⁸⁶ M. HO-DAC, “CJEU rules on implied waiver of consumer status under Brussels I bis”, *EAPIL Blog*, 3 abril 2023, disponible en: <https://eapil.org/2023/04/03/cjeu-rules-on-implied-waiver-of-consumer-status-under-brussels-i-bis/>

⁸⁷ STJUE 8 junio 2023, C-455/21, *OZ vs. Lyoness Euusrope AG* [ECLI:EU:C:2023:455], comentada por V. BASSANI-WINKLER, «Protection des consommateurs - Clauses abusives et notion de consommateur (1)», *Europe*, 2023, n. 8-9, com. 310; Z. CSEHI, “Contrato relativo a la adhesión a un sistema de fidelización que permite obtener determinadas ventajas financieras al adquirir bienes y servicios de comerciantes terceros (TJ 5ª S 8 Jun. 2023, asunto C-455/21: *Lyoness Europe AG*): TJ, Sala Quinta, S 8 Jun. 2023. Asunto C-455/21: *Lyoness Europe AG*”, *La Ley Unión Europea*, n. 116, 2023.

que designa el Derecho suizo como la ley aplicable, eran abusivas en el sentido de la Directiva 93/13⁸⁸, el Sr. O.Z. presentó una demanda ante los tribunales rumanos. en particular, la que designa el Derecho suizo como la ley aplicable.

82. Según el Sr. O.Z., el contrato de adhesión está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Argumenta que, en el marco de ese contrato, no actuó con un propósito relacionado con una actividad profesional. Según Lyoness Europe, el demandante no tiene la condición de consumidor porque está implicado en esta actividad con finalidad “comercial”, para obtener beneficios en forma de ingreso pasivo. Alega también que “la adhesión al sistema Lyoness es gratuita y que la actividad posterior de un miembro no está sujeta a pago. También argumenta que el sistema Lyoness y sus miembros constituyen una comunidad de compradores con el fin de obtener beneficios recíprocos.

83. En estas circunstancias, el tribunal remitente alberga dudas sobre si el Sr. O.Z. debe ser considerado como un consumidor a efectos de la Directiva mencionada y por lo tanto si se debe aplicar esta norma -aun cuando el contrato esté sujeto a la Ley suiza- y presenta varias cuestiones prejudiciales al TJUE.

84. Por lo que aquí interesa, la segunda y tercera cuestión tienen directamente por objeto aclarar la forma de interpretar el concepto “consumidor” de la Directiva respecto de las personas que contratan con una doble finalidad⁸⁹, aunque del caso no se desprende que se trate de un contrato de estas características⁹⁰. Lo que es más, el órgano remitente parece considerar al demandante del litigio principal como un particular que actúa con fines ajenos a sus actividades profesionales. Por esta razón, el TJUE las considera inadmisibles. Señala el TJUE que la petición no contiene elementos ni motivos suficientes para permitirle dar una respuesta útil a estas dos cuestiones y que no contiene una exposición de las razones que han llevado al tribunal remitente a preguntarse sobre la interpretación del art. 2 de la Directiva en el contexto de un contrato con una doble finalidad.

85. El TJUE pierde así la oportunidad de aclarar si la doctrina *Schrems* es aplicable analógicamente para determinar la condición de consumidor o profesional en el contexto del Derecho material del consumo europeo, así como en el ámbito del Reglamento Roma I, con relación a la validez de la cláusula de elección de ley.

8. ATJUE 14 marzo 2024, C429/22, VK v. NI Interactive⁹¹.

86. A fecha de cierre de este estudio, el último caso de relevancia es el resuelto por el TJUE en el Auto de 14 de marzo de 2024, *VK v. NI Interactive*, relativo a un contrato de juego online. La demandada en el litigio principal es una sociedad con sede en Malta que presta servicios de casino online en

⁸⁸ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *DOCE* n. 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29 a 34. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj>

⁸⁹ Segunda Cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 en el sentido de que puede considerarse “consumidor”, con arreglo a esta normativa, una persona que es parte en un contrato celebrado con un profesional con una doble finalidad, es decir, [cuando] el contrato se celebra con fines parcialmente incluidos y parcialmente ajenos a la actividad mercantil, de negocios o profesional de dicha persona física, y la finalidad mercantil, de negocios o profesional de esa persona carece de preponderancia en el contexto general del contrato?”. Tercera cuestión prejudicial: “En caso de respuesta afirmativa a la cuestión prejudicial anterior, ¿cuáles son los criterios principales para determinar si la finalidad mercantil, de negocios o profesional de dicha persona física tiene o no preponderancia en el contexto general del contrato?”.

⁹⁰ No consta en el caso que utilice la plataforma para adquirir bienes y servicios destinados, en parte a su actividad profesional de ingeniero y en parte para su actividad privada. Véase STJUE 8 junio 2023, C-455/21, *OZ vs. Lyoness Euusrope AG* [ECLI:EU:C:2023:455], FJ 33.

⁹¹ ATJUE 14 marzo 2024, C429/22, *VK y NI Interactive* [ECLI:EU:C:2024:245], comentado por M. LEHMANN, “How Can Gamblers Get Their Winnings? Not Under Article 6 of Rome I!”, *EAPIL Blog*, 24 abril 2024, disponible en: <https://eapil.org/2024/04/24/how-can-gamblers-get-their-winnings-not-under-article-6-of-rome-i/>

Austria a través de su web en Internet. El casino no pagó las ganancias obtenidas a uno de los jugadores domiciliados en Austria y éste demandó ante los tribunales austríacos.

87. Al considerar el tribunal de instancia que el jugador debía ser considerado como un consumidor, determinó la Ley aplicable conforme al art. 6.1 RR-I. La Ley aplicable a este contrato de juego era la Ley austríaca, Ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual. Según el Derecho austríaco, en particular el art. 1271 AGBG, no está permitido ejercitar acciones judiciales para el pago de una ganancia procedente de un juego de azar. Por tanto, en este caso, la Ley del país de la residencia habitual del consumidor resultaba más perjudicial para éste que la Ley del país de la residencia habitual del empresario, la Ley maltesa. El tribunal remitente pregunta al TJUE si se puede dejar de aplicar la Ley de la residencia habitual del consumidor cuando la Ley que se aplicaría si no fuera considerado como un consumidor resultara más favorable para el recurrente. El TJUE indicó que el resultado al que conduce el art. 6 RR-I no puede ser alterado para buscar una solución más favorable para el consumidor⁹².

88. El caso interesa a esta investigación más por lo que calla que por lo que habla. Como se puede observar, el objeto del litigio es un contrato de larga duración similar al de *Personal Exchange*. Según el tribunal de instancia, fue celebrado con fines particulares. Pero ni el TJUE ni el tribunal remitente tienen en cuenta que esa finalidad ha podido evolucionar a lo largo de la vida del contrato. No se detienen a considerar si esos fines pudieron convertirse en profesionales. Un pronunciamiento al respecto habría sido bienvenido, por tratarse de un caso planteado en sede de Ley aplicable. El TJUE no se ha pronunciado aún sobre si su doctrina sobre los contratos de doble uso también es aplicable al concepto de consumidor del Reglamento Roma I (no sólo del Reglamento Bruselas I bis).

V. Consideraciones finales

89. A la vista del análisis jurisprudencial realizado, se puede afirmar que la ampliación del concepto de consumidor introducida en el caso *Schrems* para los contratos de doble finalidad ha sido confirmada en sentencias posteriores. No obstante, el TJUE sigue circunscribiendo su alcance al análisis de la evolución del uso de los contratos de larga duración y, dentro de estos, a los que se celebraron con una finalidad puramente privada que pudo evolucionar a una de carácter más profesional. Se podría decir, por lo tanto, que la doctrina *Schrems* se aplica sólo a los casos de una posible finalidad profesional “sobrevenida”. Respecto de estos, para no perder la condición de consumidor bastará con que la finalidad del contrato, considerada en su conjunto, sea “esencialmente” privada, aunque parte de su uso sea profesional.

90. Cuando se ha enfrentado a un caso de contrato de doble finalidad inicial y no sobrevenida, el TJUE no ha dudado en mantener la doctrina *Gruber* y en considerar como profesional a todo aquél que hiciera un uso profesional del contrato en una proporción más que marginal. A la vista de lo anterior, se puede considerar que la doctrina *Schrems* no ha superado a la doctrina *Gruber*, sino que se aplican a distintos supuestos de contratos de doble finalidad.

91. Esta opción del TJUE por mantener ambas interpretaciones, en su perenne obsesión de no desdecirse a sí mismo, complica la interpretación de un término ya de por sí complicado. Deja entrever que el TJUE no se encuentra cómodo cuando debe conjugar valores puramente conflictuales, propios del Derecho internacional privado, como es la interpretación restrictiva del Derecho internacional privado del consumo, con valores sustantivos, como es la amplia protección del consumidor en Derecho europeo sustantivo. Esta tensión entre dos mundos, el sustantivo y el conflictual, se resuelve siempre por el TJUE

⁹² A la vista del *iter* jurisprudencial del TJUE, al Sr. V.K. quizá le habría convenido alegar una finalidad profesional sobrevenida. La competencia judicial internacional (en defecto de cláusula de sumisión) se podría haber tratado de fijar en Austria por el art. 7.1.b, guión segundo RB-I bis (lugar de prestación de los servicios) y la Ley aplicable habría sido la maltesa.

con la apariencia de respetar el valor conflictual de la interpretación restrictiva, pero en la práctica no siempre opta por él.

92. Lo anterior contribuye a generar una inseguridad jurídica muy considerable, no solo en los cocontratantes sino en los propios consumidores. Resulta irónico que a los consumidores se les proteja por su supuesta inexperiencia en la litigación y que en la práctica deban conocer toda esta jurisprudencia si no quieren perder tal protección.

93. Estas dificultades en la calificación de los contratos de doble finalidad se ven aumentadas porque aún existen lagunas interpretativas importantes que no han sido abordadas por el TJUE. Por ejemplo, ningún caso se ha planteado hasta ahora de un contrato que se suscribiera con finalidad profesional, pero que posteriormente evolucionara hacia una finalidad puramente privada. En un supuesto de estas características, el Alto Tribunal podría bien optar por prestar atención al momento de celebración del contrato, bien a la totalidad de la duración de la relación contractual. Como también se ha señalado más arriba, el TJUE tampoco se ha pronunciado sobre la calificación de un contrato de doble uso en sede de Ley aplicable, aunque ha tenido la ocasión para ello.

94. Lo que este análisis ha puesto de manifiesto es que, respecto de los contratos con doble finalidad, el Tribunal de Justicia opera a veces expandiendo el concepto de consumidor y a veces restringiéndolo, lo que trasluce la lucha de valores expuesta al comienzo de este trabajo. Lo que no se debe olvidar es que, al fin y al cabo, como bien señala el propio tribunal en algunos de sus casos, las normas de Derecho internacional privado tienen su propia lógica y sus propios objetivos y son estos los que han de prevalecer cuando se trata de interpretar los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I. En este sentido, cualquier opción que pase por desviarse, de facto, de una interpretación restrictiva de las normas de Derecho internacional privado europeo del consumo ha de pasar por una reforma legislativa que modifique esa lógica y esos objetivos. El camino no puede ser una jurisprudencia “agresiva” que, de facto, interprete ampliamente el concepto de consumidor, dañando la seguridad jurídica. Si el TJUE pretendía apartarse, respecto de algunos contratos, de la doctrina *Gruber*, debería haber esperado a un cambio legislativo de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I.

95. Con la vista puesta en una futura revisión del Reglamento Bruselas I Bis⁹³, cabe plantearse si una reforma de este calado, que alineara los valores sustantivos con los conflictuales, sería conveniente. No lo parece. Lo que puede ser positivo y deseable a nivel sustantivo, como es una amplia protección del consumidor a través del Derecho europeo, puede no serlo a nivel conflictual. Y ello por varias razones. En primer lugar, el Derecho sustantivo europeo no está pensado para ser aplicado a casos internacionales, sino a casos internos, pues tiene la intención de armonizar los Derechos nacionales de los Estados miembros. El Derecho internacional privado europeo, en cambio se aplica únicamente a casos internacionales. En los casos internacionales, las normas deben proporcionar un grado mayor de seguridad jurídica internacional y proteger la actividad empresarial transfronteriza.

96. Por ello, tanto el Reglamento Bruselas I bis como el Reglamento Roma I imponen una interpretación restrictiva de lo que se considera un contrato de consumo protegido. Una sobreprotección del consumidor, que le permita accionar siempre ante los tribunales de su residencia habitual y aplicar su propia Ley puede ser auto atentatorio. Los empresarios pueden tener miedo de ser demandados en otros Estados miembros y conforme a un Derecho que desconocen y trasladar ese *metus litis* al precio de los bienes y servicios que ofertan. El TJUE no debe dejarse llevar por la tentación de proporcionar demasiada protección al consumidor en Derecho internacional privado, pues puede acabar perjudicándolo.

⁹³ Un grupo de académicos liderado por la Asociación Europea de Derecho Internacional Privado (EAPIL) y el Instituto Max Planck (MPI) de Luxemburgo ya ha publicado un documento de posición con algunas propuestas. Algunas de ellas están relacionadas con los arts. 17-19 RB-I bis, pero ninguna se refiere a los contratos de doble finalidad. Véase, B. HESS ET AL., “The Reform of the Brussels Ibis Regulation – Academic Position Paper”, Vienna Research Paper 2024, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4853421>

97. La única reforma que quizá sería conveniente iría precisamente en el sentido contrario. Teniendo en cuenta este estudio, sería conveniente que el legislador europeo corrigiera la interpretación del TJUE respecto de los contratos de doble finalidad, para fijar la doctrina *Gruber* respecto de todos ellos. En primer lugar, se podría fijar como momento de calificación de los “contratos celebrados con consumidores” el momento de su celebración. Esta opción aporta seguridad jurídica y es fácilmente trasladable a Ley aplicable, en que tradicionalmente se está al momento de celebración del contrato como criterio de calificación. No obstante, tal y como se explicó más arriba, establecer un momento u otro para la calificación del contrato no se correlaciona directamente con una restricción del concepto de consumidor. Lo que verdaderamente restringe el alcance del concepto es el aclarar que solamente podrá ser considerado como consumidor el que, en el momento de la calificación, presente un uso profesional marginal, tenue o insignificante. Esta opción es la preferible si se quiere optar por mantener el valor conflictual de la interpretación restrictiva, que es el valor acorde con la lógica actual del Derecho internacional privado europeo del consumo.

Independencia judicial: ¿siempre nos quedará Luxemburgo?

Judicial Independence: will we always have Luxembourg?

MARÍA JOSÉ CERVELL HORTAL

*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0003-2443-4762

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 05.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8918

Resumen: La independencia judicial se ha convertido en una cuestión recurrente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los últimos años. Las amenazas al Estado de Derecho, principalmente en Polonia, han generado una intensa actividad judicial. Este artículo aborda cómo los diferentes asuntos surgidos en relación con la crisis polaca, pero también con otros Estados, han contribuido a esbozar un concepto de independencia judicial en la Unión Europea y cómo el Tribunal se ha convertido así en el mejor garante de su respeto en los Estados miembros.

Palabras clave: independencia judicial, Estado de Derecho, valores de la UE.

Abstract: Judicial independence has become a recurrent issue in the case law of the Court of Justice of the European Union in recent years. Threats to the rule of law, notably in Poland, have generated intense judicial activity. This article discusses how the cases connected with the Polish crisis (but also with other states), have contributed to outlining a concept of judicial independence in the European Union and how the Court has become the best guarantor of its respect in the Member States.

Keywords: judicial Independence, rule of law, EU values.

Sumario: I. Introducción. II. Estado de Derecho e independencia judicial, un tándem indisoluble. 1. El precedente: el asunto de los jueces portugueses. 2. La consolidación: la saga polaca (y otros asuntos). III. La independencia judicial a la palestra. 1. Un tribunal independiente e imparcial. 2. Un tribunal “establecido por ley”. 3. Un tribunal no sometido a sanciones disciplinarias arbitrarias. IV. La apariencia de independencia y la no regresión. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La variedad en los temas de la trayectoria investigadora del profesor Calvo Caravaca es, junto con su calidad y profusión, la nota que mejor la definen pero, aun habiendo mucho donde elegir, el no ser experta en Derecho internacional privado me hacía algo más ardua la tarea de seleccionar con el tema para mi contribución. Recordé que hace dos años el profesor Calvo hizo una reseña sobre mi última monografía, en la que planteé algunos problemas importantes sobre la crisis del Estado de Derecho en la Unión Europea. Para cualquier jurista, el respeto de las bases del sistema jurídico debe ser el referente constante y, convencida del compromiso que siempre ha demostrado el profesor con el Derecho, me pareció que ese podría ser un tema oportuno para ocupar estas páginas.

2. ¿Está en crisis el Estado de Derecho en la Unión Europea (UE)? De lo que nadie duda es de que no son buenos tiempos. En los dos años transcurridos desde aquella recensión, la UE ha seguido trabajando activamente para protegerlo: más iniciativas, más sentencias de su tribunal, pero también nuevos problemas han surgido desde entonces. Ya lo afirmó el profesor Calvo Caravaca en aquella recensión: las amenazas seguían latentes, así que, intuía, habría que “volver a proclamar y luchar por (...) los valores constitucionales europeos”. No se equivocaba porque, aunque pudiera parecer que lo peor (al menos en Polonia) ha pasado, el Estado de Derecho continúa lidiando día a día con afrentas, más o menos graves, en sus Estados Miembros (también el nuestro, sí).

3. Lo que esta contribución pretende es abordar algunas de las últimas novedades respecto del Estado de Derecho, pero enfocándola a uno de sus elementos imprescindibles, la independencia judicial, aun a sabiendas de que las limitaciones de espacio me obligarán a obviar muchas cosas que podrían traerse a colación.

La independencia judicial se convertía, hace ya algunos años, en objeto de atención por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Desde que el asunto de los jueces portugueses planteó la cuestión por primera vez de manera directa, muchos otros recursos judiciales han permitido elaborar una jurisprudencia sobre una cuestión antes relegada dentro de la Unión. La crisis polaca y las amenazas continuadas a sus jueces han sido, sin duda, determinantes en la construcción del concepto de independencia judicial, pero también otros asuntos surgidos en otros Estados han aportado algunos detalles importantes para ayudar a configurarlo. Una idea clara y uniforme en todos los Estados de qué es un juez independiente es esencial para garantizar la tutela judicial efectiva, la confianza mutua entre Estados y, por ende y por supuesto, para asegurar el Estado de Derecho.

II. Estado de Derecho e independencia judicial, un tándem indisoluble

1. El precedente: el asunto de los jueces portugueses

4. La independencia judicial, como se apuntó, fue un tema que pasó desapercibido durante años en la Unión Europea: ni el respeto del Estado de Derecho se cuestionaba en los Estados miembros ni la independencia judicial y sus componentes básicos (la tutela judicial efectiva, las garantías procesales, la protección de los derechos fundamentales y la estricta observancia de la separación de poderes) suscitaban grandes problemas (no, al menos, de gravedad). Como se ha afirmado, el lema “en los tribunales confiamos”¹ fue el predominante durante años en los Gobiernos europeos y buena prueba de esa despreocupación es el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se refiriera (salvo el aislado asunto *Les Verts*)² a esa cuestión.

En 2018 cambia la tendencia, y no por casualidad. La crisis del Estado de Derecho en Polonia y Hungría era ya patente (se había activado contra ambos el artículo 7.1 del Tratado de la UE) y el Tribunal de Luxemburgo se encuentra con un asunto que, aun no proviniendo de esos Estados, aborda de manera directa la independencia judicial, lo que seguramente condicionó que su lenguaje fuera especialmente claro y directo en esta cuestión, en un intento de convertirse en aviso para navegantes³. En el conocido *como asunto de los jueces portugueses*⁴, se declara expresamente la importancia del Estado de Derecho

¹ LENAERTS, K., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 72, 2022, pp. 351-368, p. 358.

² STJUE 23 abril 1986, *Les Verts c. PE*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166, p. 1365. Aun así, la referencia era muy abstracta: “la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho” (párr. 23).

³ Se ha afirmado, no sin razón, que esta sentencia es un ejemplo de “existencialismo judicial”, porque o el TJUE daba entrada a los valores de la Unión en su discurso o se convertía en testigo directo de una UE en la que la justicia podría quedar sometida al poder político (GUTIÉRREZ FONS, J. A., “El tribunal de Justicia y la Unión Europea como una Unión de valores”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 76, 2023, pp. 11-28, p. 20).

⁴ STJUE 27 febrero 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, párrs. 42 y 43. El asunto tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada el 15 de abril de 2016 por el Tribunal Supremo Administrativo portugués, en la que preguntaba si el principio de independencia judicial que recogen los artículos 19 del TUE y 47 de la Carta

como uno de los valores presentes en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y afirma que la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 19.1 del TUE es una concreción específica de ese valor⁵. Para defender la tutela judicial efectiva, afirma el Tribunal, “resulta primordial preservar la independencia” del órgano judicial, algo que también recoge expresamente el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales (CDF) en su segundo párrafo. El Tribunal no se limita a proclamar la importancia de la independencia judicial, sino que defiende que su respeto no es algo sólo exigible a las instancias judiciales de la Unión Europea (Tribunal de Justicia y Tribunal General), como quizás una lectura superficial del artículo 19 pudiera hacer pensar, sino también a los jueces y tribunales de los Estados miembros, pues de otro modo sería inviable la cooperación judicial que es la base de la cuestión prejudicial⁶. Además, en virtud del principio de cooperación leal del artículo 4.3, los Estados miembros son responsables de garantizar la aplicación y el respeto del Derecho de la Unión y, por ende, del artículo 19 del TUE. El Tribunal abrió así la puerta a controlar cualquier intento de limitar esa independencia judicial en los Estados miembros, venciendo las reticencias de quienes aún podían pensar que esto era una cuestión meramente interna.

5. Los Estados son libres, sí, de organizar su sistema judicial (“ni la UE ni el TJUE pretenden en modo alguno ejercer por sí mismos dicha competencia”⁷), pero también tienen la obligación de hacerlo de manera que se respete y proteja la tutela judicial recogida en el artículo 19, que ahora tiene entidad propia, sin estar vinculada necesariamente a la Carta de Derechos Fundamentales (y por tanto a las limitaciones impuestas por su artículo 51)⁸. La Unión Europea daba, en definitiva, una vuelta de tuerca al Estado de Derecho como valor de la Unión y a la concepción de la independencia judicial y ofrecía así una base sólida para permitir un control desde los mecanismos judiciales de la Unión, especialmente mediante los recursos de incumplimiento y las cuestiones prejudiciales⁹, como de hecho ha ocurrido, fundamentalmente en varios asuntos de la denominada *saga polaca*, que son los que centrarán estas páginas, pero también en otros a los que también se hará referencia.

2. La consolidación: la saga polaca (y otros asuntos)

6. Las alarmas respecto de la integridad del Estado de Derecho saltaron cuando en Polonia el PiS, partido ganador de las elecciones de 2015, inició una serie de reformas legislativas que afectaron de manera directa a la independencia judicial. Después de que la Comisión intentara, sin éxito, advertir al Gobierno polaco (mediante la activación del Marco de la Comisión para la protección del Estado de De-

de Derechos Fundamentales se oponía a las medidas de reducción de sueldo que se habían aplicado a los jueces portugueses en 2014, en el marco de los ajustes realizados por el Gobierno como respuesta a la crisis económica. El Tribunal de la UE descartó que hubiera existido una vulneración de la independencia judicial, al entender que las medidas habían sido “generales” y no sólo destinadas a los órganos judiciales (párr. 49).

⁵ Párrs. 30 y 32. Esa vinculación de la independencia judicial del artículo 19 del TUE con los valores del artículo 2 ha sido calificada por algún autor como “serendipia judicial” (CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de Derecho”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 66, 2020, pp. 473-517, p. 487).

⁶ STJUE 27 febrero 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses...*, párrs. 42-43.

⁷ KRZYWON, A., “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 119, pp. 85-117, p. 90.

⁸ De hecho, la sentencia de los jueces portugueses se centra en el artículo 19.1 del TUE, evitando el artículo 47 de la Carta. El control de la independencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, antes de esta sentencia, era sobre todo una cuestión de derechos individuales en virtud de la norma del juicio justo, codificada en el artículo 47, apartado 2, de la CDF, o un requisito para los órganos jurisdiccionales que deseaban remitir asuntos al TJUE en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así, el Tribunal tenía una posibilidad bastante limitada de proteger la independencia judicial (SEIERSTAD, V. M., “The obligation to establish and uphold judicial independence under article 19(1) TEU”, *Nordic Journal of European Law*, vol. 2024, 1, pp. 23- 50, p. 24).

⁹ LELOUP, M., “The untapped potential of the systemic criterion in the ECJ’s case law on judicial Independence”, *German Law Journal*, 2023, vol. 24, pp. 995-1010, pp. 996-997. También, del mismo autor, “The appointment of judges and the right to a tribunal...”, *óp. cit.*, pp. 1139-1162.

recho), en diciembre de 2017 se iniciaba el mecanismo político del artículo 7.1 del TUE¹⁰. Tras constatar su fracaso y dejar patente que el problema no tenía solución en sede política, llegaba el turno al Tribunal de Justicia, que ha sido el que, a la postre y dentro de sus posibilidades y limitaciones, ha demostrado ser el verdadero garante del Estado de Derecho y la independencia judicial.

7. La figura de lo que debe entenderse como juez independiente según la jurisprudencia europea se ha ido forjando en una serie de recursos de incumplimiento y varias cuestiones prejudiciales que, como adelantamos, han tenido su epicentro en los problemas surgidos en Polonia, pero que se ha completado con sentencias no menos relevantes en otros Estados miembros (Malta, Rumanía...).

8. Respecto de la cuestión polaca, la más extensa en número de sentencias, en un intento de ser concisa, me limitaré a apuntar que han girado sobre diferentes reformas que a lo largo de los últimos años han afectado al Tribunal Constitucional polaco, al Tribunal Supremo y a los tribunales ordinarios¹¹ y que han coartado claramente su independencia e imparcialidad. Estas reformas daban lugar a varios recursos de incumplimiento promovidos por la Comisión (cuatro, hasta la fecha¹²) que he optado por resumir a continuación para facilitar al lector la comprensión de los siguientes apartados (no es fácil seguir el razonamiento del Tribunal sin conocer los hechos que originaron los recursos):

- Asunto sobre la independencia del Tribunal Supremo¹³. La Comisión decide plantear un recurso de incumplimiento por violación del artículo 19 del TUE y del 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDF) a consecuencia de una reforma de 2017 que reducía la edad de jubilación de los jueces de 70 a 65. Aunque los jueces afectados podían solicitar una prórroga de su mandato, era el Presidente del Gobierno quien de manera discrecional lo otorgaba. Además, los nuevos magistrados serían nombrados directamente por el Presidente previa recomendación del Consejo Nacional del Poder Judicial (nombrado a su vez por el Sejm, cámara en la que el partido en el poder tenía también mayoría).
- Asunto sobre la independencia de los tribunales ordinarios¹⁴, con origen en una reforma también de 2017, que permitía al Ministro de Justicia cesar en su cargo a los presidentes y vicepresidentes de los tribunales ordinarios, además de reducir la edad de jubilación (de 76 a 75 para los jueces y de 67 a 60 para las juezas), quedando en este último caso a la libre discreción del Ministro para la prórroga. Al igual que en el caso anterior, la Comisión alegaba (principal pero no exclusivamente) violación del artículo 19 del TUE y 47 de la CDF.
- Asunto sobre el régimen disciplinario de los jueces del Supremo y de los tribunales ordinarios¹⁵ (o asunto sobre régimen disciplinario I, como también se le denomina). Los problemas surgieron en este caso con la creación de una sala disciplinaria en el Tribunal Supremo,

¹⁰ También contra Hungría, por el Parlamento, en septiembre de 2018 pero no entraré en esta ocasión a valorar a ese Estado, ni las vicisitudes en torno a los problemas surgidos respecto de la aplicación del artículo 7.

¹¹ En realidad, el problema polaco ha sido objeto de numerosas publicaciones, entre la doctrina española y la extranjera. Como referencia general, podrían citarse dos monografías de la doctrina española: MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2021 y URBANEJA CILLÁN, J., *La crisis del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea*, Aranzadi, 2023. También, CERVELL HORTAL, M^a J., *Una Unión de valores: ¿realidad o desiderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la UE*, Aranzadi, 2022. Puede, asimismo, consultarse (entre otros) PÉREZ BERNÁNDEZ, C., “La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 40, 2016, pp. 49-94. Sobre cómo se modificó el sistema de nombramientos, véase VALLE CAMACHO, M^a. V., “El derecho a un tribunal establecido por ley y el procedimiento de nombramiento judicial: nuevos desarrollos a través de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Su aplicación al caso de Polonia”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n^o 68/2023, pp. 117-150 (pp. 121-125).

¹² Aunque ya hay alguno más iniciado que tiene que ver con otras normas, en concreto con la ley sobre el Comité Estatal para el examen de la influencia rusa en la seguridad interna, iniciado por la Comisión en junio de 2023 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3134) y que apunta más bien a la democracia como valor de la Unión.

¹³ STJUE 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.

¹⁴ STJUE, 5 de noviembre de 2019, Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios), C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924.

¹⁵ STJUE 15 julio 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

cuyos miembros eran nombrados por el Gobierno. De hecho, estas cuestiones habían sido objeto de una cuestión prejudicial previa (asunto AK) a la que se hará referencia después y en la que ya se había declarado que esa reforma vulneraba el artículo 19.2 del TUE¹⁶.

- Asunto sobre independencia y vida privada de los jueces¹⁷ (o asunto sobre régimen disciplinario II), centrado en nuevas reformas (bajo la denominada ley mordaza) sobre medidas disciplinarias (más duras) a los jueces. En este punto, las tensiones entre el Tribunal y el Gobierno polaco habían llegado a su punto álgido: el Tribunal Constitucional polaco se había negado a aceptar las resoluciones previas del TJUE y había cuestionado directamente la validez del principio de primacía¹⁸ (lo que provocó un auto del TJUE, de 27 de octubre de 2021 imponiendo una multa de un millón de euros diarios a Polonia¹⁹ y, posteriormente, varias medidas más, como el bloqueo de los fondos COVID por la UE).

9. A estos recursos de incumplimiento deben sumarse numerosas cuestiones prejudiciales que, sobre supuestos distintos pero con el mismo telón de fondo (la amenaza al Estado de Derecho y la independencia judicial) se iban planteando por los propios jueces en Polonia²⁰ e, incluso, en otros Estados miembros (fundamentalmente, en relación con determinadas órdenes de arresto que instaban a esos jueces a entregar a ciudadanos polacos a un sistema judicial que estaba siendo puesto continuamente en duda). También algunas dudas surgidas respecto del respeto del Estado de Derecho en Estados diferentes al polaco han ayudado a perfilar la cuestión²¹. En concreto, en Rumanía se planteaba la compatibilidad del Derecho de la Unión respecto de varias reformas que afectaban a jueces y fiscales²² (la más reciente, de hecho, se hacía pública cuando este artículo se cerraba²³). También en Malta su Tribunal Constitucional planteaba una cuestión prejudicial (asunto Repubblika) cuestionando el nombramiento de jueces establecido en la Constitución, cuyas conclusiones saldrán a relucir más tarde²⁴ (*infra* apartado IV).

¹⁶ En el asunto C-791/19, una vez que se dictó sentencia en el asunto AK, la Comisión decidió solicitar medidas cautelares, que el Tribunal concedió por sentencia de 8 de abril de 2020 en la que ordenaba la suspensión de esa Sala. Sobre detalles del proceso y la sentencia final de 15 de julio de 2021, BLÁZQUEZ, M. D., “El régimen disciplinario de los jueces polacos entre la vulneración de los artículos 10.1.2º TUE, 267 TFUE y el principio de la primacía del derecho de la UE. Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 87, 2023, pp. 9-40, pp. 22-27.

¹⁷ STJUE, 5 junio 2023, Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442. Sobre la sentencia, véase COLI, M., “Don’t try to discipline your judges (and prevent them from applying EU law): the Court of Justice’s judgment in Commission v. Poland (C-204/21)”, *Diritti Comparati*, <https://www.diritticomparati.it/dont-try-to-discipline-your-judges-and-prevent-them-from-applying-eu-law-the-court-of-justices-judgment-in-commission-v-poland-c-204-21/>; PECH, L., “The latest ECJ judgment on Poland’s rule of law breakdown”, *Verfassungsblog*, 11 de junio de 2023 y BLÁZQUEZ, M. D., “El régimen disciplinario ...”, *óp. cit.*, pp. 28-37.

¹⁸ Asunto K 3/21, sentencia de 7 de octubre de 2021 y asunto P7/20sentencia de 14 de julio de 2022.

¹⁹ La multa estuvo motivada por el incumplimiento de un auto sobre medidas cautelares por el cual Polonia debía suspender la aplicación de las disposiciones nacionales que se habían impugnado. Finalmente, por auto de 21 de abril de 2023, y tras las medidas adoptadas por el Gobierno polaco, el Tribunal decidió reducir la multa a 500.000 euros diarios (TJUE, Comunicado de Prensa nº 65/23, 21 de abril de 2023).

²⁰ Lo que en su momento calificué como la “autodefensa” de los jueces polacos (CERVELL HORTAL, M^a J., *Una Unión de valores: ...*, *óp. cit.*, pp. 99-104). Entre esas cuestiones prejudiciales, destacan las siguientes: STJUE 19 noviembre 2019, asunto AK y otros, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18), ECLI:EU:C:2019:982; STJUE 2 marzo 2021, AB y otros, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153; STJUE 16 noviembre 2021, Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim, C-748/19 a C-754/19, ECLI:EU:C:2021:931; STJUE 6 octubre de 2021, W.Ż., C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798; STJUE 29 marzo 2022, Getin Noble Bank, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235, STJUE 22 marzo 2022, Prokurator Generalny, C-508/19, ECLI:EU:C:2022:201,...

²¹ Resulta imposible, por razones de espacio y estructura, hacer referencia a todos, pero un listado completo de los asuntos más recientes surgidos en el TJUE en relación con la independencia judicial pueden consultarse en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)753955#:~:text=In%20its%20case%20law%20on,appointment%20procedures%20and%20disciplinary%20proceedings](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)753955#:~:text=In%20its%20case%20law%20on,appointment%20procedures%20and%20disciplinary%20proceedings). También en <https://euruleoflaw.eu/rule-of-law-update-april-2024/>

²² STJUE 18 mayo 2021, Asociația Forumul Judecătorilor Din România y otros, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19 ECLI:EU:C:2021:393; STJUE 21 diciembre 2021, Euro Box Promotion y otros, C-357/19, ECLI:EU:C:2021:1034 y STJUE 21 de febrero 2022, RS, C-430/21, ECLI:EU:C:2022:99.

²³ STJUE 8 de mayo 2024, Asociația Forumul Judecătorilor din România (Associations de magistrats), C-53/23, ECLI:EU:C:2024:388. En el asunto se había cuestionado si el Derecho de la Unión permite el derecho de las asociaciones de jueces y fiscales a impugnar el nombramiento de determinados fiscales encargados de investigar casos de corrupción.

²⁴ STJUE 20 abril 2021, Repubblika, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

III. La independencia judicial a la palestra

10. Para que el Estado de Derecho funcione de manera eficiente requiere de un sistema judicial que se ajuste a tres exigencias²⁵: un juez independiente, imparcial y establecido por ley. En los siguientes apartados intentaremos determinar cómo el TJUE ha intentado, la luz de los casos concretos que se le iban presentando, dotar de cierto contenido a esos tres elementos²⁶.

1. Un tribunal independiente e imparcial

11. Como ya apuntamos, la tutela judicial efectiva y el funcionamiento correcto del Estado de Derecho sólo son posibles si existen garantías de la independencia de los jueces y tribunales²⁷. Para el Tribunal de Justicia, esa independencia debe reunir dos elementos²⁸:

- Elemento de orden interno, referido a la imparcialidad y equidistancia que debe guardar el órgano respecto de las partes en litigio y sus intereses. Este elemento supondría la inexistencia de cualquier interés en el asunto que no obedeciera a la aplicación estricta de la norma jurídica, pero también la protección de los jueces respecto de los ataques que pudieran provenir de la propia esfera del poder judicial²⁹.
- Elemento de orden externo. Esto es, que el juez ejerza sus funciones “con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo”, cualquiera que sea su procedencia, para que quede así protegido de injerencias o presiones externas.

12. A ambos elementos ya se había referido el TJUE en la sentencia de los jueces portugueses³⁰, pero tendría ocasión de recordarlo y consolidarlo en los diferentes asuntos relacionados con Polonia. La primera vez surgió respecto de una cuestión prejudicial planteada por un juez irlandés, en el conocido como asunto LM³¹, resuelta meses antes (25 de julio de 2018) de que finalizara el primero de los recursos de incumplimiento contra Polonia ante el TJUE. A raíz de la petición de Polonia al órgano irlandés para que se procediera a entregar a un ciudadano polaco, el *High Court* irlandés se cuestionó si las reformas del sistema judicial polaco (recordemos, aunque no había aún sentencia directa alguna del TJUE, sí se

²⁵ Bautizadas por algunos como la “Santísima Trinidad” (RIZCALLAH, C. y DAVIO, V., “The requirement that tribunals to be established by law: a valuable principle safeguarding the Rule of Law and the separation of powers in a context of trust”, *European Constitutional Law Review*, n.º 17, 4 2021, pp. 581-606).

²⁶ El propio TJUE confirmaba que la “piedra angular del derecho a un proceso justo” es la garantía de contar con jueces independientes, imparciales y predeterminados por ley (STJUE 15 julio 2021, Comisión/Polonia [Régimen disciplinario de los jueces], C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, párr. 167). De hecho, varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya habían confirmado la necesidad de esos elementos (véase *ad. ex.*, sentencia de 28 de abril de 2009, Savino y otros c. Italia, ECLI:CE:ECHR:2009:0428JUD001721405, párrs. 94 y 95).

²⁷ La idea, ya apuntada en el asunto de los jueces portugueses, era repetida en el asunto sobre el Tribunal Supremo (la independencia se integra “en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso equitativo”) y en el asunto sobre la independencia de los jueces ordinarios (STJUE 24 junio 2019, Comisión/Polonia [Independencia del Tribunal Supremo], C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, párr. 58 y STJUE, 5 noviembre 2019, Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios), C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, párr. 98, respectivamente).

²⁸ STJUE 24 junio 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, párrs. 72 y 73. Volvería a reiterar la exigencia de esos dos elementos en la STJUE 5 noviembre 2019, Comisión/Polonia (independencia de los tribunales ordinarios), C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, párrs. 109-110; STJUE 18 noviembre 2019, AK (independencia de la Sala Disciplinaria del TS), C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982, párr. 121 y en la STJUE 5 junio 2023, Comisión/Polonia (independencia y vida privada de los jueces), C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, párrs. 93 y ss.

²⁹ KRZYWON, A., “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial ...”, *óp. cit.*, pp. 102 y 103.

³⁰ STJUE 27 febrero 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, párr. 44.

³¹ STJUE 25 julio 2018, asunto Ministro de Justicia e Igualdad (deficiencias del sistema judicial), C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586, párrs. 63-65. Volvería a reiterar la exigencia de esos dos elementos en la sentencia C-192/18, párrs. 109-110, en la STJUE, 5 junio 2023, Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, párrs. 93 y ss. y en el asunto AK y otros, C-585/18, sentencia de 19 de noviembre de 2019, párr. 121.

había ya sometido ya a Polonia al procedimiento del artículo 7 del TUE) impedirían un proceso equitativo por no garantizarse la existencia de un juez independiente³².

13. En los recursos de incumplimiento posteriores, el Tribunal encontraría nuevas ocasiones de sacar a relucir esos elementos, ajustándolos además a los casos y problemas concretos. Así, el tribunal introduce en la ecuación de la independencia judicial la cuestión de la *inamovilidad de los jueces* en el cargo y lo hace respecto de dos cuestiones:

- La edad de jubilación. En el caso de los asuntos relacionados con el Tribunal Supremo y los tribunales ordinarios (*vid supra* apartado II), quedó claro que los jueces tienen el derecho de permanecer en el cargo hasta la edad de jubilación (o hasta que dure su mandato, si así estuviera establecido), pues de lo contrario su independencia se vería amenazada. Es cierto, afirma el Tribunal, que puede haber excepciones “cuando existan motivos legítimos e imperiosos³³, pero también que esos motivos no se dieron en el caso polaco.
- La facultad de prórroga discrecional. Tampoco aceptó el Tribunal la posibilidad de que el presidente de la República fuera de quien dependiera en última instancia la prórroga de los jueces en el cargo, en cuanto esta era una decisión arbitraria, no sometida “a ningún criterio objetivo y verificable” y que, además, no admitía recurso judicial alguno en contra³⁴.

Algunas cuestiones prejudiciales, también respecto de Polonia, tendrían la opción de reafirmar esta inamovilidad como parte esencial de la independencia judicial³⁵.

15. El Tribunal ha ido así intentando acercarse a un concepto de juez independiente, pero cuya concreción definitiva resulta difícil y sólo será posible aclarar mediante un análisis caso a caso. La virtud que estos esfuerzos encierran es que en el razonamiento del Tribunal siempre se deja clara una idea: aunque la organización de la Administración de Justicia es cuestión que *a priori* corresponde a los Estados, la obligación que impone el artículo 19 del TUE permite que también la Unión Europea se pronuncie al respecto.

2. Un tribunal “establecido por ley”

16. El concepto de tribunal “establecido por ley” estuvo ausente durante algún tiempo, desplazado por el concepto de independencia e imparcialidad³⁶, si bien es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí había estudiado más a fondo la cuestión³⁷, fijando incluso una serie de directrices para

³² En el caso de la orden europea de arresto y detención, el órgano judicial que la ejecuta se enfrenta siempre al denominado sistema de dos pasos: primero, constatar que en el Estado solicitante hay elementos objetivos y fiables que garanticen unas determinadas condiciones de reclusión y, segundo, comprobar que en el caso concreto, la persona entregada no correrá un riesgo. El juez irlandés entendía que quizás este segundo paso debiera obviarse, en tanto en cuanto existía una amenaza sistémica y generalizada del Estado de Derecho en Polonia. Sobre el asunto, LENAERTS, K., “Overview of the case Law of the Court of Justice of the European Union with respect to the rule of law”, en CRAIG, P.; STANISLAS, A.; DÍAZ ABAD, N., Y SALAZAR, L., *Rule of Law in Europe Perspectives from practitioners and academics*, European Judicial Training Network, 2019, pp. 70-79. También, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., “La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 65, 2020, pp. 11-31, pp. 14-18 y SARMIENTO, D. “A comment on the CJEU’s judgment in LM”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, núm. 4, 2018, pp. 385 y ss.

³³ STJUE 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, párr. 76 y STJUE, 5 de noviembre de 2019, Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios), C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924, párr. 113. Volvería el tribunal a recordarlo en el asunto 791/10, aunque de manera más breve (párr. 70).

³⁴ STJUE 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, párr. 114 y asunto C-192/18, párrs. 119-121.

³⁵ Así, el asunto W. Z., en el cual un juez impugnaba una medida de traslado forzoso de una sección del tribunal a otra (STJUE 6 octubre 2021, W. Z., C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, párr. 126. De hecho, el TJ afirma que un traslado forzoso podría incluso equipararse a una sanción disciplinaria (párr. 115).

³⁶ Véase, por ejemplo, LELOUP, M., “The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: the ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization”, *Common Market Law Review*, n.º 57, 2020, pp. 1139-1161, p. 1146.

³⁷ En la que no podemos entrar por razones de tiempo y espacio. Véase, por ejemplo el asunto *Reczkowicz c. Polonia*,

determinar cuándo un tribunal debía o no considerarse correctamente nombrado: 1) en caso de violación manifiesta del Derecho interno; 2) cuando la violación pueda apreciarse a la luz del objeto y la finalidad de la exigencia de un “tribunal establecido por la ley” (esto es, se debe garantizar que el poder judicial desempeña sus funciones sin injerencias indebidas y respetando la separación de poderes) y 3) si existe un control interno adecuado sobre la posible infracción de la norma sobre nombramiento de jueces³⁸.

17. El TJUE, siguiendo la estela de su homólogo en Estrasburgo, también ha concretado qué es un tribunal establecido por ley, exigiendo que exista una base jurídica adecuada; esto es, que haya una composición y nombramiento conforme a las normas y procedimientos previstos para tal caso, lo que en última instancia implica también que el nombramiento y/o la composición del tribunal no dependa discrecionalmente del Poder Ejecutivo. Así, en el asunto AK dejó claro cómo la composición y designación del Consejo Nacional Judicial (en el que la influencia del Ejecutivo era clara) afectaba directamente a la independencia de la Sala disciplinaria del TS (sus miembros los nombraba ese Consejo). Algo similar surgió también en el asunto sobre el régimen disciplinario de los jueces I, y en el que confirmó que, en efecto, en la medida en que era el Presidente de la Sala Disciplinaria quien tenía la facultad discrecional de designar el tribunal disciplinario competente para conocer de determinados procedimientos de esta naturaleza, no se garantizaba que tales asuntos fueran examinados por un tribunal “establecido por la ley”³⁹.

18. En otras sentencias ha matizado aún más, reafirmando en varias ocasiones (relacionadas con Polonia en su mayoría, pero también con otros Estados) la idea que ya apuntamos en el apartado anterior y que puede considerarse ya un mantra en su jurisprudencia reciente: los Estados tienen libertad para organizar su administración de justicia, pero siempre deben respetar la independencia judicial. Lo hacía en el asunto AB (2 de marzo de 2021)⁴⁰ y lo repetía algo más de un mes después, en el asunto Repubblica⁴¹: “si bien corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su Administración de Justicia, no es menos cierto que, al ejercer esta competencia, deben cumplir las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión.”. Otros seguirían después en la misma línea⁴².

3. Un tribunal no sometido a sanciones disciplinarias arbitrarias

19. Las medidas disciplinarias que puedan imponerse a los jueces tienen un efecto inmediato en la independencia judicial en tanto en cuanto, como afirma el TJUE, debe evitarse que esas sanciones se utilicen como “sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales”⁴³. El TJUE se pronunciaba así de manera expresa sobre esta cuestión, fundamentalmente en dos asuntos que la abordaban de manera directa (asunto de medidas disciplinarias I y II), pero también a través de algunas cuestiones prejudiciales.

nº 43447/19, 22 de julio de 2021 o la STEDH 1 diciembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson, asunto nº 26374/18, párrs. 223-228.

³⁸ STEDH (Gran Sala) 1 diciembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson, asunto nº 26374/18, párrs. 244-248. Unos meses después, el TEDH volvía a repetir esos razonamientos, pero esta vez, ya sí, respecto de Polonia en el asunto Xero Flor, declarando que, en efecto, la composición del Tribunal Constitucional polaco violaba el derecho a un “tribunal establecido por ley” (sentencia de 7 de mayo de 2021, asunto nº 4907/18, párrs. 187 y ss). El 22 de julio de 2021, una nueva sentencia del TEDH (asunto Reczkowicz c. Polonia, sentencia de 22 de julio de 2021, asunto nº 43447/19).

³⁹ STJUE 15 julio 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, párr. 176.

⁴⁰ STJUE2 de marzo de 2021, A.B. y otros (Nombramiento de jueces al Tribunal Supremo — Recursos), C824/18, EU:C:2021:153, párrs. 109 y 112.

⁴¹ STJUE 20 abril 2021, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, párr. 48.

⁴² STJUE 5 noviembre 2021, W. Ż. () y des affaires publiques de la Cour suprême – nomination), C-487/19, EU:C:2021:798, párr. 130; STJUE 21 diciembre de 2021, C-357/19, Euro Box Promotion y otros, ECLI:EU:C:2021:1034, párrs. 228 y ss. (este es un caso relacionado con Rumanía y su Tribunal Constitucional); STJUE, 29 marzo 2022, Getin Noble Bank C-132/20, párr. 121; STJUE 31 octubre 2022, Gmina Wieliszew, C-698/20, ECLI:EU:C:2022:787, párrs. 59-61.

⁴³ Asunto C-294/1, párr. 95.

20. En el primer recurso por incumplimiento (asunto sobre medidas disciplinarias I), el Tribunal admite que los jueces puedan estar expuestos a procedimientos por infracciones disciplinarias, pero exigiendo dos cosas. En primer lugar, los comportamientos que los originan deben estar expuestos de manera “clara y precisa”, porque de otro modo no se garantiza la independencia judicial⁴⁴ (en otros asuntos ha tenido oportunidad, además, de identificar de manera más concreta y al hilo de supuestos específicos, qué tipo de infracciones podrían ser o no admisibles⁴⁵). En segundo lugar, se debe garantizar a esos jueces un procedimiento justo y la observancia de la tutela judicial en la imposición de esas sanciones⁴⁶.

21. La cuestión de las sanciones disciplinarias ha surgido también respecto de la figura de la cuestión prejudicial. En efecto, la deriva del Estado de Derecho en Polonia había llegado a tal extremo que alguna de las reformas contemplaba de manera expresa como infracción disciplinaria el que los jueces plantearan cuestiones prejudiciales ante el TJUE (sin duda, como reacción a un instrumento que se había convertido en la última oportunidad de determinados jueces para preservar su independencia judicial). El TJUE, como no podía ser menos, declaró que esta opción era claramente contraria al Derecho de la Unión:

“Así pues, no cabe admitir disposiciones nacionales de las que se desprenda que los jueces nacionales pueden verse expuestos a procedimientos disciplinarios por haber planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial⁴⁷”.

IV. La apariencia de independencia y la no regresión

22. En su lucha por proteger la independencia judicial, el Tribunal de la Unión ha apuntalado los criterios tradicionales sobre qué debe entenderse por un juez independiente con dos argumentos más: en primer lugar, el juez independiente debe también *aparentar* serlo y, en segundo lugar, un Estado miembro no puede dar marcha atrás en la observancia del Estado de Derecho.

23. Respecto de la primera cuestión, el TJUE ha insistido en varias ocasiones en que el juez independiente, además de serlo objetivamente, debe *parecerlo*. Esto es, los órganos judiciales deben ser percibidos por la ciudadanía como realmente independientes e imparciales⁴⁸. El Tribunal vincula, además, esa apariencia a las reglas que configuran la composición del órgano (nombramiento, duración, recusación y cese), que son las que deben permitir “excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de ese órgano”⁴⁹. Permítame el lector reproducir, por su claridad y por ser de las más recientes, lo que afirmó el TJUE en el último recurso de incumplimiento relacionado con Polonia (asunto sobre sanciones disciplinarias II):

⁴⁴ STJUE 15 julio 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, párr. 140 y STJUE, 5 junio 2023, Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, párr. 127.

⁴⁵ STJUE 18 mayo 2021, Asociația Forumul Judecătorilor Din România y otros, párr. 226-227, Euro Box Promotion, párr. 238.

⁴⁶ C-83/19, párr. 195; C-487/19, párr. 108.

⁴⁷ STJUE 15 julio 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, párrs. 222-234. Ya antes había defendido idéntico argumento en la STJUE 26 marzo 2020, Miasto Łowicz, C-558/18 y C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234, párr. 58. También en el asunto sobre sanciones disciplinarias II sacaría a relucir la cuestión, en términos similares (STJUE, 5 junio 2023, Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, párrs. 278-279).

⁴⁸ En realidad, esta idea ya había sido defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: sentencia de 23 de abril de 2015, *Morice c. Francia*, n.º 29369/10: “las apariencias son importantes, o en otras palabras, la justicia no sólo debe ser impartida, sino que debe ser vista como tal, ya que está en riesgo la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar entre la opinión pública” (par. 78). En el mismo sentido, sentencias más recientes, de 25 de septiembre de 2018, *Denisov c. Ucrania*, n.º 76639/11, y en la de 1 de diciembre de 2020, *Gudmundur Andri Astradsson c. Islandia*, n.º 26374/18...

⁴⁹ STJUE 25 julio 2018, asunto Ministro de Justicia e Igualdad (deficiencias del sistema judicial), C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586, párr. 66 (también antes sentencia de 9 de octubre de 2014, TDC, C222/13, EU:C:2014:2265, apartado 32); STJUE 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, párr. 74 y 115; STJUE 15 julio 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, párr. 167; STJUE, 5 junio 2023, Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, párr. 93 y asunto AK y otros, C-585/18, sentencia de 19 de noviembre de 2019, párr. 123.

“...el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley implica que todo órgano jurisdiccional nacional que deba aplicar el Derecho de la Unión está obligado a verificar si, por su composición, es un tribunal que tiene dichas características cuando surja sobre este punto una duda fundada, considerándose que tal comprobación es necesaria para la confianza que los órganos jurisdiccionales deben inspirar en los justiciables en una sociedad democrática...”⁵⁰

24. Respecto de la segunda cuestión, el Tribunal de Luxemburgo ha apuntalado la importancia del respeto de la independencia judicial con algo que sí es novedoso e inherente al ordenamiento jurídico de la Unión: el principio de no regresión, surgido en el denominado asunto *Repubblika*⁵¹. Conforme a este principio, el respeto de los valores no es una cuestión que incumba sólo a los Estados mientras estos tienen la condición de candidatos y se esfuerzan, por tanto, en buscar un hueco en el seno de la Unión, sino que también es exigible una vez que son miembros de pleno derecho.

25. La cuestión surgió por una cuestión prejudicial que planteó el Tribunal Constitucional de Malta el 21 de febrero de 2020, cuestionando el nombramiento de jueces establecido en la Constitución, que podría no ser conforme al artículo 19.1 párrafo 2 y al artículo 47 de la CDF⁵². El 20 de abril de 2021, el TJUE hacía pública la sentencia, confirmando que sí, los Estados son *a priori* libres para elegir su sistema judicial pero introduciendo un nuevo giro, porque tras insistir en la importancia del artículo 2 y los valores de la Unión⁵³, declara que “un Estado Miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho” (párr. 63), afirmando después:

“Los Estados miembros deben velar por evitar, en relación con este valor [Estado de Derecho] cualquier regresión de su legislación en materia de organización de la Administración de Justicia, absteniéndose de adoptar medidas que puedan menoscabar la independencia judicial” (párr. 64).

26. Cuando Malta se adhirió a la Unión conforme al artículo 49 del TUE lo hizo, afirma el tribunal, conforme a unas disposiciones constitucionales concretas y en un marco determinado de respeto de los valores de la Unión. Algo que, parece sugerir el tribunal, no se debería dejar por el camino. La Unión quiere evitar así que los Estados den marcha atrás en cuestiones relacionadas con el Estado de Derecho: lo mínimo es continuar como se estaba cuando un Estado fue aceptado en la Unión. El mensaje a quienes lo han olvidado (Polonia, Hungría) o, incluso, a quienes pudieran hacerlo en el futuro (y quizás debiéramos hacer un ejercicio de reflexión interna) era claro.

27. Apenas un mes después, el Tribunal volvía a plantear el principio en el asunto de los jueces rumanos (I)⁵⁴, en una reformulación a la que algunos han denominado *principio de progresión*, por aplicarse a una serie de reformas internas que fueron negativamente evaluadas mientras Rumanía estaba aún bajo el control del Mecanismo de Verificación y Control al que Rumanía⁵⁵; es decir, en una especie de

⁵⁰ STJUE, 5 junio 2023, Comisión/Polonia (Indépendance et vie privée des juges), C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, párr. 276.

⁵¹ Que puede considerarse, junto con el asunto de los jueces portugueses, “una aportación mayúscula a la protección de la independencia judicial y del Estado de Derecho por las instituciones de la Unión Europea” (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDEIRO, D. y ARNALDOS ORTS, E., “La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-896/19 *Repubblika* y la independencia judicial en la Unión Europea. El alumbramiento del principio de no regresión”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 57, pp. 137-147, p. 146. También sobre el principio (y los obstáculos que su posible aplicación puede tener), SCHOLTES, J., “Constitutionalising the end of history? Pitfalls of a non-regression principle for Article 2 TEU. *European Constitutional Law Review*, vol. 19, 1, 2023, pp. 59-87.

⁵² La Constitución se había reformado en 2016, con lo que ahora el Primer Ministro podía proponer al Presidente de la República el nombramiento de un candidato a un cargo judicial. Es cierto, eso sí, que esos candidatos deben cumplir requisitos que son evaluados por un Comité de Nombramientos judiciales y que informa al Primer Ministro.

⁵³ En tres párrafos, de hecho: párrs. 61-63.

⁵⁴ STJUE 20 mayo 2021, *Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’ and Others* Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, párr. 162.

⁵⁵ En noviembre de 2002, ese Mecanismo dejó de aplicarse a Rumanía. Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7029. Más detalles sobre esa sentencia, en en MORARU, M. y BERCEA, R., “The first episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined cases C-83/19, C-127/19 , C-195/19, C-291/19, C-3355/19 and C-397/19, *Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România*, and their follow-up at the national level”, *European Constitutional Review*, vol 18, 2022, pp. 82-113.

periodo intermedio entre la condición de candidato y de miembro pleno. El Tribunal ha seguido insistiendo en esa línea de no regresión en asuntos posteriores, ya relacionados directamente con Polonia⁵⁶, advirtiendo así a los Estados que no se relajen en el respeto del Estado de Derecho y aclarando que ser miembro del club exige seguir observando estrictamente aquello que se le pidió para entrar.

V. Reflexiones finales

28. El Tribunal de Justicia de la Unión ha tenido ocasiones más que de sobra en los últimos tiempos para elaborar una jurisprudencia en torno al Estado de Derecho y, más en concreto, la independencia judicial. Su primer logro fue admitir que, más allá de la protección que se le pueda dar en los Estados miembros, la garantía de su respeto también incumbía a la Unión, por su vinculación con los valores del artículo 2 del TUE. De hecho, cuando algunos Estados miembros se han desviado del buen camino, frente a la parálisis política de las instituciones europeas (fracaso del artículo 7 del TUE), el Tribunal de Justicia de la UE y algunos jueces en los Estados miembros se han erigido en los defensores a ultranza de esos valores. Por esa razón, precisamente, es tan importante preservar y garantizar de forma eficaz la independencia judicial. Sin un juez independiente, el Estado de Derecho no se sostiene.

29. Aunque los Estados puedan organizar libremente su sistema judicial, como el propio TJUE ha reconocido, hay unos límites inquebrantables, marcados por el Derecho de la Unión. Precisamente por eso, los esfuerzos del Tribunal por acotar, a la luz de los diferentes casos, el concepto de independencia judicial, resultan especialmente útiles y relevantes. Un juez no puede ser destituido de su cargo arbitrariamente, no puede estar sometido a ningún tipo de control o injerencia de terceros (especialmente del Legislativo y del Ejecutivo), debe nombrarse por un procedimiento conforme a ley y no puede ser objeto de medidas disciplinarias arbitrarias. Además, el juez independiente tiene que ser percibido como tal por la ciudadanía; esto es, debe ser notoria su inmunidad a presiones de cualquier tipo. El Tribunal iba incluso más allá, y en un intento de no dejar margen alguno a los excesos estatales, formulaba el principio de no regresión: un Estado de la Unión que cumplió en un momento concreto, en particular el de su adhesión, todas las exigencias inherentes al Estado de Derecho, no puede dar marcha atrás a ese proceso una vez que ya goza de la condición de miembro.

30. Mucho se ha hecho, sí, pero también mucho queda aún por hacer. La situación en Polonia parece más calmada y, de hecho, recientemente (6 de mayo de 2024), la Comisión anunciaba formalmente que ya no estaba bajo el procedimiento del artículo 7, pero los recursos continúan (ya hay varios iniciados, relativos a la independencia judicial y al respeto del principio de primacía, pero también otros que han puesto a la democracia en el punto de mira, tanto en Hungría como en Polonia), así que habrá que seguir atentos a los próximos pronunciamientos del Tribunal sobre estas cuestiones, que a buen seguro aún tendrá mucho que decir al respecto. La tarea resultará sin duda de gran valor, para resolver los problemas actuales y los que estén por venir.

31. Y útil será también para nuestro país, en el que el debate sobre el nombramiento de altos cargos judiciales lleva años presente (tal y como se constata periódicamente en los Informes anuales de la Unión sobre el Estado de Derecho), con la reforma del Consejo General del Poder Judicial en el ojo del huracán, pero también con las dudas que suscita la figura del Fiscal General del Estado y la propuesta de ciertas normas que generan, cuanto menos, inquietud entre la ciudadanía.

Frente a los abusos de los Estados, siempre nos quedará Luxemburgo. Y me permito terminar reproduciendo la frase que utilizó el profesor Calvo Caracava como colofón de aquella recensión que mencioné: “No se trata sólo de estar juntos en Europa, sino de estar juntos por Europa”.

⁵⁶ STJUE 16 febrero 2022, Polonia/Parlamento y Consejo, C- 157/21, ECLI:EU:C:2022:98, párr- 144: En efecto, el respeto de estos valores no puede reducirse a una obligación que un Estado candidato está obligado a cumplir para adherirse a la Unión y de la que puede exonerarse tras su adhesión.

El Derecho internacional privado frente al escándalo de las emisiones de los motores diésel

Private International Law in the face of the diesel engine emissions scandal

ANA CRESPO HERNÁNDEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Rey Juan Carlos*

ORCID ID: 0009-0002-7224-228X

Recibido: 14.08.2024 / Aceptado: 27.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8919

Resumen: Las siguientes páginas analizan los problemas de Derecho internacional privado surgidos en las demandas extracontractuales dirigidas contra los fabricantes de automóviles en el asunto “dieselgate”. Este caso sigue estando de plena actualidad jurídica después de que el TJUE haya confirmado la ilegalidad de los *softwares* empleados por Volkswagen y otros fabricantes, facilitando la interposición de nuevas demandas judiciales. Tanto a efectos de competencia judicial internacional como de ley aplicable, se puede considerar que el daño se produce en el lugar donde se ha adquirido el vehículo o donde este se entrega al comprador, si este no coincide con el de celebración del contrato. En las acciones colectivas sería conveniente la búsqueda de un criterio más adecuado que evite el fraccionamiento de la competencia judicial y la ley aplicable.

Palabras clave: Dieselgate, Competencia judicial internacional, Ley aplicable, Obligaciones extracontractuales, Reglamento de Bruselas I bis: art. 7.2, Reglamento de Roma II, Lugar del hecho dañoso, Acciones colectivas.

Abstract: The following pages analyze the issues of private international law that have emerged from tort claims against automobile manufacturers in the ‘dieselgate’ scandal. This matter continues to be at the forefront of legal discourse following the European Court of Justice’s affirmation that the *software* utilized by Volkswagen and other carmakers was unlawful, facilitating the filing of new lawsuits. Both for the purposes of international jurisdiction and applicable law, it can be considered that the damage occurs in the place where the vehicle is purchased or where it is delivered to the buyer, if this does not coincide with the place of contract celebration. In collective actions, it would be advisable to establish a more appropriate criterion that avoids the fragmentation of international jurisdiction and applicable law.

Keywords: Dieselgate, International Jurisdiction, Law applicable, Tort liability, Brussels I Regulation Recast: article 7.2, Rome II Regulation, Place of the harmful event, Collective action.

Sumario: I. Introducción. 1. Estado actual de la cuestión. 2. Breve panorámica de la reparación de los daños en el mundo. II. La determinación de la competencia judicial internacional. 1. El Reglamento 1215/2012: foros aplicables. 2. El foro del lugar del hecho dañoso. 3. Particularidades de la competencia judicial internacional en las acciones colectivas. III. Los aspectos de ley aplicable. IV. Una visión prospectiva del caso. 1. ¿Son previsibles nuevas demandas judiciales? 2. ¿Qué enseñanzas se extraen del asunto “dieselgate”? la perspectiva de la reparación colectiva de los daños.

I. Introducción

1. El conocido como el escándalo de las emisiones contaminantes de los motores diésel (el famoso “dieselgate”) es seguramente es uno de los asuntos que mayor litigiosidad ha generado en todo el planeta en lo que va de siglo. El caso ha suscitado un gran interés en la doctrina científica de todas las ramas del Derecho, y entre ellas, naturalmente, en el Derecho internacional privado. Dentro de las aportaciones realizadas en esta disciplina, destacan en nuestro país las realizadas por el profesor Alfonso Luis CALVO CARAVACA. Entre los múltiples aspectos que aborda su ingente producción científica se encuentra este asunto, que además se relaciona con varios de los temas en que el profesor ha dejado clara su maestría, como la precisión del lugar del hecho dañoso, el art. 7.2 del Reglamento de Bruselas I bis o la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, incluidas las derivadas de la competencia desleal. No se me ocurre mejor manera de responder al honor que supone para mí participar en el homenaje con motivo de su jubilación que dedicar unas páginas a este caso que, a pesar de los casi diez años transcurridos desde que saltó a los medios de comunicación, dista mucho de haber quedado resuelto y sigue estando de plena actualidad jurídica.

El estudio comenzará por trazar un panorama general de los problemas planteados, con un breve repaso de los elementos del caso y unas pinceladas de cómo se ha afrontado la reparación de las víctimas en los distintos países afectados. A continuación, el grueso del trabajo se centrará en la determinación del tribunal internacionalmente competente y la ley aplicable en las acciones de responsabilidad civil extracontractual por los daños producidos. En ambos casos, se prestará especial atención a las particularidades que plantean las acciones colectivas de resarcimiento de los daños. Se acabará con unas breves reflexiones sobre la previsible evolución del caso en el futuro y sobre las enseñanzas legislativas que ha ofrecido desde la perspectiva de la reparación colectiva de las víctimas.

1. Estado actual de la cuestión

2. Los hechos del asunto, bien conocidos, saltaban a los medios de comunicación en septiembre de 2015. En tal fecha se conocían los resultados de una investigación de la Agencia norteamericana de protección del Medio ambiente (la EPA), que concluía que el fabricante de automóviles Volkswagen estaba defraudando la normativa sobre emisiones contaminantes a través de un programa informático incorporado a los vehículos diésel equipados con motor EA 189¹. El *software*, hoy conocido como el “dispositivo de conmutación o desactivación”, era capaz de detectar cuando el automóvil estaba siendo sometido a un test de emisiones y durante este activaba un “modo 1” que reducía los gases contaminantes, ajustándolos a los límites normativos previstos en el Reglamento (CE) núm. 715/2007²; sin embargo, durante la circulación “normal”, el *software* se desactivaba y pasaba al “modo 0”, en el que el motor producía hasta 40 veces más emisiones de óxido de nitrógeno de las permitidas³. Los vehículos, por tanto, aparentaban cumplir la normativa de emisiones contaminantes, cuando en realidad no era así.

Descubierto el escándalo, en Europa, la KBA – Oficina federal de vehículos de motor encargada en Alemania de la homologación de tipo – ordenó a Volkswagen la retirada del programa. La compañía alemana respondió al requerimiento actualizando el mismo a través de un nuevo *software* basado en un

¹ Un buen resumen de los hechos del caso, entre otros muchos, se encuentra en L. KRÄMER, “The Volkswagen Scandal – Air Pollution and Administrative Inertia”, *Environmental Law Network International*, núm. 2, 2016, pp. 64 ss. Por motivos de coherencia, trato los elementos fácticos y algunos aspectos de Derecho material del asunto de forma similar, aunque no coincidente, con la que reciben en mi artículo “El lugar del hecho dañoso en las acciones derivadas del “dieselgate”: la reciente jurisprudencia del TJUE”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2024, pp. 211-231, centrado en la jurisprudencia del TJUE sobre competencia judicial internacional.

² Reglamento (CE) núm. 715/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor en lo relativo a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos, *DOUE* núm. 171, de 29 de junio de 2007.

³ Dato resaltado por A. POCH, “Dieselgate: la responsabilidad directa del fabricante como consecuencia de la manipulación de la manipulación de las emisiones contaminantes de los motores diésel”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 197, octubre 2020, p. 4.

sistema de recirculación, que purificaba los gases de escape no solo durante las pruebas de control de emisiones, sino también durante la conducción real. Autorizado el nuevo programa por la KBA en junio de 2016, Volkswagen ofreció a los usuarios europeos su instalación gratuita en los vehículos afectados, para que estos volvieran a cumplir con la normativa⁴. Sin embargo, posteriormente se ha descubierto que con este segundo *software* la purificación de los gases solo se realiza de forma totalmente eficiente en una ventana de temperaturas entre 15 y 33 grados y en altitudes inferiores a 1000 metros, contaminando por encima de los límites en el resto de las situaciones.

3. Hoy los dos *softwares* referidos, tanto el original como el actualizado, se consideran dispositivos de desactivación prohibidos por el art. 3.10 del Reglamento 715/2007. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 17 de diciembre de 2020⁵ declara contrario al Derecho de la Unión Europea el primer programa empleado, el llamado “*software* de desactivación o conmutación”, y otras tres Sentencias del TJUE dictadas el 14 de julio de 2022⁶ llegan a la misma conclusión en relación con el *software* actualizado, conocido como “ventana térmica” o “ventana de temperaturas”. Estas últimas decisiones dejan claro que la actualización del *software* por Volkswagen no resolvió el problema, sino que, por el contrario, la reparación ofrecida por la compañía alemana como solución al fraude de las emisiones fue la instalación de un segundo dispositivo ilegal⁷.

4. La cantidad de vehículos perjudicados por el engaño ha sido extraordinaria: al conocerse los hechos, la compañía reconoció que el problema afectaba a unos 11 millones de vehículos vendidos en todo el mundo⁸, pero las implicaciones del escándalo han ido creciendo. Con el tiempo se han descubierto nuevos modelos implicados y se ha ido comprobando que una inmensa mayoría de fabricantes de automóviles, no solo Volkswagen (entre ellos, por ejemplo, Mercedes Benz, Renault, Peugeot, Opel, Volvo, Porsche o Fiat) han utilizado el mismo tipo de programas informáticos, especialmente el de “ventana de temperaturas”.

2. Breve panorámica de la reparación de los daños en el mundo

5. Las consecuencias de los hechos referidos alcanzan a todos los sectores del Derecho, tanto público como privado: Volkswagen ha incumplido la regulación ambiental sobre emisiones, pero su actuación también constituye un fraude que vulnera la normativa sobre prácticas comerciales desleales y sobre protección de los consumidores⁹. Lo anterior acarrea, desde luego, consecuencias administrati-

⁴ La KBA emitió un certificado indicando que, una vez retirado el *software* fraudulento, los vehículos cumplirían con la Directiva 2007/46/CE. Vid. J. VACAS LARRAZ, “Dieselgate: respuesta jurisdiccional”, *Jueces para la democracia*, núm. 92, 2018, pp. 50

⁵ STJUE de 17 de diciembre de 2020, *CLCV*, as. C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040.

⁶ STJUE de 14 de Julio de 2022, *GSM Invest*, as. C-128/20, ECLI:EU:C:2022:570; STJUE de 14 de Julio de 2022, *Volkswagen*, as. C-134/20, ECLI:EU:C:2022:571; y STJUE de 14 de Julio de 2022, *Porsche Inter Auto*, as. C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572. Vid. sobre las mismas, en la doctrina española, A.M. RODRÍGUEZ GUTIÁN, “El Dieselgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 76, Núm. 2, 2023, pp. 729-792

⁷ Vid. C. VILLACORTA, “The Dieselgate before Spanish Courts”, *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 3, 2023, pp. 131

⁸ Vid. el dato en el documento del Tribunal de Cuentas Europeo, “Respuesta de la UE al escándalo “dieselgate”, pp. 13 y ss., disponible *online* en

https://www.eca.europa.eu/lists/ecadocuments/brp_vehicle_emissions/brp_vehicle_emissions_es.pdf

⁹ La Consumer Protection Cooperation (CPC) Network (red que incluye las autoridades nacionales encargadas de aplicar las normas europeas de protección de los consumidores en la UE y el Espacio Económico Europeo), emitió una declaración después de la STJUE de 17 de diciembre de 2020, concluyendo que las prácticas comerciales desleales de Volkswagen infringían la legislación en materia de protección de los consumidores, y pidiendo a la empresa que buscara soluciones adecuadas, a fin de evitar años de litigios adicionales (vid. “Declaration of the Consumer Protection Cooperation (CPC) Network on the use of defeat device software by the Volkswagen Aktiengesellschaft (VW)”, de 13 de julio de 2021, Ref. Ares (2021) 4541653, disponible *online* en https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/declaration_of_the_cpc_network_on_vw_-_final.docx.pdf, p. 1)

vas¹⁰ y penales¹¹, pero también hace necesaria la reparación de las víctimas. La actuación del fabricante de automóviles ha causado un perjuicio a los millones de consumidores que adquirieron los vehículos sin sospechar su “trucaje”. Estos no solo han sufrido daños morales, sino también económicos, desde el momento en que la revelación de los hechos se tradujo en la inmediata pérdida de valor de los vehículos afectados. La compensación de las víctimas, además, ha adquirido una dimensión global, ya que el caso afecta a todos los países en que la multinacional alemana opera. Esto se ha traducido, en primer lugar, en un aluvión de demandas de indemnización en los distintos países en que se han adquirido vehículos y se han sufrido daños; en segundo término, en la necesidad de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable al litigio en muchas de las demandas interpuestas.

6. Antes de entrar en el análisis detallado de las cuestiones de Derecho internacional privado planteadas, se quieren hacer algunas reflexiones acerca de las grandes diferencias que han existido en la compensación de las víctimas en los distintos países. En algunos, los menos, se han alcanzado acuerdos entre la compañía y los usuarios; sin embargo, en la mayoría de los Estados, ha sido necesario recurrir a procedimientos judiciales, tanto individuales como colectivos, que han arrojado, a su vez resultados muy variados. La consecuencia ha sido un trato muy desigual para los usuarios de los distintos mercados. El consorcio alemán lleva desde 2015 desembolsando millones en forma de multas y compensaciones, pero el dinero no ha llegado a todos los países por igual.

7. La compañía solo ha aceptado llegar a un acuerdo para la indemnización voluntaria de los daños en unos pocos países, entre ellos, Reino Unido¹², Canadá¹³, Australia¹⁴, Alemania¹⁵, Italia¹⁶ o Estados Unidos. Las indemnizaciones más generosas han sido seguramente las acordadas en este último país, donde Volkswagen ha tenido que satisfacer cantidades por encima de los 20.000.000.000\$ entre multas civiles, compensaciones a los particulares, daños punitivos, etc.¹⁷. Frente a lo anterior, en la mayor parte de los países europeos, a falta de un acuerdo para la indemnización voluntaria de los afectados, la vía judicial ha concluido con decisiones cuyos resultados han sido muchas veces decepcionantes para las víctimas. Esta diferencia en el trato otorgado a los consumidores europeos y los de los países beneficiados por los acuer-

¹⁰ Vid. sobre el procedimiento administrativo abierto en Italia contra Volkswagen Group Italia S.p.A y Volkswagen A.G., A. MIRANDA ANGUIA, “Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: A propósito del blanqueo ecológico o greenwashing”, *Cuadernos de derecho Transnacional* (marzo 2024), Vol. 16, núm. 1, pp. 454-55

¹¹ En Alemania, los hechos han dado lugar a un importante juicio penal contra los responsables de la compañía, aunque por el momento, ningún dirigente de la empresa ha ingresado en prisión. El proceso contra Martin Winterkorn, CEO de la compañía en el momento de estallar el escándalo no se ha celebrado hasta ahora, debido a los problemas de salud del acusado, pero se va a reanudar a partir de septiembre de 2024 (<https://www.europapress.es/motor/sector-00644/noticia-juicio-penal-contra-ex-director-ejecutivo-volkswagen-dieselgate-arrancara-septiembre-20240530183959.html>). Ha sido ya juzgado por fraude Rupert Stadler, presidente ejecutivo de AUDI, perteneciente al mismo grupo automovilístico, al que se ha condenado a una multa de más de un millón de euros y a un año y nueve meses de libertad condicional. Stadler reconoció haber organizado junto a dos ingenieros la instalación del *software* para manipular las emisiones (<https://www.motorpasion.com/industria/compensacion-a-afectados-dieselgate-espana-sigue-siendo-humo-justicia-da-razon-a-volkswagen>).

¹² En este país Volkswagen se comprometió en 2022 al pago de 193 millones de libras a los afectados (<https://es.marketscreener.com/noticias/ultimas/Volkswagen-en-un-acuerdo-de-242-millones-de-d-lares-en-el-Reino-Unido-por-el-dieselgate-40543078/>)

¹³ Vid. D.R. HENSLER y otros, *The Globalization of Mass Civil Litigation. Lessons from the Volkswagen “Clean Diesel” Case*, RAND Corporation, 2021, https://www.rand.org/pubs/research_reports/RRA917-1.html, pp. 35-38.

¹⁴ Sent. del Tribunal Federal de Australia de 13 de mayo de 2020 aprobando el acuerdo: [https://clarety-mbl.s3.amazonaws.com/userimages/Cantor%20v%20Audi%20Australia%20Pty%20Ltd%20\(No%205\)%20\[2020\]%20FCA%20637.pdf](https://clarety-mbl.s3.amazonaws.com/userimages/Cantor%20v%20Audi%20Australia%20Pty%20Ltd%20(No%205)%20[2020]%20FCA%20637.pdf). Vid. R. RUIZ RODRÍGUEZ, “A Volkswagen le gusta la gasolina: las implicaciones internacionales del escándalo Dieselgate”, publicado el 17 de febrero de 2021 en *Lucentinus. Un Blog de GIPLAW (UA)*, <https://www.lvcentinvs.es/2021/02/17/a-volkswagen-le-gusta-la-gasolina-las-implicaciones-internacionales-del-escandalo-dieselgate/>

¹⁵ En Alemania se ha cerrado un acuerdo promovido por la Federación de Organizaciones de Consumidores Alemanes, con indemnizaciones que oscilan entre los 1.350 y los 6.257 euros, según el modelo y año de fabricación del vehículo. Vid. A. POCH, “Dieselgate: la responsabilidad directa...”, *cit.*, p. 12.

¹⁶ País en que la asociación Altroconsumo ha alcanzado un acuerdo indemnizatorio con Volkswagen. Vid. <https://www.altroconsumo.it/auto-e-moto/automobili/news/accordo-altroconsumo-volkswagen>

¹⁷ Vid. sobre el proceso G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, “El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva”, *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 31-35.

dos no es fácil de defender¹⁸. No es de recibo, desde luego, la afirmación de Volkswagen de que no están justificadas las indemnizaciones voluntarias a los consumidores europeos que no residen en Alemania¹⁹

8. Por otro lado, cuando la reparación de los daños ha dependido de las decisiones judiciales, a su vez, los resultados han sido desiguales según el tipo de demanda interpuesta. Se han empleado tanto la vía contractual como la extracontractual, pero ninguna de las dos ha sido sencilla ni ha tenido garantías de éxito.

Las demandas contractuales, en principio, buscan la terminación o anulación del contrato de compraventa o la obtención de una indemnización por los daños contractuales sufridos. Se dirigen contra el concesionario vendedor, que suele estar domiciliado en el mismo país que el adquirente, por lo que estas acciones sortean el elemento internacional; su inconveniente, sin embargo, es que los concesionarios no han sido partícipes del “trucaje” del *software* y se complica hacerles responsables de los daños sufridos²⁰.

La vía extracontractual evita el último problema, ya que parece claro que existe una responsabilidad indemnizatoria directa de Volkswagen conforme a las reglas de la responsabilidad delictual²¹. En el marco de esta, se han emprendido tanto acciones basadas en las normas generales de responsabilidad como en las reglas que regulan la competencia desleal, pues la manipulación del *software* por la compañía se considera una práctica comercial desleal²². Pese a lo que pudiera parecer en un primer momento, la vía de la responsabilidad por productos no ha resultado adecuada en el ámbito europeo, puesto que la normativa europea armonizada sobre esta materia regula los daños materiales causados *por* el producto, pero no *en* el producto en sí²³.

¹⁸ En España, la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) reprocha el diferente trato de Volkswagen en los distintos países en los siguientes términos: “Mientras indemniza a los consumidores americanos, o llega a acuerdos en Australia, Alemania e Italia, mantiene una actitud muy diferente en otros países como España, Bélgica o Portugal, donde obliga a miles de consumidores a acudir a los tribunales. Una actitud que se ha visto favorecida por la inmovilidad absoluta de las diferentes administraciones en España, que no han sancionado a la empresa, a pesar de que esta ha reconocido de forma abierta la manipulación de las emisiones y el engaño a millones de consumidores” (<https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2024/vwindem21052024>).

¹⁹ Como se ha indicado *supra* nota a pie 9, la Declaración de la CPC Network de 13 de julio de 2021 pedía a la empresa que buscara soluciones adecuadas, a fin de evitar años de litigios adicionales. Sin embargo, Volkswagen respondió que no están justificadas las indemnizaciones voluntarias a los consumidores europeos que no residen en Alemania, al cumplir los vehículos con los requisitos legales. *Vid.* https://commission.europa.eu/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection-coordinated-actions/dieselgate_es

²⁰ En España, para solucionar este problema, las pioneras STS de 11 de marzo de 2020, ECLI: ES:TS:2020:735 y STS de 23 de julio de 2021, ECLI: ES:TS:2021:3068, reinterpretando el principio de relatividad del contrato admiten la legitimación pasiva de fabricante y distribuidor en demandas contractuales y permiten una acción contractual basada en el incumplimiento contra estos dos sujetos, pese a su falta de vinculación contractual con los afectados. Para llegar a esta conclusión el TS considera que en la realidad social actual no se pueden separar los distintos contratos conexos entre sí que vinculan a fabricante, importador/distribuidor, concesionario y consumidor, sino que hay que tener en cuenta la operación jurídica unitaria de distribución del automóvil desde su fabricación hasta la entrega al comprador final. *Vid.* A. JUÁREZ TORREJÓN, “La responsabilidad directa del productor ante el consumidor. Dieselgate (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 2020, pp. 3177.

²¹ *Ibid.*, pp. 3173.

²² Esta ha sido la vía seguida en España por la demanda colectiva interpuesta por la OCU, con resultados positivos en primera instancia. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 25 de enero de 2021, *OCU c. Volkswagen Group España Distribución S.A.*, ECLI:ES:JMM:2021:4, condena a VAESA, distribuidora en España del grupo Volkswagen, al pago de una indemnización homogénea de 3000 euros en favor de algo más de 5.400 afectados, considerando que la actuación de la demandada vulnera los arts. 4 y 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, *BOE* núm. 10, de 11 de enero de 1991. Tras ser recurrida esta decisión por el grupo Volkswagen, la misma ha sido anulada por la Sent. Audiencia Provincial de Madrid de 22 de junio de 2023, núm. 463/2023, ECLI:ES:APM:2023:10297, por falta de competencia territorial de los tribunales de Madrid, al tener el demandado domicilio en El Prat de Llobregat (Barcelona). La demanda se ha vuelto a interponer ante los Juzgados de lo mercantil de Barcelona, donde se celebrará la vista oral en octubre de 2024 (*vid.* <https://www.ocu.org/coches/coches/noticias/audiencia-previa-vw>)

²³ La Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *DOCE* núm. 210, de 7 de agosto de 1985 indica que en caso de daños materiales, la normativa se aplica cuando el daño se causa a una cosa “que no sea el propio producto defectuoso” (art. 9.b) Esta regla no se ha visto afectada por la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, *DOCE* núm. 141, de 4 de junio de 1999, por la que se modifica la anterior. Tampoco cambia las cosas la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad

II. La determinación de la competencia judicial internacional

1. El Reglamento 1215/2012: foros aplicables

9. Las demandas extracontractuales adquieren carácter internacional cuando se dirigen contra un fabricante domiciliado en un país diferente que el adquirente del vehículo. En este caso, resulta necesario determinar tanto el tribunal internacionalmente competente como la ley aplicable al fondo del litigio²⁴.

En la Unión Europea, el texto legal aplicable para determinar la competencia judicial internacional es el Reglamento Bruselas I bis (en adelante, RBI bis)²⁵, ya que la compañía alemana Volkswagen AG, responsable de la manipulación del *software*, está domiciliada en un Estado miembro del Reglamento. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la relación entre el comprador y el fabricante del vehículo es de carácter extracontractual al no existir un compromiso libremente asumido entre las partes. Como ha establecido el Tribunal de Justicia en el asunto *Handte*, no es aplicable el foro contractual “al litigio entre el subadquirente de una cosa y el fabricante, que no es el vendedor, por defectos de la cosa o por no ser esta adecuada para el uso al que está destinada”, ni siquiera en el contexto de una cadena de contratos²⁶. Por tanto, a pesar de la relación que existe en el sector automovilístico entre adquirente, concesionario, distribuidor y fabricante²⁷, en el contexto del RBI bis, la acción del comprador contra el fabricante por vicios de la cosa vendida solo puede considerarse de carácter extracontractual.

10. Aunque los adquirentes de los vehículos afectados por el “dieselgate” tengan la consideración de consumidores, no pueden beneficiarse de los foros de protección previstos en la sección 4ª del Capítulo II del RBI bis, ya que estos requieren la celebración de un contrato – algo que quizás habría que reconsiderar en una futura reforma del Reglamento²⁸ –. Las opciones para las víctimas del caso son la interposición de las demandas extracontractuales bien ante los órganos jurisdiccionales del país en que el demandado tiene su domicilio (art. 4) o bien, ante los del “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” (art. 7.2).

Además, si se reclama una responsabilidad civil derivada de delito, el tribunal que está juzgando el proceso penal tiene competencia para la acción de daños y perjuicios “en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil” (art. 7.3). Este precepto justifica la competencia de los tribunales (penales) españoles en relación con las posibles acciones de daños interpuestas por los afectados constituidos como parte civil en un proceso criminal iniciado contra Volkswagen en nuestro país. Sin embargo, esta vía hoy está cerrada en España. En un primer momento,

por los daños causados por productos defectuosos [COM(2022) 495 final – 2022/0302 (COD)], cuyo art. 6 expresa con claridad que se siguen exceptuando los daños causados en el propio producto defectuoso. En la misma línea, desde el punto de vista de la ley aplicable, *vid.* el art. 2.b) del Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, *BOE* núm. 21, de 25 de enero de 1989, según el cual “se excluirán el daño al producto en sí y la consiguiente pérdida económica a menos que vayan unidos a otros daños”

²⁴ En nuestro país, evitando la puesta en marcha del Derecho internacional privado, buena parte de las demandas se han dirigido contra la filial española de Volkswagen, encargada de la importación y distribución de los vehículos: por ejemplo, la antes referida demanda colectiva iniciada por la OCU y dirigida contra VAESA. *Vid. supra* nota a pie 22.

²⁵ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, *DOUE* L 351, de 20 de diciembre de 2012

²⁶ *Vid.* STJCE de 17 de junio de 1992, as. C-26/91, *Handte*, ECLI:EU:C:1992:268. En este supuesto se reclamaba una compensación por el perjuicio ocasionado por no ser adecuadas al uso al que estaban destinadas y no atenerse a la normativa sobre higiene y seguridad en el trabajo, unas máquinas en que se había instalado un sistema de aspirado fabricado por Handte Alemania, pero vendido e instalado por Handte Francia.

²⁷ Como antes se indicaba, esta relación ha sido tenida en cuenta por el Tribunal Supremo español como motivo para admitir la legitimación pasiva de distribuidor y fabricante en las demandas contractuales planteadas por el comprador: *vid.* las STS de 11 de marzo de 2020 y 23 de julio de 2021, *supra*, nota a pie 20.

²⁸ El grupo de trabajo sobre la reforma del RBI bis de la Asociación Europea de Derecho internacional privado (EAPIL) ha propuesto la extensión de los arts. 17-19 RBI bis a todas las actividades comerciales dirigidas por las empresas al Estado del domicilio del consumidor, incluyendo las que resulten en responsabilidad extracontractual. *Vid.* B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS y N. ELSNER, “The reform of the Brussels I bis Regulation – Academic Position Paper (May 22, 2024)”, disponible *online* en <https://ssrn.com/abstract=4853421>, p. 35

tras el descubrimiento del fraude automovilístico, la Audiencia Nacional inició una investigación penal contra Volkswagen AG y contra su distribuidora, pero pasado un tiempo se remitieron las actuaciones a Alemania, obligando a las víctimas españolas a optar por otras fórmulas de reclamación de los daños²⁹.

2. El foro del lugar del hecho dañoso

11. El art. 7.2 RBI bis atribuye competencia judicial internacional en materia delictual o cuasi-delictual a los tribunales del “lugar del hecho dañoso”. Este foro genera dificultades de precisión en este caso, puesto que nos encontramos ante un “ilícito a distancia”: su origen se localiza en Alemania, donde se tomó la decisión de manipular el *software*, pero las consecuencias de la actuación se han dejado sentir en todos los países donde los afectados han adquirido los vehículos trucados. Para determinar en qué país debe considerarse producido el hecho dañoso a efectos del precepto, el punto de partida es la regla de la ubicuidad establecida por la ya clásica STJCE de 30 de noviembre de 1976 en el asunto *Bier/Mines de Potasse d’Alsace*³⁰, que permite al demandante litigar, a su elección, ante los órganos jurisdiccionales del lugar donde se ha producido el daño o ante los del lugar del acto causal. La cuestión es, a continuación, cómo se determinan cada uno de estos dos lugares.

12. Las STJUE de 9 de julio de 2020 en el caso *VKI*³¹ y de 22 de febrero de 2024 en el asunto *FCA Italy*³² establecen cuál es el lugar del daño en las demandas interpuestas con ocasión del “diesel-gate”. En ninguno de los dos casos se discute el lugar del evento generador. Por el contrario, en *VKI* el Tribunal de Justicia da por hecho que el evento causal “se encuentra en el Estado miembro en cuyo territorio los vehículos automóviles en cuestión fueron equipados con un *software* que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape, a saber en Alemania”³³. No se pueden descartar, sin embargo, casos en que la determinación del acto causal genere dificultades. La afirmación del TJUE resulta acertada en relación con el *software* de desactivación, pero puede suscitar dudas si se reclaman los daños causados por la instalación del *software* actualizado. Mientras que la utilización de este fue decidida (y aprobada por la KBA) en Alemania, la revisión física de los vehículos se llevó a cabo en cada uno de los Estados europeos de adquisición de los vehículos. En este caso, si se opta por considerar como responsable también al instalador del *software* o al distribuidor o importador que llamó a los vehículos

²⁹ Pese a las protestas de las víctimas, la STC 1/2023 de 6 de febrero de 2023, recurso de amparo 2479-2019, ECLI:ES:TC:2023:1, BOE de 13 de marzo de 2023, confirma que fue correcto el envío de las actuaciones a Alemania, para evitar conculcar el principio *non bis in idem*. El traslado de las diligencias se notificó en 2022 a las víctimas a través de un “Anuncio de la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, por el que se notifica el Auto de 4 de marzo de 2022 del Juzgado Central de Instrucción nº 002 Audiencia Nacional. Diligencias Previas. Proc. Abreviado 0000091/2015-C. Transmisión de la causa penal a las autoridades judiciales de Alemania”, publicado en el BOE núm. 153, de 27 de junio de 2022. En el anuncio en cuestión “se pone en conocimiento de los titulares de los vehículos afectados en España que podrán ejercer sus acciones penales mediante su personación en el proceso penal tramitado en Alemania o, en su caso, las acciones civiles que estimen oportunas en nuestro país”.

³⁰ STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Bier BV contra Mines de potasse d’Alsace SA*, as. 21/76, ECLI:EU:C:1976:166. Vid. el completo estudio sobre los ilícitos a distancia, con un exhaustivo repaso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde esta Sentencia hasta el asunto *Volkswagen*, de los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso *Minas de Potasa de Alsacia* (1976) al caso *Volkswagen* (2020)”, en J. ATAZ LÓPEZ y J.A. COBACHO GÓMEZ (Coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Aranzadi, 2021, pp. 987-1022.

³¹ STJUE de 9 de julio de 2020, *Verein für Konsumenteninformation y Volkswagen*, as. C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534. En ese caso, se trataba de determinar el lugar del hecho dañoso en el procedimiento colectivo iniciado ante los tribunales austriacos contra Volkswagen AG por la asociación austriaca *Verein für Konsumenteninformation (VKI)*, en representación de 574 consumidores que habían adquirido en Austria vehículos manipulados con el *software* original de conmutación.

³² STJUE de 22 de febrero de 2024, *MA y FCA Italy*, as. C-81/23, ECLI:EU:C:2024:165. Esta fue dictada al hilo de una demanda a título individual dirigida contra FCA Italy SpA, otro de los fabricantes acusados de vender vehículos equipados con un *software* ilegal. La demanda había sido interpuesta por un residente austriaco, que había adquirido una autocaravana equipada con el *software* de “ventana de temperaturas” en un concesionario alemán, pero el vehículo le había sido entregado en un almacén del vendedor situado en Salzburgo (Austria).

³³ STJUE *VKI*, apartado 24.

a revisión, hay que tener en cuenta que, según el TJUE, en caso de pluralidad de autores, cuando solo se demanda a uno de ellos, no se puede hacer ante el órgano jurisdiccional de un Estado en el que no actuó³⁴

13. La cuestión clave es, en todo caso, la determinación del lugar del daño. En el caso *VKI*, el Tribunal de Justicia considera que este se produce en el país de adquisición del vehículo. La posterior Sentencia en el asunto *FCA Italy* aclara que el daño se entiende producido en el lugar de entrega al comprador en el supuesto de que este no coincida con el lugar de celebración del contrato de compraventa.

Para localizar el *locus damni*, la Sentencia *VKI* parte de la premisa de que el daño sufrido por los adquirentes es de carácter inicial, directo y material. Pocas dudas plantean las dos primeras notas: el daño es inicial, pues se materializa en el momento de la adquisición y no existe antes de esta, y también es directo, ya que resulta claro que no se trata de una consecuencia indirecta del daño sufrido por otra persona³⁵. Más difícil resulta determinar si el perjuicio producido es de carácter material o patrimonial³⁶. En *VKI*, la indemnización solicitada por la Asociación de consumidores reclamante se basaba en la pérdida de valor de los vehículos, estimada a partir de la diferencia entre el precio efectivamente pagado por el adquirente y su valor real, que según *VKI* era un 30% inferior debido a la instalación del *software* ilegal. En este contexto, para el TJUE existe un daño material al vehículo, que se materializa en el momento y lugar de compra del mismo, mientras que para el Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, el mismo daño es de carácter patrimonial³⁷. Según el Tribunal, se trata de un vicio del que adolece un bien material como el vehículo, que no se transforma en patrimonial por expresarse en euros la pretensión de indemnización³⁸. Por su parte, el Abogado General tiene en cuenta que se está reclamando una cantidad asociada a la pérdida de valor del automóvil y entiende que la existencia del vehículo, como objeto material, no impide calificar la lesión como patrimonial: los afectados no tienen *menos* vehículo, sino un vehículo con menos valor, esto es, un patrimonio menor³⁹.

14. La consideración del daño como material o patrimonial es relevante a la hora de determinar la competencia judicial internacional ya que solamente si el daño es patrimonial es aplicable la compleja jurisprudencia del TJUE sobre el lugar donde este se padece⁴⁰. Como regla, el Tribunal de Justicia exige, para atribuir competencia judicial internacional al tribunal del lugar donde se sufre el daño patrimonial que la misma también se justifique por otras “circunstancias particulares” del caso⁴¹. La valoración de

³⁴ Sentencia de 16 de mayo de 2013, *Melzer*, as. C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305, apartado 40. Esta, dictada a propósito del art. 5.3 del Reglamento 44/01, indica que este “debe interpretarse en el sentido de que no permite determinar en virtud del lugar del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño, que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce”. En la misma línea, *vid.* STJUE de 3 de abril de 2014, *Hi Hotel*, as. C-387/12, ECLI:EU:C:2014:215, apartado 31.

³⁵ STJUE *VKI*, apartados 30 y 31.

³⁶ En los comentarios de la Sentencia, se encuentran tanto opiniones a favor de considerar el daño de carácter financiero (*vid.* J. LEE, “Pop goes the diesel! A Case Comment on Case C-343/19 *Verein für Konsumenteninformation v Volkswagen AG*”, *IALS Student Law Review*, vol. 8, 2021-2, p. 41), como otras a favor de la interpretación y el razonamiento del TJUE (*vid.* T. MARZAL, “Le *forum delicti* à l’épreuve du Dieseldate”, *Revue critique de droit international privé*, 2021, núm. 4, pp. 881-882).

³⁷ Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 2 de abril de 2020, as. C-343/19, *VKI*, ECLI:EU:C:2020:253, apartados 35-41.

³⁸ STJUE *VKI*, apartados 33-34.

³⁹ Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, apartado 37 y 38.

⁴⁰ Jurisprudencia producida a partir de la dificultad que plantea la determinación de este lugar: como bien expresa el profesor A. L. CALVO CARAVACA, es complicado localizar una pérdida patrimonial en un concreto “punto del espacio”, o en un específico “lugar del planeta” (*vid.* “Los contratos de consumo en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, R. ARENAS GARCÍA, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, S.A. SÁNCHEZ LORENZO, G. STAMPA, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters, 2020, pp. 165-178, pp. 171).

⁴¹ Después de haber admitido en el asunto *Kolassa* la interposición de una demanda ante los tribunales del domicilio de demandante a título de lugar del daño “cuando el daño alegado se materializa directamente en una cuenta bancaria que el demandante tiene en un banco establecido en el territorio de estos tribunales” (STJUE de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, as. C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37), el Tribunal ha matizado esta afirmación y ha señalado que no puede extrapolarse a casos en que las condiciones son diferentes, llegando a la conclusión de que para atribuir competencia al tribunal del daño patrimonial es necesario que esta también se justifique por las demás “circunstancias particulares” del caso. De esta forma, en el asunto *Universal Music*, el Tribunal aclara que un daño meramente económico solo puede calificarse de punto de conexión pertinente en el supuesto de

este conjunto de circunstancias, sin embargo, no es necesaria si el daño es material. Pese a esto último, en el caso *VKI*, el TJUE lleva a cabo un análisis tan detallado sobre la pertinencia del criterio del lugar de adquisición, que se ha señalado que no se aleja tanto del efectuado por el Abogado General a partir de las “circunstancias” del caso⁴².

15. La Sentencia *VKI* deja abierta la cuestión de a qué se refiere exactamente con lugar de adquisición del producto⁴³. Esto se resuelve en el asunto *FCA Italy* a partir de una interpretación autónoma del art. 7.2 RBI bis, desligada del significado del concepto “adquisición del producto” en las distintas normativas nacionales⁴⁴. Según el Tribunal de Justicia, si el lugar de entrega del vehículo se desliga de aquel de celebración del contrato, el daño se considera sufrido en el primer lugar. Cabe aventurar que si se hubiera optado en *VKI* por la calificación del daño como patrimonial, la decisión hubiera sido seguramente distinta en *FCA Italy*, por la mayor importancia que hubiera alcanzado el elemento de pérdida financiera, más relacionado con el pago que con la entrega del vehículo⁴⁵.

16. Las dos decisiones analizadas del TJUE resultan perfectamente adecuadas para determinar la competencia judicial internacional en acciones de carácter individual derivadas del “dieselgate”. Ninguna de las dos tiene en cuenta en el razonamiento el principio de *favor laesi*, excluido por el Tribunal de Justicia desde la Sentencia *Bier* de la interpretación del precepto⁴⁶, pero ambas favorecen los intereses de las víctimas⁴⁷ permitiéndoles interponer la demanda ante un tribunal que previsiblemente coincidirá con el de su domicilio. El resultado es que queda abierta para los compradores la posibilidad de interponer su demanda ante los tribunales de cualquier país europeo donde hayan adquirido (o se les haya entregado) un vehículo afectado por uno de los *softwares* ilegales.

3. Particularidades de la competencia judicial internacional en las acciones colectivas.

17. Sin embargo, la determinación de la competencia judicial internacional en el asunto “dieselgate” se puede complicar en los casos en que las reclamaciones se articulan a través de una acción de carácter colectivo. Esta ha sido la vía seguida en muchos países europeos para solicitar la compensación

que “las demás circunstancias particulares del asunto” contribuyan también a atribuir competencia a este tribunal (STJUE de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, apartados 37 y 39); igualmente, en el asunto *Löber*, el TJUE considera que la atribución de competencia a los tribunales del domicilio del inversor que alega un perjuicio económico que se produce directamente en su cuenta bancaria requiere la concurrencia de “las restantes circunstancias particulares de tal situación” (STJUE de 12 de septiembre de 2018, *Löber*, as C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701). La Sentencia *VEB* sin embargo, matiza esta línea jurisprudencial en un caso de daños sufridos por los inversores en el mercado secundario, haciendo la pieza clave del análisis el país en que la sociedad de inversión está sometida a condiciones legales de publicidad y dejando de lado otras posibles circunstancias (STJUE 12 de mayo de 2021, *Vereniging van Effectenbezitters*, as. C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377)

⁴² Vid. T. MARZAL, “Le *forum delicti* à l’épreuve...”, cit., pp. 885.

⁴³ Como ya había señalado M. LEHMANN, “Remaining Questions About CJEU Judgment in *VKI v Volkswagen*”, publicado el 26 de agosto 2020 en *The EAPIL blog*, disponible online en <https://eapil.org/2020/08/26/remaining-questions-about-cjeu-judgment-in-vki-v-volkswagen/>

⁴⁴ Por lo tanto, no es relevante el sistema que siga cada ordenamiento europeo sobre el momento en que se transmite la propiedad (si se requiere un título válido, si la transmisión se produce con el traslado posesorio, o si son necesarios título y modo). La autoridad remitente en el caso *FCA Italy*, el *Oberster Gerichtshof*, indicaba que en Derecho austriaco, la adquisición de un derecho de propiedad sobre un bien mueble requiere el título y el modo y se produce solamente en el momento y lugar de entrega del bien, pero a continuación descartaba una interpretación “nacional” del precepto, contraria al carácter autónomo del concepto en el Derecho de la Unión (STJUE *FCA Italy*, apartado 15)

⁴⁵ De hecho, en la Sentencia *FCA Italy* el TJUE señala que “en la medida en que el daño reclamado en el presente asunto *no constituye un perjuicio puramente económico* (...) el «lugar donde se [ha] producido el hecho dañoso» (...) *tampoco debe corresponder a aquel en el que haya nacido la obligación de pagar* la diferencia entre el precio que el adquirente perjudicado pagó por el vehículo que presenta un vicio y el valor real de este último” (apartado 38, la cursiva es mía)

⁴⁶ Vid. por todos A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales...”, cit., pp. 1006-1007

⁴⁷ Como pone de relieve T. MARZAL, “Le *forum delicti* à l’épreuve...”, cit., pp. 879.

de los daños producidos⁴⁸, pues en un caso con tantos afectados a nivel nacional e internacional resultan insuficientes las soluciones individuales de reparación de los daños. En un supuesto de estas características, las acciones colectivas son la forma más eficaz de proporcionar una tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la economía procesal, y facilitan la obtención de una respuesta uniforme para todas las víctimas, evitando desigualdades⁴⁹.

18. Sin embargo, frente a esta realidad, los foros previstos en el RBI bis para las demandas individuales no se adaptan bien a los mecanismos colectivos de reparación⁵⁰. El tribunal del lugar del daño (ya sea el del lugar de adquisición o de entrega) solo tiene competencia para juzgar los daños locales⁵¹, así que no se puede concentrar ante uno solo de los tribunales del daño una acción de una Asociación de consumidores en representación de afectados que han adquirido o recibido sus vehículos en varios Estados⁵². Esto ha complicado las demandas interpuestas por Asociaciones neerlandesas como la *Diesel Emissions Justice Foundation* (DEFJ)⁵³, que partiendo de la favorable legislación de Países Bajos sobre reparación colectiva de los daños, han tratado de representar a los consumidores de todo el continente europeo. En efecto, la DEFJ ha interpuesto diferentes acciones colectivas representado a usuarios de toda Europa⁵⁴, pero sobre la base del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en el asunto *VKI*, varias Sentencias del Tribunal de Distrito de Ámsterdam han rechazado la competencia de los tribunales holandeses en relación con los propietarios que no adquirieron el vehículo en Países Bajos⁵⁵.

19. Descartada la posibilidad de entablar ante un único *forum damni* una acción en representación de víctimas de distintos Estados, quedan dos recursos. El primero consiste en interponer la demanda ante un tribunal con competencia universal, esto es, el del domicilio del demandado o el del lugar del evento generador – previsiblemente coincidentes –. Esta opción, sin embargo, aumenta el coste y dificultad procesal de las acciones colectivas para la Asociación, que se ve obligada a litigar ante un tribunal extranjero si pretende hacerlo por la totalidad del daño⁵⁶. Una segunda posibilidad es interponer distintas acciones colectivas circunscritas a los daños locales ante cada uno de los tribunales de los diversos lugares de adquisición o de entrega⁵⁷; pero esta vía también supone el incremento de los costes económicos y procesales de la acción, además de generar el riesgo de un trato desigual para los distintos

⁴⁸ Entre ellos, España (donde la OCU ha interpuesto la demanda colectiva referida *supra* nota a pie 22), Austria (país en que VKI es la responsable de la acción colectiva que originó el as. C-343/19 ante el TJUE) y otros países europeos como Alemania, Italia, Bélgica, Francia, Países Bajos o Polonia, entre otros (*vid.* H. MISIAK, “Dieselgate in the US and in the EU. One scandal, double standard in consumers’ treatment”, *5th International Conference of PhD Students and Young Researchers, Conference Papers*, 27-28 abril 2017, pp. 245-246).

⁴⁹ *Vid.* L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 157. Como indica L. CARBALLO PIÑEIRO, las tres funciones que justifican la introducción de acciones colectivas son el acceso a la justicia, la economía procesal y la prevención de comportamientos ilícitos, *vid.* *Las acciones colectivas y su eficacia*, Coruña, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 21.

⁵⁰ Como señala L. GARCÍA ÁLVAREZ, el régimen del RBI bis no proporciona un mecanismo apto para el planteamiento de demandas colectivas (*vid.* *Daños ambientales transnacionales... cit.*, pp. 223)

⁵¹ Como explican A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, los tribunales del lugar del daño solo tienen competencia para conocer de los perjuicios sufridos en dicho país, a diferencia del tribunal del hecho causal, cuya competencia es universal en relación con todos los daños producidos. *Vid.* “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales...”, *cit.*, pp. 1002-1003.

⁵² *Vid.* al hilo de la Sent. *VKI*, aplicando las soluciones comúnmente utilizadas en caso de daños plurilocalizados, R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Acción colectiva europea y Derecho internacional privado a raíz de la demanda interpuesta en Países Bajos por la *Dieselgate Emissions Justice Foundation*”, *AEDIPr*, t. XXI, 2021, pp. 420.

⁵³ <https://www.emissionsjustice.com/>

⁵⁴ *Vid.* sobre el tema R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Acción colectiva europea...”, *cit.*, pp. 420

⁵⁵ Es el caso de las Sent. del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 30 de marzo de 2022, caso C/13/681190/HA 20-299, ECLI:NL:RBAMS:2022:1541 (*Volkswagen*) y de 22 de julio de 2022, caso C/13/686493 / HA ZA 20-697, ECLI:NL:RBAMS:2022:3586 (*Mercedes Benz*). Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Distrito de Ámsterdam de 30 de marzo de 2022, caso núm. C/13/688861 / HA ZA 20-881, ECLI:NL:RBAMS:2022:1542 (FCA) sí atribuye competencia judicial internacional a los tribunales holandeses en la demanda dirigida contra FCA Países Bajos, FCA Italia y otras sociedades del grupo, a partir del foro de la pluralidad de demandados, al estar radicado en Países Bajos el grupo FCA.

⁵⁶ *Vid.* sobre las desventajas del foro del domicilio del demandado y del lugar del evento generador en este tipo de supuestos, L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños ambientales transnacionales... cit.*, pp. 211-212

⁵⁷ *Vid.* L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas... cit.*, p. 121, a propósito de los distintos tribunales del daño.

afectados. Nos preguntamos si este último inconveniente se podría solucionar sobre la base del art. 30 RBI bis considerando las distintas acciones colectivas locales como “demandas conexas” que pueden generar resoluciones contradictorias si los asuntos son juzgados separadamente; a partir de esta idea, cada uno de los tribunales ante los que se interponga una de las acciones posteriores, podría – de forma discrecional – suspender el procedimiento a la espera del pronunciamiento del primer tribunal (art. 30.1) o incluso inhibirse si se cumplieran las estrictas condiciones establecidas por el art. 30.2 RBI bis⁵⁸.

20. Las dificultades vistas se producen igualmente en el plano de la competencia interna, ya que el foro del art. 7.2 RBI bis también atribuye competencia territorial. De esta forma, si una asociación representa a consumidores que han adquirido o recibido su vehículo en diferentes demarcaciones territoriales a nivel interno, hay que determinar ante qué órgano jurisdiccional nacional se puede interponer la demanda. La probabilidad de una situación de este tipo es alta en demandas derivadas del “dieselgate” y, de hecho, en *VKI* la demanda colectiva entablada por la Asociación incluía a consumidores que habían adquirido automóviles en diferentes lugares en Austria⁵⁹. En este caso, el tema de la competencia territorial interna no llegó ante el Tribunal de Justicia, pero es previsible una pronta respuesta de este sobre el problema, al estar pendiente una cuestión de interpretación prejudicial sobre el mismo mientras se escriben estas líneas⁶⁰.

III. Los aspectos de ley aplicable

21. En las demandas extracontractuales derivadas del “dieselgate”, la determinación de la ley aplicable al caso se realiza en el ámbito europeo utilizando el Reglamento 864/2007, “Roma II”⁶¹ (en adelante, RRII), texto aplicable con carácter universal “a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que comportan un conflicto de leyes” (art. 1).

22. En el supuesto probable de que las partes no hayan acordado la ley aplicable conforme al art. 14 del Reglamento, en principio, la misma se determinará de acuerdo con su art. 4. Según el art. 4.2 se aplicará la ley de la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada; en su defecto, si estas no tienen residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el perjuicio, es aplicable la ley del lugar del daño (art. 4.1). Trasladando la jurisprudencia del TJUE sobre competencia judicial internacional al ámbito de la ley aplicable⁶², hay que entender que el

⁵⁸ Idea sugerida en el estudio encargado por el Parlamento Europeo, AAVV, *Collective redress in the member states of the European Union*, octubre de 2018, disponible online en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2018\)608829](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2018)608829), pp. 103

⁵⁹ *Vid.* V. ANDREEVA ANDREEVA, “Volkswagengate: competencia judicial internacional en caso de daños extracontractuales causados por productos defectuosos”, *La Ley: Unión Europea*, núm. 86, noviembre 2020, pp. 8-9

⁶⁰ El 18 de enero de 2024 el *Rechtbank* de Ámsterdam ha planteado ante el TJUE una cuestión de interpretación prejudicial que incide sobre este problema (as. C-34/24, *Stichting Right to Consumer Justice y Stichting App Stores Claims*). En el caso, dos Asociaciones neerlandesas de defensa de los consumidores solicitan ante el *Rechtbank* de Ámsterdam el resarcimiento de daños supuestamente sufridos en distintas demarcaciones territoriales dentro de Países Bajos por consumidores neerlandeses con domicilio en diferentes lugares del país. El órgano jurisdiccional remitente pregunta al TJUE cómo debe interpretarse el art. 7.2 RBI bis a la hora de establecer la competencia territorial interna y plantea si el Reglamento se opone a la aplicación de una normativa nacional (la WAMCA) que permite la designación de un único órgano jurisdiccional nacional en estos casos. Al ser el demandante una persona jurídica que defiende intereses colectivos, el *Rechtbank* plantea la posibilidad de que el domicilio de esta persona jurídica constituya un criterio de conexión para determinar la competencia para todo el Estado. Hay que recalcar que, hasta ahora, el TJUE ha considerado que el carácter colectivo de una acción en sí mismo, “no es determinante para establecer el lugar en el que se ha producido el hecho dañoso” (STJUE *Vereniging van Effectenbezitters*, apartado 36)

⁶¹ Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *DOUE* de 31 de julio de 2007

⁶² Los conceptos establecidos en los textos legales de competencia judicial internacional y de ley aplicable deben interpretarse de forma coherente en todos ellos. *Vid.* el Considerando 7 del Reglamento de Roma II, según el cual su ámbito de aplicación y sus disposiciones “deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (5) (Bruselas I), y con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

daño se produce en el país de adquisición del vehículo (Sentencia *VKI*), o en el país de entrega de este, si difiere de aquel en que se ha realizado la compraventa (Sentencia *FCA Italy*). Estas reglas se han tenido en cuenta, entre otros casos, por la Sent. del Tribunal de Distrito de Brabante Oriental (Países Bajos), de 5 de octubre de 2023⁶³ que se basa en el art. 4.1 RRII y la jurisprudencia *VKI* para aplicar la ley del lugar de adquisición (la ley holandesa en el caso) en una acción en el marco del “dieselgate”.

El art. 4.1 señala que la ley del daño se aplica “independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”, de forma que no tiene ninguna trascendencia a la hora de establecer la ley aplicable el país donde se ha manipulado el *software* o cualquier otro donde el comprador haya podido sufrir un menoscabo patrimonial resultante de la compraventa. También hay que indicar que la cláusula de escape del art. 4.3 del Reglamento permite aplicar la ley de un país distinto “si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos” con el mismo.

23. Si se cumplen los parámetros necesarios para articular la responsabilidad sobre la base de la normativa de competencia desleal, la legislación rectora no se determinará conforme al art. 4, sino sobre la base del art. 6 RRII, norma pensada para aplicarse no solo a las relaciones horizontales entre competidores, sino también a las verticales entre proveedores y consumidores⁶⁴. En este caso, no se admite que las partes elijan la ley aplicable al caso (art. 6.4), y según el art. 6.1 se aplicará “la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados”. Esta regla, en principio, también conduce a la aplicación de la ley del lugar de adquisición del vehículo (o del lugar de entrega, en su caso): en el asunto *VKI*, el TJUE ha puesto de relieve que un acto de competencia desleal como el perpetrado por Volkswagen puede afectar a los intereses colectivos de los consumidores “en todo Estado miembro en cuyo territorio los consumidores hayan adquirido el producto defectuoso” y que “el lugar donde se produce el daño será el lugar en el que se haya adquirido tal producto”⁶⁵. Como se puede observar, la conexión en favor del lugar de adquisición del vehículo facilita que se aplique la ley del foro a una responsabilidad por daños en el marco de la competencia desleal. El criterio por tanto, tal y como apunta el Tribunal de Justicia en la Sentencia *VKI*, es satisfactorio desde la perspectiva de las relaciones *forum-ius*⁶⁶

24. Igual que sucedía en el ámbito de la competencia judicial internacional, las acciones colectivas se enfrentan a dificultades adicionales a la hora de determinar la ley aplicable. En estas, tanto la ley del lugar del daño del art. 4 del Reglamento de Roma II como la “ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados” de su art. 6 implican un fraccionamiento de la ley aplicable⁶⁷ cuando son varios los lugares de

⁶³ Sent. Tribunal de Distrito de Brabante Oriental de 5 de octubre de 2023, núm. de caso 9569040\CV EXPL 21-5707, ECLI:NL:RBOBR:2023:4892, apartado 5.2 (ley aplicable)

⁶⁴ Vid. A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The Law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, 2008, p. 414

⁶⁵ STJUE, as. *VKI*, apartado 39. Es llamativa la última afirmación del TJUE ya que, como indica P.A. DE MIGUEL ASENSIO, el art. 6 no se refiere de forma directa al lugar del daño, sino al país donde los intereses colectivos de los consumidores puedan resultar afectados (vid. “Demandas contra fabricantes extranjeros de productos con vicios: determinación del lugar de manifestación del daño”, entrada en su Blog, 9 de Julio de 2020, https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/07/demandas-contra-fabricantes-extranjeros_9.html#more). Esto, naturalmente, sin perjuicio de la relación existente entre los arts. 4 y 6 del Reglamento de Roma II, puesta de relieve por su Considerando 21. En cierto sentido, como apuntan A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el criterio del art. 6 RRII “concreta” el *locus delicti commissi* en estos casos: vid. *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, Comares, 2008, p. 159.

⁶⁶ En la Sentencia, el TJUE argumenta en favor de lugar de adquisición su conveniencia desde la perspectiva de las relaciones *forum-ius* sobre la base del art. 6 RRII. Se ha indicado que es un “misterio” el razonamiento del Tribunal a partir de las normas de competencia desleal, ya que de los autos no se deducía que la demanda se basara en las mismas (vid. M. LEHMANN, “Remaining Questions...”, *cit.*, y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas contra fabricantes...”, *cit.*). Sin perjuicio de lo anterior, hay que reconocer la aptitud de las normas de competencia desleal para servir de fundamento a las reclamaciones de las víctimas del “dieselgate”.

⁶⁷ Vid. AAVV, *Collective redress... cit.*, p. 104, a propósito de la aplicación del art. 4 RRII en el caso “dieselgate”.

adquisición o entrega del vehículo. Esto supone una importante traba a la agilidad del proceso y genera el riesgo de trato desigual a los afectados de los distintos Estados⁶⁸, algo que contrasta con el objetivo que persiguen las demandas colectivas de someter la responsabilidad del demandado a similares condiciones en relación con todos los demandantes⁶⁹.

IV. Una visión prospectiva del caso

1. ¿Son previsibles nuevas demandas judiciales?

25. Las páginas anteriores muestran que todavía son muchas las cuestiones a nivel jurídico que plantea el asunto “dieselgate” y que este dista mucho de haber quedado definitivamente resuelto. En este sentido, son especialmente relevantes las tres decisiones del TJUE de 14 de julio de 2022, que dejan claro que la “actualización del *software*” a través del dispositivo de ventana de temperaturas también contraría la normativa europea, y no arregla el problema. Estas abren nuevas opciones a los consumidores afectados para reclamar los daños producidos tanto a Volkswagen como a otros fabricantes que también utilizan este mismo *software* de ventana de temperaturas.

26. A lo anterior, hay que sumar que la STJUE de 21 de marzo de 2023 en el caso *Mercedes Benz*⁷⁰ indica con meridiana claridad que los compradores de los vehículos equipados con un dispositivo de desactivación prohibido tienen derecho a ser indemnizados⁷¹. Según la misma, corresponde a los Estados miembros determinar los criterios de obtención de la indemnización, pero no es admisible una normativa nacional que haga imposible o dificulte en exceso la misma⁷².

Como consecuencia de esta Sentencia, en Alemania se están revisando algunas decisiones judiciales que no habían permitido a los compradores la devolución y recuperación del precio de compra del vehículo. La Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 26 de junio de 2023⁷³, a partir del caso *Mercedes Benz*, ordena el reexamen de algunos de estos casos, y sienta los criterios con base a los cuales deben ser indemnizados los propietarios de los vehículos diésel equipados con un dispositivo de desactivación prohibido⁷⁴. También son previsibles nuevas reclamaciones contra otros fabricantes que han utilizado el

⁶⁸ Como indica R. RUIZ RODRÍGUEZ, que se pregunta también si existe alguna interpretación posible de las normas de conflicto del Reglamento de Roma II que permita evitar la aplicación de hasta 27 leyes diferentes (*vid.* “A Volkswagen le gusta la gasolina...”, *cit.*)

⁶⁹ *Vid.* AAVV, *Collective redress... cit.*, p. 104

⁷⁰ STJUE de 21 de marzo de 2023, as. C-100/21, *Mercedes Benz Group*, ECLI:EU:C:2023:229, dictada a propósito del litigio entre Mercedes Benz y QB, un particular que reclamaba una indemnización por los daños sufridos por haber adquirido un vehículo diésel equipado con el *software* de ventana de temperaturas

⁷¹ STJUE *Mercedes Benz*, apartado 89: “el comprador individual de un vehículo de motor goza, frente al fabricante de ese vehículo, del derecho a que dicho vehículo no esté equipado con un dispositivo de desactivación prohibido”. Según el apartado 91 de la misma Sentencia, “los Estados miembros están obligados a prever que el comprador de un vehículo de motor equipado con un dispositivo de desactivación prohibido (...) goce de un derecho a ser indemnizado por el fabricante de ese vehículo cuando dicho dispositivo ha causado un daño a ese comprador”

⁷² STJUE *Mercedes Benz*, apartado 92: “a falta de disposiciones del Derecho de la Unión que regulen los criterios de obtención de una indemnización por parte de los compradores afectados por la adquisición de tales vehículos, corresponde a cada Estado miembro determinar dichos criterios”, pero “no sería conforme con el principio de efectividad una normativa nacional que hiciese imposible en la práctica o excesivamente difícil la obtención, por parte del comprador de un vehículo de motor, de una indemnización adecuada por los daños que le haya ocasionado el incumplimiento” del fabricante (apartado 93). Si el adquirente reclama la devolución del importe pagado por el vehículo, el TJUE admite la posibilidad de descontar de este una compensación por la ventaja obtenida por su utilización (apartados 94 y 95)

⁷³ Sent. BGH de 26 de junio de 2023, ECLI:DE:BGH:2023:260623UVIAZR335.21.0, que ordena la revisión de las decisiones en los asuntos VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 y VIa ZR 1031/22

⁷⁴ El Tribunal Federal alemán diferencia según el fabricante haya actuado de forma fraudulenta o dolosa, o de manera simplemente negligente. En el primer caso, los compradores pueden devolver el vehículo recuperando el precio de compra, descontando del mismo una compensación por el uso del vehículo. Si la actuación ha sido negligente, el comprador puede obtener una indemnización entre el 5% y el 15% del precio de compra, sin devolver el vehículo.

mismo tipo de *softwares*, y no es descabellado pensar que las mismas se extiendan a los demás Estados en que los afectados por el “dieselgate” no han sido adecuadamente compensados por los daños recibidos.⁷⁵

27. Un elemento más a tener en cuenta es que, también como consecuencia de las decisiones del TJUE de 14 de julio de 2022, los tribunales administrativos alemanes están anulando algunas de las homologaciones de tipo concedidas por la KBA, que habían sido recurridas en su día por la asociación alemana de defensa del medio ambiente *Deutsche Umwelthilfe*⁷⁶. La Sent. del Tribunal Administrativo de Schleswig-Holsteinisches de 20 de febrero de 2023⁷⁷ considera que no hubiera debido concederse la autorización para el uso del *software* de ventana térmica en los Volkswagen Golf TDI con motor EA 189; y, más recientemente, la Sent. del Tribunal Administrativo de Schleswig-Holsteinisches de 17 de enero de 2024⁷⁸ llega a la misma conclusión en relación con 62 tipos de vehículos fabricados por el grupo Volkswagen con motores diésel EA 189 Euro 5. Si estas Sentencias llegan a alcanzar firmeza, va a ser necesario adoptar medidas para evitar que los vehículos diésel afectados circulen ilegalmente por las carreteras europeas⁷⁹, y se puede producir una nueva oleada de demandas judiciales por parte de los propietarios que descubren ahora que su vehículo incorpora un dispositivo de desactivación ilegal. Parte de estos automóviles ya están fuera del tráfico rodado debido a su antigüedad, pero no cabe duda de que estas decisiones pueden ser claves a la hora de valorar el comportamiento de Volkswagen y de establecer compensaciones para las víctimas⁸⁰.

2. ¿Qué enseñanzas se extraen del asunto “dieselgate”? la perspectiva de la reparación colectiva de los daños

28. Por último, hay que llamar la atención sobre las numerosas lecciones que se extraen del caso “dieselgate” desde el punto de vista legislativo, tanto en el ámbito del Derecho público⁸¹ como del Derecho privado. En relación con los aspectos que se han tratado en este estudio, destaca como el asunto ha puesto de manifiesto la necesidad de buscar soluciones eficaces para la reparación de las víctimas de daños masivos⁸². El “dieselgate” está en el origen de la decisión de elaborar la Directiva

⁷⁵ Sin ir más lejos, esto podría suceder en nuestro país, donde las diferentes demandas se han enfrentado a un gran rigor en la aplicación de la normativa procesal y sustantiva, según indica J. VACAS LARRAZ, “Dieselgate: respuesta...”, *cit.*, pp. 49.

⁷⁶ En este proceso se empezó discutiendo la legitimación activa de *Deutsche Umwelthilfe* para interponer el recurso, legitimación confirmada por la STJUE de 8 de noviembre de 2022, *Deutsche Umwelthilfe eV*, as. C-873/19, ECLI:EU:C:2022:857. Siguiendo las STJUE dictadas el 14 de julio de 2022, esta decisión reitera que el *software* de ventana de temperaturas no tiene apoyo legal en el Reglamento 715/2007.

⁷⁷ Sent. Tribunal Administrativo de Schleswig-Holsteinisches de 20 de febrero de 2023, as. 3A 113/18, ECLI:DE:VGSH:2023:0220.3A113.18.00. La Sentencia no es jurídicamente vinculante, ya que tanto la KBA como Volkswagen han interpuesto un recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo Superior de Schleswig-Holstein (OVG) (<https://ru.law/abgasskandal-2024-klage-gegen-kraftfahrt-bundesamt/>)

⁷⁸ Sent. Tribunal Administrativo de Schleswig-Holsteinisches, de 17 de enero de 2024, as. Az. 3 A 332/20, ECLI:DE:VGS H:2024:0117.3A332.20.00. Volkswagen ha anunciado que recurrirá la Sentencia.

⁷⁹ Como indica C. VILLACORTA en relación con la primera de las Sentencias, *vid.* “The Dieselgate before...”, *cit.*, p. 136. La última Sentencia declara de forma explícita que la KBA deberá tomar las medidas necesarias para que los vehículos afectados cumplan con las regulaciones de los Reglamentos europeos.

⁸⁰ De hecho, en nuestro país, parte de las sentencias desestimatorias se han basado en la consideración de que, una vez actualizado el *software* por Volkswagen, los vehículos cumplían con la normativa y estaban autorizados para circular. A partir de esta idea, se ha descartado que existiera un vicio de tal calibre que permitiera la anulación o terminación del contrato (*vid.* J. VACAS LARRAZ, “Dieselgate: respuesta...”, *cit.*, pp. 50-51), argumentación que ha afectado a las acciones de falta de conformidad basadas en la normativa de consumidores (*vid.* C. VILLACORTA, “The Dieselgate before...”, *cit.*, p. 128) y a las demandas de nulidad radical o de resolución del contrato por incumplimiento con fundamento en el Código Civil (*vid.* J. VACAS LARRAZ, “Dieselgate: respuesta...”, *cit.*, pp. 55).

⁸¹ La consecuencia directa del asunto ha sido la reformulación de las pruebas de homologación y de control de emisiones, sustituyéndose el anterior ciclo NEDC que se realizaba básicamente en laboratorio, por el actual WLTP, que refleja mucho mejor las condiciones en carretera. *Vid.* el documento informativo del Tribunal de Cuentas Europeo, “Respuesta de la UE...”, *cit.*, pp. 23 y ss.

⁸² G. MORENO CORDERO llama la atención acerca de cómo el caso “dieselgate” ha dejado patente la heterogeneidad de tratamiento dada en los Estados europeos a la reparación de los daños masivos y las diferencias en relación con el recurso colectivo, *vid.* “La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, Nº 1, 2023, pp. 667.

europea 2020/1828 sobre acciones de representación para los intereses de los consumidores⁸³ y deja claro, además, que no siempre son suficientes los mecanismos para la reparación colectiva de las víctimas circunscritos al plano nacional. En casos como el que nos ocupa, conviene dar un paso más allá de estos y facilitar una reclamación colectiva a nivel transnacional, proporcionando el mismo trato a los consumidores de los distintos Estados.

29. A partir de estas ideas, la Directiva 2020/1828, además de construir un modelo europeo de acciones de representación en que los afectados son representados exclusivamente por las entidades expresamente habilitadas por los Estados para ello (asociaciones de consumidores u otro tipo de entidades), presta atención al posible elemento transnacional de las acciones colectivas, introduciendo varias disposiciones relacionadas con este⁸⁴.

En primer lugar, la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados habiliten entidades para el ejercicio de acciones de representación transfronteriza y asegura su legitimación procesal en otros Estados⁸⁵. En segundo término, este texto parte de la idea de que las entidades habilitadas (tanto las nacionales como las transfronterizas) pueden representar a consumidores domiciliados en varios Estados⁸⁶ – como ya se ha visto que han tratado de hacer en el caso “dieselgate” algunas asociaciones neerlandesas de defensa de los consumidores –. Y por último, en tercer lugar, la Directiva introduce la posibilidad de que una acción de representación se ejerza de forma coordinada en el mismo Estado miembro por entidades habilitadas de diferentes Estados, actuando conjuntamente “de conformidad con las correspondientes normas en materia de competencia judicial internacional”⁸⁷.

30. Hay que lamentar que las interesantes posibilidades abiertas por la Directiva 2020/1828 en relación con las acciones de representación transfronterizas no se hayan acompañado de disposiciones adecuadas de Derecho internacional privado que garanticen su eficacia. Por el contrario, si la situación reviste un elemento de internacionalidad, deberán tenerse en cuenta, dentro de su ámbito de aplicación, las normas del RBI bis y del RRII⁸⁸, con todas las deficiencias apuntadas. Como ya se ha visto, las disposiciones de estos textos legales no se adecuan bien a las acciones de carácter colectivo, ya que sus soluciones están previstas a partir del “uno contra uno”⁸⁹. Deberían establecerse reglas claras y adaptadas

⁸³ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* núm. 409, de 4 de diciembre de 2020. En la propuesta original de la Directiva de 2018, COM/2018/184 final – 2018/0089 (COD) de 11 de abril de 2018, se señala de forma específica que la misma servirá para que las víctimas de prácticas desleales engañosas puedan obtener medidas correctoras colectivamente en un escenario como el “dieselgate”.

⁸⁴ *Vid.* el completo estudio sobre los aspectos nacionales y transfronterizos de las acciones colectivas para la defensa de los consumidores realizado por D. AGULLÓ AGULLÓ, *La acción colectiva en defensa de los consumidores. Aspectos nacionales y transfronterizos*, Barcelona, Atelier, 2023.

⁸⁵ Tales entidades deberán cumplir los criterios establecidos en el art. 4.3, homogenizándose con ello los requisitos que deben revestir las entidades para interponer acciones colectivas transfronterizas. *Vid.* CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., “El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 289. El art. 6.3 de la Directiva asegura el reconocimiento de la legitimación procesal de las entidades en otros Estados, en la línea seguida por el Cdo. 32, según el cual “debe garantizarse el reconocimiento mutuo de la legitimación procesal de las entidades habilitadas designadas para ejercitar acciones de representación transfronterizas”.

⁸⁶ *Vid.* art. 4.2 de la Directiva: “Los Estados miembros velarán por que las entidades, en particular las organizaciones de consumidores, incluidas las organizaciones de consumidores que representen a miembros de más de un Estado miembro, puedan ser designadas como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación nacionales o transfronterizas, o ambas”.

⁸⁷ *Vid.* Considerando 31 de la Directiva

⁸⁸ El art. 2.3 de la Directiva indica que la misma “se entiende sin perjuicio de las normas de la Unión en el ámbito del Derecho internacional privado”, y su Considerando 21 remite expresamente a las normas indicadas: “Los instrumentos legislativos vigentes del Derecho de la Unión deben aplicarse al mecanismo procesal para las acciones de representación que exige la presente Directiva. En particular, el Reglamento (CE) núm. 864/2007, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo deben aplicarse al mecanismo procesal para las acciones de representación que exige la presente Directiva”.

⁸⁹ Como indica el estudio encargado por el Parlamento Europeo, AAVV, *Collective redress...*, *cit.*, p. 98, tanto Bruselas I bis como los Reglamentos de Roma I y II parten de la base de procedimientos entre dos partes opuestas. En los mismos falta una regla jurisdiccional para múltiples demandantes y normas de conflicto que tengan en cuenta las particularidades de las acciones colectivas.

de competencia judicial internacional y de ley aplicable para las acciones transfronterizas, incluyendo los casos de demandas coordinadas⁹⁰, bien a través de la reforma de los textos legales vigentes o bien en un nuevo instrumento separado⁹¹.

31. Para lograr que las acciones de representación transfronteriza de la Directiva funcionen de manera eficaz es necesario, en primer lugar, articular un foro especial de competencia judicial internacional para las mismas, compatible con el foro del domicilio del demandado. Quizás se podría atribuir competencia al tribunal del lugar donde se localiza el interés mayoritario de los consumidores representados⁹² o a cualquier tribunal donde se sufran daños, siempre que guarde una conexión suficiente con el caso y sea razonablemente previsible para el demandado⁹³. Cualquiera de estas soluciones, además de no revertir el principio *actor sequitur forum rei* en cuanto tal, es adecuada desde la perspectiva del principio de proximidad⁹⁴. En segundo lugar, para solucionar los problemas de la determinación de la competencia territorial y facilitar la centralización de los procedimientos internos, quizás una buena solución de *lege ferenda* sería reformar el art. 7.2 RBI bis, excluyendo su aplicación a la competencia territorial interna en caso de reclamaciones en virtud de la Directiva 2020/1828⁹⁵. En tercer lugar, también son precisas soluciones en el ámbito de la ley aplicable, buscando criterios que permitan aplicar una única ley para la totalidad de los daños y que, al tiempo, sean equilibrados desde la perspectiva de las relaciones *forum-ius*. La tarea desde luego no es fácil, pero sí necesaria: hay que asegurar que los avances que ha experimentado la normativa europea de reparación colectiva de los daños desde una perspectiva material se acompañen pronto de las normas adecuadas de Derecho internacional privado que puedan garantizar, en el futuro, la eficiencia de las soluciones previstas.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 106 ss.

⁹¹ En el marco de la competencia judicial internacional, el grupo de trabajo sobre la reforma del RBI bis de la EAPIL considera preferible la regulación en el propio Reglamento que en un instrumento separado, para evitar la complejidad añadida que el último supondría. Solo se considera la adopción de un instrumento diferente para coordinar el RBI bis y la Directiva si la reparación colectiva transfronteriza llega a plantear problemas que trascienden ambos textos. *Vid.* B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS y N. ELSNER, “The reform of the Brussels I bis Regulation...”, *cit.*, p.10.

⁹² En la línea propuesta por R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Acción colectiva europea...”, *cit.*, p. 424.

⁹³ *Vid.* para el caso de daños al medio ambiente, L. GARCÍA ÁLVAREZ, *Daños ambientales transnacionales... cit.*, pp. 217

⁹⁴ A diferencia del foro de la Asociación de consumidores o entidad habilitada. Este, además, incrementa el riesgo de litigación abusiva y de *forum shopping*, por lo que el grupo de trabajo del EAPIL sobre la reforma del RBI bis finalmente no lo propone en su posición actualizada de Mayo de 2024, *vid.* B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS y N. ELSNER, “The reform of the Brussels I bis Regulation...”, *cit.*, p. 12.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 12-13

Demandas estratégicas contra la participación pública en la Unión Europea: la Directiva anti-SLAPP

Strategic lawsuits against public participation in the European Union: The Anti-SLAPP Directive

MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha
ORCID ID: 0000-0002-6275-9333

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024
DOI: 10.20318/cdt.2024.8920

Resumen: La Unión Europea ha dado un paso decisivo frente a las demandas estratégicas contra la participación pública y en la defensa de la libertad de expresión e información, la democracia y el Estado de Derecho con la adopción de la Directiva anti-SLAPP. Cuestión del máximo interés y actualidad, el presente trabajo hace una lectura crítica de las líneas maestras de la Directiva europea y observa algunos aspectos que quedan abiertos. El análisis incide en la evolución de la norma desde la Propuesta de la Comisión a la redacción finalmente acogida: una información esencial para su correcta trasposición y futura interpretación y aplicación.

Palabras clave: DECPP, democracia y Estado de Derecho, Derecho de la Unión Europea, Derecho internacional privado, acceso a la justicia.

Abstract: The European Union has taken an essential step in the fight against strategic lawsuits against public participation and in the defense of freedom of expression and information, democracy and the rule of law with the adoption of the Anti-SLAPP Directive. A highly topical matter of the utmost interest, this paper makes a critical reading of the main lines of the European Directive and points out some aspects that remain open. The analysis pays close attention to the evolution of the European Directive as of its proposal up to its final text: an essential information for its correct transposition and future interpretation and application.

Keywords: SLAPP, democracy and rule of law, European Union Law, Private International Law, access to justice

Sumario: I. Introducción. II. En defensa de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho. 1. De la Propuesta a la Directiva. 2. Objetivos jurídicos. III. Marco general. 1. Disposiciones generales y finales. 2. Especial atención a la noción de “asuntos con repercusiones transfronterizas”. IV. Garantías procesales. 1. Normas comunes, desestimación temprana y medidas correctivas. 2. Especial atención a la protección contra sentencias de terceros países. V. Cuestiones pendientes. 1. Reconocimiento y competencia *ad intra* y el problema del Derecho aplicable. 2. Trasposición. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Conocidas como SLAPP (*strategic lawsuits against public participation*) o DECPP, las demandas estratégicas contra la participación pública son un medio para la consecución de un fin: el ataque frontal al debate público, al derecho a una información veraz, a la libertad de expresión e información, al papel de periodistas, defensores de derechos humanos y ciudadanos en general a investigar, transmitir, saber, sobre los asuntos de interés público desde distintas perspectivas. En el plano procesal son abuso de derecho y desigualdad de armas dado que suelen ser manifestación de un desequilibrio de poder difícil de neutralizar. Además, en una sociedad que se declina en términos de “acceso a la justicia” en todos los órdenes, una demanda estratégica es, precisamente, un ataque frontal al acceso a la justicia. Las SLAPP constituyen el síntoma procesal de un problema de fondo de extraordinario calado: no sólo la violación de derechos fundamentales subjetivos sino también la erosión del Estado de Derecho y la democracia.

Situada la preocupación por el Estado de Derecho y la democracia a la cabeza de la agenda de la Unión Europea, las demandas estratégicas contra la participación pública eran un objetivo inevitable y la labor legislativa ha culminado en la Directiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»)¹. El presente trabajo hace una lectura crítica de las líneas maestras de la Directiva y observa algunos aspectos que quedan abiertos. El análisis presta atención a la evolución seguida por el texto en el proceso legislativo en el entendimiento de que las diferencias con el diseño inicial de la Propuesta de la Comisión y lo que, debatido, ha quedado por el camino, son informaciones esenciales para su correcta trasposición y futura interpretación y aplicación. Se trata de un tema del mayor interés, compromiso y actualidad. El tipo de tema que es un regalo. Por eso lo elegí para esta contribución: en homenaje al Dr. D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca y su extraordinario legado.

II. En defensa de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho

1. De la propuesta a la Directiva

2. La Directiva es una norma para la defensa de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho. Cuando la Unión Europea puso el foco en el problema, ya existía legislación anti-SLAPP en el Derecho comparado y era objeto de atención por otras organizaciones internacionales. Es el caso del Consejo de Europa, que ha adoptado, con días de diferencia respecto de la Directiva, la Recomendación anti-SLAPP². En esta estela, el Plan de Acción para la Democracia Europea impulsó la actuación de la Unión³. El Parlamento concluyó un Informe de propia iniciativa y la **Resolución de 11 de noviembre de 2021**⁴, y la Comisión elaboró una Propuesta de Directiva, presentada el 27 de abril de 2022⁵. Esta Propuesta se complementaba con la Recomendación (UE) 2022/758 de la Comisión de 27 de

¹ DO L, 2024/1069, 16.4.2024 (en adelante, la Directiva). Una síntesis del estado de la cuestión al comienzo del proceso legislativo en el informe encargado por el PE, J. BORG-BARTHET, J. B. LOBINA Y M. ZABROCKA, *The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society*, junio 2021, disponible en [The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society](https://www.europa.eu) (europa.eu); sobre su seguimiento, J. BORG-BARTHET Y F. FARRINGTON, *Open SLAPP Cases in 2022 and 2023. The Incidence of Strategic Lawsuit Against Public Participation, and Regulatory Responses in the European Union Policy*, noviembre 2023. También en J. BAYER, P. BÁRD, L. VOSYLIUTE, N. CH. LUK (AUT.), S. CARRERA (SUP.), *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union. A comparative study*, 30 junio 2021.

² Recommendation CM/Rec(2024)2 of the Committee of Ministers to member States on countering the use of strategic lawsuits against public participation (SLAPPs), de 5 abril 2024, [https://rm.coe.int/0900001680af2805; Draft Recommendation, MSI-SLP\(2022\)07](https://rm.coe.int/0900001680af2805; Draft Recommendation, MSI-SLP(2022)07).

³ COM(2020) 790 final, de 3 diciembre 2020, pp. 16-18, alertada por el Informe sobre el Estado de Derecho 2020.

⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2021, sobre el refuerzo de la democracia y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión: recurso indebido a acciones en el marco del Derecho civil y penal para silenciar a periodistas, ONG y a la sociedad civil [2021/2036(INI)], P9_TA(2021)0451 (en adelante, Resolución PE de 11 de noviembre de 2021).

⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que realizan actos de

abril de 2022 sobre la protección de periodistas y defensores de los derechos humanos que participan en la esfera pública frente a procedimientos judiciales manifiestamente infundados o abusivos («demandas estratégicas contra la participación pública»)⁶.

La tramitación se ha seguido por el procedimiento legislativo ordinario⁷. El Consejo adoptó su posición el 9 de junio de 2023, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo aprobó su informe el 27 de junio de 2023 y el Parlamento sus enmiendas el 11 de julio de 2023⁸. La negociación interinstitucional desembocó en acuerdo sobre un texto el 29 de noviembre de 2023, sometido a la aprobación del Coreper el 18 de diciembre de 2023 y de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento el 24 de enero de 2024. El 27 de febrero de 2024 fue aprobado por el Parlamento⁹, y el 19 de marzo de 2024 por el Consejo¹⁰. Frente a la Propuesta inicial, el texto final introduce numerosos cambios, tanto de forma como de fondo.

3. El argumento competencial para la intervención europea *ex art.* 81.2 f TFUE reside en la ausencia de regulaciones nacionales capaces de neutralizar este tipo de demandas nocivas para el buen funcionamiento de los procedimientos civiles en la Unión, así como en la diversidad normativa que alimenta esta deriva. Se acota a los supuestos transfronterizos, lo que garantiza la proporcionalidad de la acción¹¹. Pero, hay que subrayarlo, la Recomendación 2022/758 anima a los Estados miembros a establecer para los asuntos nacionales “garantías similares” en aras de una “protección coherente y eficaz”¹².

2. Objetivos jurídicos

4. Anclada en el Plan de Acción para la Democracia Europea, la Directiva se orienta a garantizar la libertad de información y el pluralismo informativo. Forma grupo normativo con un conjunto amplio de normas jurídicas con objetivos confluyentes, como la Directiva *Whistleblower*¹³. Asimismo, es una norma pro acceso a la justicia¹⁴. Los objetivos de la Directiva y su encuadramiento en el Derecho de

participación pública frente a las demandas judiciales manifiestamente infundadas o abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»), COM(2022) 177 final (en adelante, la Propuesta).

⁶ DOUE L 138 de 17 mayo 2022 (en adelante, Recomendación 2022/758).

⁷ El proceso legislativo puede consultarse en EUR-Lex - 52022PC0177 - EN - EUR-Lex (europa.eu); o en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_BRI\(2022\)733668](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/EPRS_BRI(2022)733668). En el Parlamento, [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0117\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0117(COD)&l=en); <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-initiative-against-abusive-litigation-targeting-journalists-and-rights-defenders>.

⁸ COM(2022)0177 – C9-0161/2022 – 2022/0117(COD)), P9_TA(2023)0264 de 11 julio 2023.

⁹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de febrero de 2024, COM(2022)0177 – C9-0161/2022 – 2022/0117(COD)) P9_TA(2024)0085.

¹⁰ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/03/19/anti-slap-final-green-light-for-eu-law-protecting-journalists-and-human-rights-defenders/>. Esta última versión, básicamente (a salvo observaciones *infra*), realiza algunas revisiones de estilo (por ejemplo, se completa el título del capítulo IV) y de sistemática en los Considerandos.

¹¹ En puridad, la justifica, cf. A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 240-241. La extensión a supuestos conectados con terceros Estados se explica con los mismos razonamientos, cf. Memorándum explicativo, pp. 7-8.

¹² Cdo. 21 y apdo. 4 de la Recomendación.

¹³ Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, DOUE L 305 de 26 noviembre 2019. La enumeración que se recoge en el Memorándum explicativo de la Propuesta da muestra del entramado normativo: la Recomendación sobre la garantía de la protección, la seguridad y el empoderamiento de los periodistas y los otros profesionales de los medios de comunicación en la Unión Europea (C(2021)6650 final de 16 septiembre 2021), la Estrategia para reforzar la aplicación de la CDFUE (COM(2020) 711 final, de 2 diciembre 2020), la Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024 (JOIN(2020) 5 final); también otras normas, aunque no resulten de forma expresa, como el Reglamento (UE) 2024/1083 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 por el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior y se modifica la Directiva 2010/13/UE (Reglamento Europeo sobre la Libertad de los Medios de Comunicación), DO L, 2024/1083, 17.4.2024 (Propuesta de Reglamento, COM(2022) 457 final, de 16 septiembre 2022).

¹⁴ Dentro del contexto de la creciente tendencia a la litigación estratégica como medio de transformación legal y social, las SLAPP son “el reverso” del concepto (B. HESS, “Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution”, *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, núm. 2022-3, pp. 23-25). Sobre la relación Directiva-

la Unión quedan definidos al principio de la parte programática. Frente al texto inicial de la Comisión, la Directiva presenta esta parte *más completa*, en particular, en lo atinente al aspecto iusfundamental. Comienza con un nuevo Considerando que sitúa la Directiva en el contexto del espacio de libertad, seguridad y justicia, la cooperación judicial civil y la armonización procesal¹⁵. La norma se radica entonces en los valores de la Unión (art. 2 TUE), el derecho de todo ciudadano europeo a participar en la vida democrática de la Unión (art. 10.3 TUE) y los derechos reconocidos en la Carta: derecho a la libertad de expresión e información y al respeto a la libertad y pluralismo de los medios de comunicación (art. 11), pero también otros como el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 7), derecho a la protección de los datos personales (art. 8), derecho a la libertad de reunión y asociación (art. 12) y los derechos fundamentales procesales del art. 47¹⁶. Se incide en el alcance del derecho a la libertad de expresión e información: se recuerda su interpretación conforme al art. 10 CEDH según la jurisprudencia del TEDH y el marco iusfundamental internacional obligado¹⁷. En cuanto al alcance subjetivo, la Directiva sigue la línea de la Propuesta de la Comisión que, partiendo de los periodistas, se extendió a defensores de derechos humanos, pero acentúa la relevancia de su papel en el funcionamiento democrático de la sociedad y evidencia la consideración amplia que se quiere otorgar al ámbito subjetivo de la protección en lo concerniente, tanto a la definición de periodistas, como a los protegidos más allá de este colectivo¹⁸.

5. De la redacción definitiva destacamos algunos de los Considerandos añadidos. Primero, el Considerando 5 recuerda la vinculación de la Propuesta con la Resolución PE de 11 de noviembre de 2021. Además del interés contextual, este recordatorio permite incluir en la parte programática de la Directiva un dato relevante: que el Parlamento promovió ya entonces la revisión de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II para prevenir el turismo de difamación y el *forum shopping*¹⁹. En este sentido, se recoge también la importancia de valorar la singularidad de las demandas estratégicas en una futura revisión de estos instrumentos²⁰. Segundo, el Considerando 7, en un subrayado del contexto iusfundamental de la norma, se detiene en el derecho a la libertad de expresión, con una llamada a su ejercicio responsable y a la ponderación de derechos por el tribunal en el caso concreto cuando colisiona con la intimidad, reputación y protección de datos personales de la otra parte; y deja explícito que, ante la colisión de derechos fundamentales, las partes han de tener acceso a un tribunal con respeto al principio de proceso equitativo²¹. Tercero, se adicionan las cláusulas habituales: de respeto a los derechos fundamentales establecidos en la Carta, donde se refiere asimismo la obligación de ponderación entre derechos en conflicto como juicio de proporcionalidad, y de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad²².

acceso me remito a M^a V. CUARTERO RUBIO, “Algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia en Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. 75, 2023, núm. 2, pp. 257-289.

¹⁵ Cf. Cdo. 1; explicación competencial que se suma a la invocación del art. 81.2 f TFUE que ya encabezaba la Propuesta.

¹⁶ Cf. Cdos. 2 y 3. El derecho de reunión y asociación no estaba en la Propuesta.

¹⁷ Cf. Cdo. 4. Analiza la jurisprudencia del TEDH sobre este y otros derechos del CEDH involucrados J. BAYER, P. BÁRD, L. VOSYLIUTE, N. CH. LUK (AUT.), S. CARRERA (SUP.), *op. cit.*

¹⁸ Por ejemplo, se añade un nuevo Cdo. 9 que refleja la pluralidad de actores incluidos en el concepto “periodista”: expresamente reporteros, analistas, columnistas, bloggers; y un Cdo. 12 específico sobre la protección de otros colectivos importantes en el debate público como académicos, investigadores o artistas (contemplados *in fine* en el Cdo. 7 de la Propuesta, ahora ganan visibilidad).

¹⁹ Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20 diciembre 2012, y Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31 julio 2007. La Resolución, apdo. 27, recomendaba una revisión en paralelo del Convenio de Lugano de 2007 que no ha llegado al texto final de la Directiva (Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 30 de octubre de 2007, DO L 147 de 10 junio 2009). La lucha contra el *forum shopping* y el turismo de difamación se contempla en la Recomendación del Consejo de Europa, apdo. 12 (*loc. cit.*), con invocación de la *Declaration of the Committee of Ministers on the Desirability of International Standards dealing with Forum Shopping in respect of Defamation, “Libel Tourism”, to Ensure Freedom of Expression*, de 4 julio 2012.

²⁰ Cf. Cdo. 51.

²¹ El margen de apreciación como elemento esencial en la aplicación de la norma para garantizar el equilibrio entre derechos estaba insito en la Propuesta, cf. Memorandum explicativo, p. 11.

²² Cf. Cdos. 52 y 55.

III. Marco general

1. Disposiciones generales y finales

6. En cuanto a las disposiciones generales (capítulo I), el objeto de la Directiva se define en el art. 1: establecer garantías contra las pretensiones manifiestamente infundadas o las acciones judiciales abusivas en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas contra personas físicas y jurídicas con motivo de su implicación en la participación pública. El ámbito de aplicación material, los asuntos civiles o mercantiles con repercusiones transfronterizas, se regula en el art. 2, que añade las aclaraciones propias del modelo Bruselas: con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional y de no aplicación, en particular, en materias fiscal, aduanera o administrativa, ni responsabilidad por *acta iure imperii*. La redacción final hace algunos cambios en estos preceptos. Por ejemplo, la eliminación en el art. 1 de la referencia expresa a periodistas y defensores de los derechos humanos que se diluye en el ámbito personal genérico; o la inclusión en el art. 2 de las medidas provisionales, cautelares y reconveniones (que ya estaban antes, si bien con sede en el Considerando 14 de la Propuesta de la Comisión) y la exclusión expresa de arbitraje y procesos penales²³. Del mayor interés es la incorporación de un art. 3, Requisitos mínimos, relativo a la naturaleza de armonización de mínimos de la Directiva, que cederá ante normas más favorables, lo que da a esta condición el protagonismo que merece e impide de raíz otra interpretación²⁴.

7. El art. 4 cumple una función esencial al definir los conceptos clave: “participación pública”, “asunto de interés público” y “acciones judiciales abusivas contra la participación pública”. Las nociones, tanto de participación pública como de asunto de interés público presentan una vocación general y amplia. De la primera, participación pública, conviene subrayar que la norma defiende a personas, tanto físicas como jurídicas, y sus actividades o declaraciones en el ejercicio de la libertad de expresión, de información, artística, científica, de reunión o asociación, o acciones en su apoyo. En cuanto a la segunda, asuntos de interés público, aquellos que afecten al público de tal manera que justifique su interés legítimo, se refieren a modo de ejemplo algunos con nombre propio (derechos fundamentales, medio ambiente, clima, etc.), y otros por categoría (que culminan en la invocación de aquellas actividades en la defensa de los valores consagrados en el art. 2 TUE, con especial referencia a la protección de los procesos democráticos contra interferencias, en particular, la desinformación)²⁵.

Respecto a la tercera noción, acciones judiciales abusivas contra la participación pública son aquellas cuyo principal objetivo no es defender un derecho sino impedir, restringir o penalizar la participación pública, habitualmente asociada a una posición asimétrica de las partes y que albergan pretensiones infundadas. Dado que se trata de una conducta intencional, facilita su identificación y, sobre todo, su prueba la enumeración de una serie de indicios: carácter desproporcionado, excesivo o irrazonable de la demanda o de parte de ella, procedimientos múltiples incoados por el demandante o partes asociadas, intimidación, acoso o amenazas, tácticas procesales de mala fe, como dilaciones o *forum shopping* abusivo o fraudulento, etc. Siendo estos hechos indicios evidentes positivizados por la norma, se trata de un *numerus apertus*²⁶. La Directiva no avanza en la definición del binomio infundado-abusivo, que se antoja un elemento esencial.

8. En las disposiciones finales (capítulo VI) se incluyen las cláusulas acostumbradas de revisión (art. 21), trasposición al Derecho nacional (art. 22), y entrada en vigor y destinatarios (arts. 23 y 24). Estas disposiciones sufren cambios en la redacción final, en particular, con la incorporación de nuevos preceptos sobre información y transparencia, y datos (arts. 19 y 20)²⁷. Además de garantizar el acceso a

²³ Vid. Cdos. 17-20.

²⁴ También se suma un nuevo Cdo. 21 explicativo. El texto de la Comisión solo prevenía la compatibilidad con otros instrumentos más protectores del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, Cdo. 35 de la Propuesta (Cdo. 50 de la Directiva).

²⁵ Vid. Cdo. 23.

²⁶ Como lo es la enumeración de supuestos de “asunto de interés público”. Los Cdos. 22-29 ofrecen un panorama casuístico que ilustra el amplio alcance de la Directiva.

²⁷ Un nuevo Cdo. 46 conmina a los Estados a crear una ventanilla única que aglutine información y herramientas de apoyo para ayudar a las víctimas.

la información y la publicación accesible de las sentencias dictadas por las más altas instancias judiciales en estos casos, la Directiva quiere asegurar la asistencia jurídica gratuita de acuerdo con la Directiva justicia gratuita²⁸. El interés de esta previsión es relativo pues no parece implicar más que una remisión normativa; y esto cuando la financiación de la defensa (y su traducción jurídica en el principio procesal de igualdad de partes en el proceso) constituye el elemento práctico esencial del problema de fondo²⁹. Por último, hay que señalar que, como es costumbre, en la parte programática *in fine* se completa el ámbito de aplicación espacial con el dato territorial: la Directiva no será de aplicación en Dinamarca (Considerando 53) y sí en Irlanda (Considerando 54).

9. Muy brevemente, merece un apartado la relación de la Directiva con otras normas. En lo atinente a las relaciones de la Directiva con otras normas de Derecho internacional privado, la Propuesta inicial incluía una única cláusula de compatibilidad con el Convenio de Lugano de 2007, la cláusula modelo para preservar el Convenio frente a la aplicación de otras normas³⁰. El art. 18 de la Directiva conserva la cláusula pero sustituye la referencia al Convenio de Lugano por una general a Convenios y Acuerdos bilaterales y multilaterales concluidos antes de la entrada en vigor de la Directiva³¹. Y en cuanto a otras normas de Derecho de la Unión, al final de la parte programática se aloja la relación sistemática con la Directiva *Whistleblower*, cuya protección es concurrente con la de la Directiva anti-SLAPP, y con la Recomendación 2022/758³².

2. Especial atención a la noción de “asuntos con repercusiones transfronterizas”

10. De las cuestiones tratadas en estas disposiciones marco hay una que merece especial atención: la Directiva es de aplicación a los “asuntos con repercusiones transfronterizas”. Esta limitación a las situaciones privadas transfronterizas se consagra ya en el art. 1, relativo al objeto de la norma, y se desarrolla en el art. 5. Se argumenta con los datos que justifican su elaboración y el hecho de que el contexto transfronterizo abona las tácticas torticeras que acompañan a una demanda estratégica y los efectos nocivos que provoca³³. En punto a la base jurídica, subsidiariedad y proporcionalidad de la norma descansan en esta vocación netamente transfronteriza.

11. La definición de “asuntos con repercusiones transfronterizas” ha evolucionado en el proceso legislativo. Conforme a la Propuesta inicial, art. 4.1, se consideraba transfronterizo un asunto “a menos que ambas partes estén domiciliadas en el mismo Estado miembro que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto”. Y, aun en tal supuesto, conforme al art. 4.2, lo serían ante la concurrencia de dos circunstancias que tenían en cuenta el contexto específico de estas demandas: cuando “a) el acto de participación pública relativo a un asunto de interés público contra el que se haya presentado la demanda sea relevante para más de un Estado miembro, o b) el demandante o entidades asociadas a este hayan incoado procedimientos judiciales simultáneos o anteriores contra el mismo demandado o contra demandados asociados en otro Estado miembro”³⁴. Se trata de una opción legislativa favorable a una aplicabilidad

²⁸ Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, DOUE L 26 de 31 enero 2003. La Directiva fue publicada con una errata en el título (2002/8/CE), enmendada en corrección de errores DOUE L 32 de 7 febrero 2003. La Propuesta de la Comisión incurrió en el error, finalmente corregido en el texto aprobado el 19 de marzo de 2004.

²⁹ No se aprovecha la ocasión para mejorar de alguna forma su efectividad frente a las demandas estratégicas. Por ejemplo, dado que las medidas anti-SLAPP alcanzan a las personas jurídicas, asegurar que se beneficien de las normas de la Directiva, que las excluyó (*vid. M.^a V. CUARTERO RUBIO, La justicia gratuita en los litigios transfronterizos. Estudio de la Directiva 2003/8/CE y de su trasposición al Derecho español*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 70-75).

³⁰ Art. 19 de la Propuesta.

³¹ Si bien el Cdo. 45 menciona de forma expresa el Convenio de Lugano.

³² Cf. Cdos. 49 y 50. Normas citadas *supra*.

³³ Cf. Cdos. 17 y 30.

³⁴ El Cdo. 22 de la Propuesta (eliminado) sugería ejemplos del supuesto a): participación en actos de las instituciones de

amplia pues parte del carácter transfronterizo de la situación como regla general (lo es “a menos que...”) y considera el carácter transfronterizo aun en el supuesto de domicilio de las partes coincidente con el foro, bien por el criterio de los efectos en la Unión, bien por la concurrencia de una situación procesal de litispendencia intracomunitaria.

La Directiva mantiene esta voluntad legislativa y la mejora: más alcance y con una literalidad más sencilla en la práctica. Así, conforme a la redacción del ahora art. 5.1, “se considerará que un asunto tiene repercusiones transfronterizas a menos que ambas partes estén domiciliadas en el mismo Estado miembro que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto y que todos los demás elementos pertinentes para la situación de que se trate se encuentren únicamente en dicho Estado miembro”³⁵. Y se aprovecha el apdo. 2 (que queda vacío) para establecer una conveniente remisión del concepto de “domicilio” al Reglamento Bruselas I bis. Hay que subrayar que, admitida la exclusión de las situaciones puramente internas, los concretos perfiles de la delimitación del carácter transfronterizo reflejan solo una opción de las posibles³⁶. Y que, dado que las garantías de la Directiva son de aplicación en función de la naturaleza transfronteriza del supuesto, esta definición y su entendimiento deviene crucial, y traslada a la trasposición la responsabilidad de asegurar dichas garantías *erga omnes*³⁷.

IV. Garantías procesales

1. Normas comunes, desestimación temprana y medidas correctivas

12. La Directiva establece garantías procesales frente a las SLAPP, que articula en cuatro capítulos: normas comunes sobre garantías procesales (capítulo II), desestimación temprana de las pretensiones manifiestamente infundadas (capítulo III), medidas correctivas frente a las acciones judiciales abusivas contra la participación pública (capítulo IV) y protección contra las sentencias dictadas en terceros países (capítulo V). Esta parte ha sufrido un cambio transversal relevante frente a la Propuesta inicial: la limitación de la armonización de normas procesales en favor de la remisión al Derecho nacional. Esta innovación devuelve el protagonismo al delicado y complejo principio de autonomía procesal de los Estados restringiendo el alcance de la armonización, y facilita que la norma pase el test de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad sin eventuales argumentos de exceso competencial. El impacto nocivo de esta solución sobre la armonización se multiplica si se cruza con otro dato: los aspectos importantes que se dejan a la trasposición.

13. Dentro del capítulo relativo a las “Normas comunes”, las garantías contra las demandas estratégicas se concretan en tres: caución, desestimación temprana y medidas correctivas. Conforme al art. 6, los Estados deben garantizar a los demandados cauce para solicitarlas³⁸; y se deja a la trasposición un elemento relevante desde la lógica de la norma: que desestimación temprana y medidas correctivas procedan de oficio (art. 6.2)³⁹. La redacción final incluye un art. 7 que regula la tramitación acelerada de las

la Unión, como las comparecencias en audiencias públicas, o en asuntos de relevancia transfronteriza como la contaminación transfronteriza o el blanqueo de capitales con posibles repercusiones transfronterizas.

³⁵ Cdo. 30 *in fine*: “Corresponde al órgano jurisdiccional determinar los elementos pertinentes para la situación de que se trate en función de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta por ejemplo, en su caso, el acto de participación pública específico o los elementos específicos que indiquen un posible abuso, en particular cuando se inicien varios procesos en más de un territorio. Esa determinación por parte del órgano jurisdiccional debe llevarse a cabo con independencia del medio de comunicación utilizado”.

³⁶ Es interesante observar el impacto estadístico en función de cómo se defina la noción, cf. J. BORG-BARTHET Y F. FARRINGTON, *op. cit.*, pp. 41-42.

³⁷ A la luz de los trabajos legislativos, el contexto y la *ratio* competencial, el art. 5.1 articularía una definición por oposición a las situaciones puramente internas, lo que dejaría también al margen las situaciones internacionales no transfronterizas, aunque la literalidad del precepto solo distingue dos categorías: transfronterizo o no.

³⁸ Las solicitudes se presentarán conforme al Derecho nacional (art. 6.1). Desaparecen los requisitos armonizados que sí contemplaba la Propuesta.

³⁹ Como la caución, *vid. infra*.

solicitudes⁴⁰. Además, los Estados miembros han de asegurar que el ejercicio de estas garantías no resulta “indebidamente gravoso”⁴¹. Dentro de este apartado de normas comunes se incluyen dos prevenciones. La primera, que la modificación de la demanda o de las pretensiones, incluido el desistimiento, no ha de impedir la calificación de la demanda como abusiva y las medidas correctivas contra la misma, de conformidad con el Derecho nacional (art. 8); de otro modo, esta táctica procesal podría neutralizar una futura condena en costas⁴². La segunda es la obligación de permitir la intervención en el procedimiento de las organizaciones que tengan un interés legítimo conforme al Derecho nacional en apoyo del demandado o como informantes (art. 9)⁴³. Remata este capítulo la primera de las garantías como tal: los Estados han de garantizar que el órgano jurisdiccional pueda exigir la constitución de caución al demandante, que puede incluir los costes de representación legal y también daños y perjuicios si está contemplado en el Derecho nacional (art. 10). La caución, se recuerda, sirve como medida cautelar y no prejuzga la resolución del fondo del asunto; su actuación de oficio o a instancia de parte queda a la trasposición⁴⁴.

14. El capítulo III regula la segunda garantía: la posibilidad procesal de desestimación temprana de las pretensiones manifiestamente infundadas. La desestimación temprana requiere un “examen adecuado” y ha de resolverse en la fase más temprana posible del procedimiento, de conformidad con el Derecho nacional (art. 11). El precepto incluido en la Propuesta sobre suspensión del litigio principal no llega al texto final⁴⁵. En relación con el carácter manifiestamente infundado de la pretensión, la carga de la prueba de la demanda corresponde al demandante (art. 12.1), de manera que (esto elíptico), ante la solicitud de desestimación temprana los Estados miembros han de asegurar que le corresponde también la prueba de que no lo es (art. 12.2)⁴⁶. Por último, los Estados deben articular vías de recurso contra la decisión que estima la solicitud de desestimación temprana (art. 13)⁴⁷.

15. La tercera garantía consiste en facilitar al demandado “Medidas correctivas frente a las acciones judiciales abusivas contra la participación pública”⁴⁸. Bajo este título, el capítulo IV obliga a los Estados a garantizar vías procesales para que los demandantes puedan ser condenados en costas (art. 14) y sancionados (art. 15). El impacto de estas medidas es significativo. En cuanto a las costas, el precepto dispone el resarcimiento de todos los gastos de representación previstos en el Derecho nacional salvo que sean excesivos. Se contempla que, salvo que sean excesivos, si el Derecho nacional no garantiza el resarcimiento de los gastos más allá de los recogidos en los cuadros de honorarios, debe asegurarse su cobertura por otras vías. Y definitivamente incisiva resulta la eventualidad de imponer sanciones que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias” u otras medidas apropiadas igualmente efectivas con un

⁴⁰ De caución y desestimación temprana; de las medidas correctivas, “cuando sea posible” (art. 7.2). Hay que advertir que este precepto no constituye una modificación sustancial sino sistemática. En la Propuesta de la Comisión estaba prevista la celeridad en la tramitación de la desestimación temprana y se extendía a las demás garantías anti-SLAPP en la parte programática (art. 11 y Cdo. 29 de la Propuesta).

⁴¹ Cdo. 32.

⁴² Cf. Cdo. 34.

⁴³ De la referencia en la Propuesta a las ONG se pasa a una noción más comprensiva: “asociaciones, organizaciones, sindicatos y otras entidades”. En punto al interés legítimo, a falta de criterio en el Derecho nacional se puede aceptar que lo ostentan las entidades en general (Cdo. 35).

⁴⁴ Cf. Cdo. 36. La letra de la norma ha cambiado. En la Propuesta se condicionaba de forma concreta a la existencia de “elementos indiciarios de demanda abusiva”. La redacción final lo elimina y establece que la caución procede sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia. El Cdo. 36 explica este cambio, que pone el acento en la ponderación con el derecho del demandado de acceso a la justicia y en las circunstancias del caso para sustentar la caución.

⁴⁵ Art. 10 de la Propuesta. Lo que supone, al fin, sustituir la norma armonizada por la remisión al Derecho nacional. Tampoco se conserva el art. 11 de la Propuesta, explicado *supra*.

⁴⁶ Con invocación de los principios generales del Derecho procesal conforme a los que corresponde al demandante la prueba, en la desestimación temprana tendría que demostrar lo menos: que la demanda no es manifiestamente infundada (cf. Cdo. 39). Frente a la Propuesta de la Comisión, la Directiva presenta una redacción más ajustada.

⁴⁷ El texto sufre un cambio sustancial. El art. 13 de la Propuesta regulaba el recurso tanto si la solicitud era estimada como si era desestimada. En la Directiva, la desestimación podría ser objeto de apelación conforme al Derecho nacional (cf. Cdo. 40).

⁴⁸ “Medidas correctivas” sustituye al término “recursos”, anteriormente utilizado (e impropio en el Derecho español vista la naturaleza de las actuaciones previstas). También desaparece en el título del art. 17, que pasa de “recursos contra las sentencias dictadas en terceros países” a “acciones relativas a procesos incoados en terceros países”.

objetivo disuasorio de la conducta. En este sentido, el art. 15 se refiere de forma expresa al pago de una indemnización por daños y perjuicios⁴⁹, y a la publicación de la sentencia⁵⁰: cuando así lo disponga el Derecho nacional.

2. Especial atención a la protección contra sentencias de terceros países

16. El capítulo V impone las últimas garantías: la “Protección contra las sentencias dictadas en terceros países”. La Directiva justifica estas disposiciones por la mayor complejidad y coste de estos litigios, en conexión con la defensa de los objetivos perseguidos y la efectividad de sus garantías⁵¹. En puridad, el capítulo obedece al cruce de la lógica teleológica con la lógica espacial: crear un espacio anti-SLAPP para los domiciliados en la Unión, también cuando la demanda estratégica se plantea ante tribunales de un tercer Estado. La protección se articula con técnica internacional privatista actuando sobre el reconocimiento y sobre la competencia judicial internacional. Como se ha dicho, las normas no son de aplicación a los supuestos que entren en el ámbito de aplicación de Convenios internacionales anteriores; en particular, el Convenio de Lugano.

17. Respecto al reconocimiento, el art. 16, “Motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas en terceros países”, establece: “Los Estados miembros garantizarán que se deniegue el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas en terceros países a raíz de una acción judicial contra la participación pública de una persona física o jurídica domiciliada en un Estado miembro cuando dicha acción se considere manifiestamente infundada o abusiva de conformidad con el Derecho del Estado miembro en el que se solicita tal reconocimiento o ejecución”. Se trata de una medida disuasoria pues desactiva en la Unión cualquier condena en un tercer Estado y crea una suerte de escudo europeo para los domiciliados en la Unión en un supuesto que queda al margen de las normas de reconocimiento del Reglamento Bruselas I bis y en manos de normas de origen interno o eventualmente de Convenios internacionales. Es un ejemplo perfecto de (no) reconocimiento pro acceso a la justicia.

Este precepto ha experimentado un cambio interesante en el proceso legislativo. De conformidad con la Propuesta, el no reconocimiento procedería “por ser manifiestamente contrarios al orden público”. La Directiva elimina la subsunción *ex lege* en orden público y deja a los Estados miembros recurrir a esta vía o a otro motivo distinto⁵². Establecer una causa especial puede ser la solución más segura si se entiende que el precepto impone un análisis rayano en la revisión de fondo⁵³. Asimismo, la Directiva dispone que la valoración de la naturaleza manifiestamente infundada o abusiva de la demanda se hará conforme a las normas del Estado requerido. Esta remisión, que evoca la habitual de la cláusula de orden público, requerirá la mayor atención: no solo porque, como en orden público, la remisión ha de operar sobre un nicho común europeo, sino porque la racionalidad del sistema de garantías de la Directiva depende en gran medida de la fuerza uniformizadora del concepto, necesariamente autónomo, “manifiestamente abusivo o infundado”⁵⁴.

⁴⁹ *Vid.* Cdo. 42. Estamos ante una involución del texto que merece la mayor atención porque, frente a esta literalidad final, la Propuesta consagraba el derecho a reclamar y obtener una indemnización plena por daños y perjuicios como garantía anti-SLAPP armonizada (art. 15 de la Propuesta).

⁵⁰ La publicación de las sentencias relevantes sirve, tanto para concienciar, cuanto como cauce de información (cf. Cdo. 47) y se vincula con la obligación de información *ex art.* 19.

⁵¹ Cf. Cdo. 43. Esto es, las mismas razones que sostienen la Directiva en supuestos transfronterizos. Es elocuente que el Cdo. comience vinculando esta extensión con el objetivo transfronterizo; también que el Memorandum explicativo establezca la aplicación a las situaciones transfronterizas y, sin solución de continuidad, añada: “Otro objetivo de la Propuesta es proteger a los ciudadanos de la UE y a la sociedad civil de las DECPP iniciadas en terceros países” (p. 3). La justificación competencial en estos supuestos resulta por puro efecto útil.

⁵² Cf. Cdo. 43 *in fine*.

⁵³ Cf. CH. KOHLER, “Private International Law Aspects of the European Commission’s Proposal for a Directive on SLAPPs (“Strategic Lawsuits against Public Participation”)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, núm. 4, p. 818. El documento en el origen de este estudio, presentado en la reunión de 9 de septiembre de 2022 del GEDIP, disponible en <https://gedip-gpil.eu/fr/2022/4350/>.

⁵⁴ Trasladables al caso, sin perjuicio de las diferencias, las reflexiones sobre los métodos de interpretación de A.-L. Calvo

18. Respecto a la competencia judicial internacional, el art. 17, “Competencia jurisdiccional para conocer de acciones relativas a procesos incoados en terceros países”, establece: “Los Estados miembros garantizarán que, cuando un demandante domiciliado fuera de la Unión haya interpuesto una acción judicial abusiva contra la participación pública contra una persona física o jurídica domiciliada en un Estado miembro ante un órgano jurisdiccional de un tercer país, dicha persona pueda solicitar, ante los órganos jurisdiccionales del lugar de su domicilio, una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido y por las costas en que haya incurrido en relación con el proceso ante el órgano jurisdiccional del tercer país”.

El precepto garantiza a los domiciliados en la Unión el acceso a la justicia ante los tribunales de su domicilio para solicitar indemnización por los daños y perjuicios, y por las costas que hubiera ocasionado aquella demanda estratégica. Es decir, se asegura la garantía regulada en el capítulo IV (medidas correctivas frente a las acciones judiciales abusivas), ya se haya presentado la demanda estratégica ante tribunales de la Unión, ya ante tribunales de un tercer Estado⁵⁵. A tal fin, la Directiva establece un “criterio especial” de competencia: el domicilio del demandante⁵⁶. En este contexto, es un foro de competencia pro acceso a la justicia que, no solo blinda el acceso en la Unión, sino que lo facilita⁵⁷. La redacción final añade un apdo. 2 que permite a los Estados, al momento de la trasposición, limitar lo dispuesto en el art. 17.1 mientras esté pendiente el proceso en el tercer Estado. La solución por defecto de la Directiva es la contraria pues los daños y los gastos de la víctima se sufren desde el principio del procedimiento, y permite reclamar estando en curso el proceso iniciado por la demanda estratégica, no solo en reclamación de los gastos ya ocasionados sino de aquellos que razonablemente quepa esperar⁵⁸.

19. En lo concerniente al criterio de aplicabilidad del art. 17, la redacción ha cambiado. La Propuesta establecía que la norma se aplicaba “con independencia del domicilio en el tercer país del demandante en el procedimiento”. Conforme a la letra final de la Directiva, es de aplicación a acciones abusivas promovidas contra domiciliados en la Unión por demandantes domiciliados fuera de la Unión. Esta nueva literalidad es más clara, mejora en previsibilidad y certeza, y evidencia la frontera entre Bruselas I bis y la norma de competencia de la Directiva, porque el foro en materia de reclamación por daños y gastos del art. 17 (vía trasposición) se aplica, sencillamente, cuando el domicilio del demandado (demandante estratégico ante tribunales de tercer Estado) no está en la Unión.

El establecimiento de este foro que actúa sobre los demandados (demandantes estratégicos) no domiciliados en la Unión es una medida especialmente incisiva. Responde al fin garantista de la Directiva, proporciona previsibilidad y persigue un efecto disuasorio de la conducta del demandante⁵⁹. Hay que advertir que, a falta de domicilio del demandado en la Unión con la consecuente inaplicación del Reglamento Bruselas I bis *ex art.* 6.1, el acceso a la justicia de la pretensión quedaría al juego de las normas de los Estados miembros; que en todo caso, podría canalizarse ante los tribunales de un tercer Estado (en particular, los que conocieron de la demanda estratégica), y que, al límite, si el acceso no

Caravaca, “La jurisprudencia normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento Bruselas I-bis”, A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (Dirs.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 41-56.

⁵⁵ Por tanto, este precepto debe entenderse con el alcance que se otorgue a los arts. 14 y 15. Esto es, respecto de la reclamación por daños y perjuicios será posible, conforme al art. 15, “cuando así lo disponga el Derecho nacional”. Como se indicó *supra*, frente a lo previsto en la Propuesta, el texto final armoniza respecto de la reclamación de costas pero remite al Derecho nacional respecto de daños y perjuicios. El art. 10 sobre caución se adecuó a este cambio pero no el art. 17, que sigue refiriéndose a daños y costas sin reflejar que han sido objeto de un régimen distinto de armonización.

⁵⁶ Cdo. 44. Esta norma puede considerarse un “cuestionable parche” del ámbito de aplicación limitado del Reglamento Bruselas I bis, que se resolvería más sistemáticamente desde el propio Reglamento (cf. P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Propuesta de Directiva sobre SLAPPs tras el planteamiento del Consejo y el informe del Parlamento: aspectos de Derecho internacional privado”, 28 agosto 2023, II.2 *in fine*. Disponible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2023/08/>).

⁵⁷ Generalmente compensará la desigualdad de armas y, en todo caso, está sujeto a la garantía del derecho de acceso de la contraparte.

⁵⁸ Cf. Cdo. 44. Por ejemplo, en caso de desistimiento. Esta medida neutralizaría el desistimiento estratégico ante tribunales de un tercer Estado como lo hace el art. 8 de la Directiva cuando ocurre ante tribunales de un Estado miembro.

⁵⁹ La Directiva aclara que la norma de competencia no afecta a la cuestión del Derecho aplicable ni al Derecho sustantivo (Cdo. 44 *in fine*).

fuera razonablemente posible abocaría a un supuesto de denegación de justicia y un eventual escenario de necesidad. Pero el art. 17 de la Directiva se impone a estas hipótesis garantizando de forma positiva una vía europea de acceso a la indemnización anti-SLAPP.

V. Cuestiones pendientes

1. Reconocimiento y competencia *ad intra* y el problema del Derecho aplicable

20. La Directiva es una norma de garantías transfronterizas anti-SLAPP. El capítulo V, con normas de reconocimiento y de competencia judicial internacional, tiene valor como un plus de garantía extraterritorial: procura protección a los domiciliados en la Unión aun en el supuesto de ser demandados ante tribunales de un tercer Estado. Pero el protagonismo en la Directiva corresponde a las normas procesales armonizadas que establecen el marco europeo de protección. En este sentido, la Directiva comparte la lógica de los procedimientos europeos. A esto hay que sumar otro dato: la Directiva cuenta con el Reglamento Bruselas I bis para resolver las cuestiones de competencia judicial y reconocimiento *ad intra*. Por oposición al capítulo V, *ad intra* son el reconocimiento en un Estado miembro de sentencias dictadas por los tribunales de otro Estado miembro que concluyen una demanda estratégica, y la competencia de los tribunales de un Estado miembro para conocer de una demanda indemnizatoria anti-SLAPP promovida contra un domiciliado en la Unión. Y el supuesto principal: la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros para conocer de una demanda estratégica contra un domiciliado en la Unión.

Pero es un aspecto muy discutido que el Reglamento Bruselas I bis ofrezca una respuesta adecuada en estos casos y se ha destacado la necesidad de una revisión. El argumento se extiende al Derecho aplicable pues, dado que parte del problema es el riesgo de *forum shopping*, la revisión debería alcanzar al Reglamento Roma II, que tampoco proporcionaría una solución garantista, partiendo de la exclusión de la difamación⁶⁰. En definitiva, la presentación habitual de las demandas estratégicas bajo formas subsumibles en el supuesto de hecho “responsabilidad extracontractual” aboca las SLAPP a un marco jurídico Bruselas I bis-Roma II inadaptado a su singularidad y controvertido. El estudio con el que se inició el proceso legislativo en la Unión proponía dos acciones con la misma importancia, conclusión de una Directiva y revisión de Bruselas I bis y Roma II⁶¹, lo que resulta significativo. La necesidad de revisión fue puesta de manifiesto ya en la Resolución PE de 11 de noviembre de 2021 y en la Directiva se recoge en la parte programática. En el estudio realizado para el informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento Bruselas I bis *ex art.* 79, las SLAPP son objeto de una pregunta concreta⁶².

21. El impacto de esta situación es distinto según los sectores. En competencia judicial internacional la respuesta vía teoría del mosaico se ha relacionado con el “riesgo de acoso judicial”⁶³, escenario que favorecería al demandante estratégico⁶⁴. La inicial Resolución PE de 11 de noviembre de 2021 destacaba esta situación y proponía fórmulas concretas⁶⁵. Después de la Propuesta de la Comisión, en la fase

⁶⁰ Una síntesis del problema en CH. KOHLER, *loc. cit.*, pp. 821-827. Sobre la dimensión del Derecho aplicable *vid.* E. ÁLVAREZ-ARMAS, “Rome II in the face of human-rights challenges: the law applicable to SLAPPs and to human-rights-related torts”, *Cahiers du CedIE Working Papers* 2021/01, pp. 1-13.

⁶¹ Cf. J. BORG-BARTHET, J. B. LOBINA Y M. ZABROCKA, *op. cit.*; con propuestas concretas, pp. 33-44.

⁶² *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation). Final Report*, enero 2023, pp. 122-130 y 273-275. Hay que subrayar una conclusión del estudio de singular interés: el limitado número de asuntos de naturaleza transfronteriza reportados; y los reportados no parecen haber planteado problemas de competencia judicial internacional (*ibid.* p. 130).

⁶³ Cf. Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan presentadas el 16 de septiembre de 2021, *Gtflix Tv*, C-251/20, apdo. 62. La tensión cuando está en juego la libertad de información es visible en la STJUE 17 junio 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, C-800/19.

⁶⁴ Cf. CH. KOHLER, *loc. cit.*, p. 822.

⁶⁵ *Vid.* Anexo, apdo. 3 *in fine*.

de enmiendas, el Parlamento añadía un nuevo capítulo V a, “*Jurisdiction, applicable law and relations with Union private international law instruments*”, que incluía dos normas especiales de competencia y Derecho aplicable⁶⁶. Al fin, la Directiva sigue la estela de la Propuesta de la Comisión y se limita a recordar la conveniencia de una revisión de Bruselas I bis y Roma II⁶⁷.

22. La proyección de la regulación general de Bruselas I bis en el sector del reconocimiento se manifiesta de una forma particular: porque las normas procesales armonizadas deberían actuar como garantía anti-SLAPP *ex ante*. De hecho, la posibilidad de un no reconocimiento como garantía anti-SLAPP *ex post* frente a una sentencia de otro Estado miembro sería evidencia de un fallo de las garantías en origen (en la lógica de los procedimientos europeos) o de una diferencia inasumible en la interpretación de la causa de denegación, esto es, en la noción “manifiestamente infundado o abusivo”. De ahí la trascendencia de su interpretación autónoma y de lo que subyace: el contenido y alcance del derecho a la libertad de información como causa de denegación; al fin, como parte del orden público europeo. Porque esta es la clave: la determinación por el TJUE de los límites y condiciones del no reconocimiento como garantía europea anti-SLAPP, tanto sobre la base del Reglamento Bruselas I bis en unos casos, como sobre la base del art. 16 de la Directiva y las normas nacionales de trasposición en otros.

La cuestión de la denegación del reconocimiento a la vista del impacto que puede tener en el derecho fundamental a la libertad de expresión y de información sobre la base de las normas generales del Reglamento Bruselas I bis es anterior a la Directiva⁶⁸. El asunto está pendiente ante el TJUE y, conforme a la opinión del Abogado General, estaría abocado a resolverse en función de la compleja determinación del “efecto disuasorio potencial” sobre la libertad de información y su articulación en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto⁶⁹. Esto, tras afirmarse lo que es inmediato y la Directiva positiviza: que la libertad de información es un principio esencial del ordenamiento jurídico de la Unión y que su vulneración es susceptible de detener la eficacia transfronteriza⁷⁰.

2. Trasposición

23. De conformidad con el art. 22, los Estados disponen de plazo hasta el 7 de mayo de 2026 para la trasposición. Es un momento delicado pues la Directiva difiere aspectos importantes⁷¹. Ciertas prescripciones podrán alcanzarse con las normas de que disponen ya los ordenamientos nacionales pero otras requerirán una acción legislativa positiva. En cualquier caso, la Directiva depende en buena medida de conceptos esbozados por la norma que quedan al desarrollo jurisprudencial⁷². La referencia expresa a la Directiva en las normas de trasposición (art. 22.1, 2º párr.) puede impulsar la necesaria actitud proactiva de los jueces⁷³. Además, las instituciones de la Directiva no son necesariamente conocidas por

⁶⁶ Documento precitado. Normas con un elevado “nivel de perturbación” de la entonces Propuesta (cf. P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Propuesta... *loc. cit.*, apdo. III).

⁶⁷ Cdo. 5, *vid. supra*. Por otra parte, se sostiene que las garantías uniformes de la Directiva podrían hacer innecesaria la modificación del Reglamento (cf. P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Propuesta... *loc. cit.*, apdo. III, con cita de las Conclusiones en el asunto Gtflix, apdos. 62-65, precitadas).

⁶⁸ La STJUE Mittelbayerischer Verlag se presenta en sede de competencia pero podría trasladarse en hipótesis a sede de eficacia transfronteriza. El supuesto ya se había planteado ante los tribunales alemanes: sentencia polaca a reconocer en Alemania sobre unos hechos similares. Los contenidos iusfundamentales preservados eran el derecho fundamental a la libertad de expresión y a la libertad de prensa y el principio constitucional de proporcionalidad (cf. G. RUEHL, “German Supreme Court refuses to enforce Polish judgment for violation of the German ordre public”, *Conflictoflaws.net*, 22 agosto 2018. Disponible en: <https://conflictolaws.net/2018/german-supreme-court-refuses-enforcement-of-polish-judgment-for-violation-of-the-german-ordre-public/>).

⁶⁹ Conclusiones del Abogado General Szpunar, presentadas el 8 de febrero de 2024 en el asunto C-633/22, Real Madrid Club de Fútbol, AE c. EE, Société Éditrice du Monde SA.

⁷⁰ *Ibid.* apdo. 113.

⁷¹ Algunos han sido subrayados *supra*.

⁷² O con los que hay poca experiencia como procedimiento abusivo o manifiestamente infundado (cf. CH. KOHLER, *loc. cit.*, p. 826), el concepto esencial sobre el que pivota el sistema de protección.

⁷³ Cf. B. HESS, *loc. cit.*, p. 25.

los Derechos nacionales. Piénsese en la principal garantía anti-SLAPP, la desestimación temprana, y su integración en el Derecho español⁷⁴.

A mayor abundamiento, la armonización de mínimos abre un abanico de posibilidades que el legislador nacional ha de explorar. Un ejemplo inmediato: en el plano de las opciones legislativas, y habida cuenta de que se trata de una armonización de mínimos también en lo atinente al alcance de la norma, el legislador interno deberá plantearse si y cómo articula la sugerencia de la Comisión para el establecimiento de garantías similares más allá de los supuestos transfronterizos. La solución más inmediata a este fin sería extender las normas de la Directiva, lo que aseguraría la regulación coherente y sólida que pretende la Recomendación 2022/758 sin otra consideración espacial. Se daría cumplimiento así a las obligaciones anti-SLAPP de la Recomendación del Consejo de Europa, que no dependen de esta distinción.

24. La obligación de no reconocimiento como garantía anti-SLAPP frente a sentencias dictadas en terceros Estados puede trasponerse mediante una causa de denegación específica (especial, posterior y europea) o servirse de la general de orden público, art. 46.1 a) LCJI. Pero lo esencial no es esto⁷⁵, sino su positivización y el entendimiento de esta causa de denegación como parte del sistema europeo de garantías anti-SLAPP, que le proporciona sentido y contexto, y la comunicación vía cuestión prejudicial de interpretación con el TJUE para construirla. En cuanto a la trasposición de la norma de competencia judicial internacional del art. 17 puede situarnos ante una última frontera. La norma asegura a los domiciliados en la Unión la competencia de los tribunales de su domicilio para conocer de la demanda de indemnización por daños y gastos ocasionados por la demanda estratégica planteada por demandante con domicilio fuera de la Unión. Obligada la trasposición de la norma en estos supuestos (domicilio de la víctima en la Unión, domicilio del demandante estratégico no), los argumentos esgrimidos en apoyo de una justicia civil universal en materias que comprometen derechos humanos pueden servir a la hipótesis de una norma especial de competencia judicial internacional interna que, aun de forma aquilatada por los principios de proximidad y eficacia, posibilitara el acceso europeo a la justicia en estos casos también a las víctimas no domiciliadas en la Unión.

VI. Conclusiones

25. La Directiva anti-SLAPP es una norma para la garantía de los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho. Las garantías procesales armonizadas, incluidas las previsiones del capítulo V sobre competencia y reconocimiento para la protección contra las sentencias dictadas en terceros países, se ponen al servicio primero de este fin. En el plano procesal la Directiva sirve al derecho fundamental de acceso a la justicia y la evicción del abuso de derecho. En este escenario anti-SLAPP las normas procesales armonizadas, incluidas las garantías del capítulo V, *forum actoris* y no reconocimiento, constituyen auténticas normas proacceso.

El texto finalmente adoptado muestra diferencias relevantes con la Propuesta de la Comisión: presta más atención al aspecto iusfundamental, lleva aclaraciones convenientes a la parte dispositiva, amplía el alcance de la protección y simplifica la literalidad; por ejemplo, en la definición de “asunto con repercusión transfronteriza”, noción esencial dado que delimita el alcance de las garantías y con

⁷⁴ Se ha propuesto la inclusión de un título en la LEC, constatada la inadaptación de la vía del art. 247.1 LEC, relativo a la obligación de buena fe en el proceso y posibilidad de inadmisión por el juez de peticiones e incidentes con manifiesto abuso de derecho o fraude de ley (cf. A. DE PABLO SERRANO, “Slapps (denuncias abusivas o mordaza): la soga de las empresas sobre la libertad de expresión”, A. DE PABLO SERRANO (COORD.), J. DEL CARPIO DELGADO Y M. HOLGADO GONZÁLEZ (DIR.), *La libertad de expresión asediada: delitos de odio, delitos de opinión, censuras de Gobiernos y de empresas*, Aranzadi, 2023, apdo. V.1).

⁷⁵ El Derecho español podría llegar al mismo resultado ex art. 46.1 a) LCJI por lo que puede considerarse una aportación limitada (cf. P. DE MIGUEL ASENSIO, “Directiva 2024/1069 sobre demandas estratégicas contra la participación pública: competencia judicial y reconocimiento de resoluciones”, 17 de abril de 2024, apdo. I. Disponible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2024/04/directiva-20241069-sobre-demandas.html>).

potencial para el debate. También revierte la armonización procesal en favor del principio de autonomía procesal de los Estados. Esta armonización relativa evita eventuales argumentos de exceso competencial pero reduce de forma significativa el nivel de protección en puntos importantes. Con estos condicionantes, la Directiva consagra un marco de garantías procesales que culmina en las reguladas en el capítulo V, que crean un escudo anti-SLAPP para los domiciliados en la Unión aun cuando la demanda estratégica se presente ante los tribunales de un tercer Estado.

La Directiva deja cuestiones pendientes. Es el caso de la falta de una respuesta en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II atenta a la singularidad de las SLAPP y a la racionalidad marco que viene a establecer la Directiva. El impacto de esta situación es distinto según los sectores. Admitida la trascendencia en competencia y Derecho aplicable, donde el debate está abierto, en el sector del reconocimiento se pondrá a prueba lo esencial: las normas de la Directiva como garantía anti-SLAPP *ex ante* y la construcción europea de la noción “manifiestamente infundada y abusiva” en sede de reconocimiento como garantía *ex post*. Asimismo, la Directiva difiere aspectos trascendentes a la trasposición. Esto, sumado a la armonización relativa y de mínimos multiplica el efecto atomizador, pero ofrece la oportunidad de mejorar el nivel de las garantías y su alcance espacial.

Contractual liability and compensation for moral harm

Ενδοσυμβατική Ευθύνη και Αποκατάσταση Ηθικής βλάβης

EUGENIA DACORONIA
Professor of Civil Law
Law School
National and Kapodistrian University of Athens

Recibido: 01.03.2024 / Aceptado: 02.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8921

Abstract: In Greece, the breach of contractual obligation is in principle disapproved by law, it creates, however, only an obligation for the payment of compensation and not an additional obligation for the restoration of moral harm, because the sole non-performance of the contractual obligations cannot cause moral harm. Consequently, according to the Greek legislator, a possibility for the existence of a relevant pecuniary compensation does not exist. Pecuniary compensation for non-pecuniary damage is exceptionally recognized and only in cases defined by law (Art. 299 GCC). For example, it is recognized in the cases of infringement of the personality (Arts. 57, 59 GCC) and of tort, especially for the person who suffered an attack upon his health, honour, or chastity or who was deprived of his liberty (Art. 932 GCC).

In case, however, the violation of the contractual obligation constitutes at the same time - and independently from the existence of the contract - a tort, then it is settled case law in Greece that there is concurrence of contractual and delictual obligation. In that case, the provisions of tort (art. 914 ff. GCC) may apply, in which case, provided that moral harm is sustained, compensation for such moral harm may be sought. Deciding, however, whether the violation of the contractual obligation constitutes at the same time - and independently from the existence of the contract - a tort is not always easy.

The tendency noted in the international texts aiming at the unification of law in Europe is the restoration of moral harm also in cases of breach of a contract. For example, art. 9:501 of the Principles of European Contract Law, PECL and art. 7.4.2 of the Unidroit Principles provide for the possibility of the contracting party to request the restoration of non-pecuniary damage in cases of unjustifiable breach of a contract. Thus, the override of the prohibition set in art. 299 GCC attempted by the Greek doctrine and jurisprudence through the provisions about personality protection and the application of art. 932 GCC, where there is concurrence of contractual and delictual liability, is justified and confirms that art. 299 GCC was rightly criticized almost unanimously by the Greek doctrine already since its introduction as against the tradition of Greek Law and due to the non-lenient situations it causes.

Keywords: Breach of contractual liability, compensation for moral harm, concurrence of contractual and tortious liability, delay of means of transportation, legally protected right, non-pecuniary damage, right of the personality.

Περίληψη: Σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο, κατ' αρχήν, η παράβαση ενοχικής υποχρέωσης αποδοκιμάζεται από το νόμο δημιουργεί όμως μόνο υποχρέωση καταβολής αποζημίωσης και όχι πρόσθετη υποχρέωση για αποκατάσταση ηθικής βλάβης, διότι μόνη η μη εκτέλεση των συμβατικών υποχρεώσεων δεν μπορεί να προξενήσει ηθική βλάβη. Συνεπώς, δεν μπορεί να υπάρξει σχετική χρηματική αποκατάσταση σύμφωνα με τον Έλληνα νομοθέτη, ο οποίος έχει επιλέξει ένα σύστημα σύμφωνα με το οποίο χρηματική ικανοποίηση για μη περιουσιακή ζημία αναγνωρίζεται εξαιρετικά και μόνο στις περιπτώσεις που ορίζει ο νόμος (ΑΚ 299). Αναγνωρίζεται, για παράδειγμα, στην περίπτωση προσβολής της προσωπικότητας (ΑΚ 57, 59) και στην περίπτωση αδικοπραξίας, ιδιαίτερα για το

πρόσωπο που υπέστη προσβολή της υγείας, τιμής ή αγνείας του ή που στερήθηκε την ελευθερία του (ΑΚ 932).

Στην περίπτωση, ωστόσο, που η αθέτηση της συμβατικής υποχρέωσης συνιστά συγχρόνως – και ανεξάρτητα από την ύπαρξη της σύμβασης – αδικοπραξία, τότε γίνεται παγίως δεκτό στη νομολογία μας ότι υπάρχει «συρροή συμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης». Στην περίπτωση αυτή οι διατάξεις περί αδικοπραξιών (άρθ. 914 επ. ΑΚ) μπορούν να εφαρμοστούν και, υπό την προϋπόθεση ότι προκαλείται ηθική βλάβη, μπορεί να ζητηθεί χρηματικό ποσό για την αποκατάσταση της ηθικής βλάβης. Ωστόσο, η απόφαση για το αν η παράβαση της συμβατικής υποχρέωσης συνιστά την ίδια στιγμή – και ανεξάρτητα από την ύπαρξη της σύμβασης – αδικοπραξία δεν είναι πάντοτε εύκολη.

Η τάση που παρατηρείται στα διεθνή κείμενα που επιδιώκουν την ενοποίηση του δικαίου στην Ευρώπη είναι η αποκατάσταση της ηθικής βλάβης και στην περίπτωση αθέτησης σύμβασης. Π.χ. το άρθρο 9:501 των Θεμελιωδών Αρχών του Ευρωπαϊκού Δικαίου των Συμβάσεων (Principles of European Contract Law, PECL) και το άρθρο 7.4.2 των Αρχών Unidroit προβλέπουν ότι σε περίπτωση αδικαιολόγητης μη εκτέλεσης της σύμβασης μπορεί να ζητηθεί από τον αντισυμβαλλόμενο και η αποκατάσταση της μη περιουσιακής ζημίας. Συνεπώς, η επιχειρηθείσα από την ελληνική θεωρία και νομολογία παράκαμψη της τιθέμενης με την ΑΚ 299 απαγόρευσης με την καταφυγή στις διατάξεις για την προστασία της προσωπικότητας και στην εφαρμογή της ΑΚ 932, όπου υπάρχει συρροή δικαιοπρακτικής και αδικοπρακτικής ευθύνης είναι δικαιολογημένη και επιβεβαιώνει ότι ορθώς η ΑΚ 299 είχε κατακριθεί σχεδόν ομοφώνως στην ελληνική επιστήμη ήδη από την εισαγωγή της στον ΑΚ ως αντίθετη στην παράδοση του ελληνικού δικαίου και λόγω της ανεπιείκειας που δημιουργεί.

Λέξεις- Κλειδιά: αθέτηση συμβατικής υποχρέωσης, αποκατάσταση της ηθικής βλάβης, συρροή ενδοσυμβατικής και αδικοπρακτικής ευθύνης, καθυστέρηση μεταφορικών μέσων, μη περιουσιακά αγαθά, μη περιουσιακή ζημία, προσβολή προσωπικότητας.

Sumario: Introduction. II. Distinction between pecuniary and non-pecuniary damage (moral harm). III. Restoration of moral harm only in cases of infringement of the personality or in cases of tort. IV. The principle of concurrence of contractual and tortious liability. Difficulty in ascertaining the concurrence of contractual and tortious liability. V. Case Law on the restoration of moral harm in case of breach of contract. 1. Loss of wedding video tapes and wedding dress destruction. 2. Delay of means of transportation - Loss of baggage - Loss of pre-paid travel expenses. 3. Undesirable child-bearing. VI. Position of the legal doctrine. VII. The modern international tendency. VIII. Conclusion.

I. Introduction

1. The reason for the selection of the topic of the present essay, which has repeatedly been the object of discussion in the Greek legal doctrine, was provided by the book titled “The Recovery of Non-Pecuniary Loss In European Contract Law”, issued by Cambridge University Press in 2015 with editor in chief Professor Vernon Valentine Palmer of the Tulane University of New Orleans, US, where, after research conducted in 12 EU-member states and based on the answers given to 11 hypothetical cases, an effort has been made to categorize the EU member states depending on whether or not they recognize the relevant recovery. France, Italy and Portugal answered positively in 9 out of 11 hypothetical cases, Spain, Bulgaria and Greece in 7 of those cases¹, the Netherlands and UK in 6 and 5 cases respectively, while Germany and Poland in 3, Sweden in 2 and Austria in only 1 of the cases².

Accordingly, member states were classified in those (France, Spain, Italy, Bulgaria, Portugal and Greece) who recognize the relevant recovery in most cases (liberal regimes), in those (The Netherlands and the United Kingdom) that, even though they do not exclude such a recovery, they recognize the recovery of moral harm in contractual obligation in some cases and with stricter requirements (mo-

¹ The answers to the cases for Greece were given by the writer, who had the honour to participate in the book as the National Reporter.

² See V. PALMER, *European Contractual Regimes: The Contemporary Approaches* (in English), in V. PALMER (ed.), *The Recovery of Non-Pecuniary Loss In European Contract Law*, (in English), 2015, p. 96.

derate regimes), and in those (Germany, Poland, Sweden and Austria) that do not recognize in most of the cases or categorically exclude the relevant restitution (conservative regimes). In this survey, Greece is classified in the category of liberal regimes,³ even though according to art. 299 of the Greek Civil Code (GCC), pecuniary compensation for moral harm is exclusively recognized and only in the cases provided by law. The reasons for that classification are made clear in the following analysis.

II. Distinction between pecuniary and non-pecuniary damage (moral harm).

2. As noted,⁴ the terms “non-pecuniary loss” and “moral harm” appeared in international bibliography, in judicial decisions and in legal doctrine almost in the middle of 19th century and the exact origin and meaning of the terms is not exactly known. The term “moral damage” is widely used in legal systems such as the Italian (“danno morale”), the Spanish (“daño moral”) and the Belgian (“dommage moral”), which are influenced by the French system (“dommage moral”), while in Germany the term “non-pecuniary damage” is more widely used (“nicht Vermögensschaden”). The term “non-pecuniary damage” is mostly met in the common law countries and, when that damage is restored, it is included in the general compensation. In Greece, both terms are used as synonymous (see arts. 299, 59 and 932 of the Greek Civil Code).

3. In contrast to pecuniary damage, for which art. 298 GCC dictates that it includes both direct loss and lost profits and provides for the relevant definitions, art. 299 GCC does not define what non-pecuniary damage is, leaving the relevant task to legal doctrine. Legal doctrine defines “non-pecuniary damage” or “moral harm” as the damage caused in non-material legally protected rights such as life, health, freedom, honour etc., which derive from the physical, mental or social individuality of the person⁵, or, in a different phrasing, the sorrow, sadness or pain caused by the insult of a non-pecuniary legally protected right (such as mainly the legally protected right of the personality) but also of any other legally protected right that has a special psychological value for the beneficiary, apart from its pecuniary value⁶. It is interesting to note how the Mexican Civil Code defines moral harm in its Art. 1916, according to which “As moral harm is considered the harmful consequence a person endures to their appearance, honour, fame, private life, corporal integrity and view or impression other people have for them”.

III. Restoration of moral harm only in cases of infringement of the personality or in cases of tort.

4. According to Greek law⁷, the breach of contractual obligation is in principle disapproved by law, it creates, however, only an obligation for the payment of compensation and not an additional obligation for the restoration of moral harm, because the sole non-performance of the contractual obligations cannot cause moral harm. Consequently, according to the Greek legislator, a possibility for the existence of a relevant pecuniary compensation does not exist. Pecuniary compensation for non-pecuniary damage is exceptionally recognized and only in cases defined by law (Art. 299 GCC⁸). For example, it is recognized in the cases of infringement of the personality (Arts. 57, 59 GCC⁹) and of tort,

³ See V. PALMER, (supra), pp. 95 and 104.

⁴ V. PALMER, (supra, fn. 2), General Introduction, p. 4, 5

⁵ M. STATHOPOULOS, Law of Obligations, General Part, 5th ed., 2018, § 8, no. 57.

⁶ See, among others, P. KORNILAKIS, Law of Obligations, Special Part I, 2002, § 106 8, p. 647.

⁷ See, among others, M. STATHOPOULOS, (supra, fn. 5), § 8, no. 66.

⁸ For the historical origin of the provision, see A. KORNILAKIS, The Breach of Contract as an Invasion to the Personality, EpiskEmpD (Episkopissi Emporikou Dikaiou = Commercial Law Overview) 2007, 23, note 1 and the references mentioned therein.

⁹ See ST. PATERAKIS, Pecuniary Damages for Moral Harm, 2nd ed., 2001, pp. 262, 263- K. FOUNTEDAKI, in A. GEORGIADIS SEAK (Short Interpretation of the GCC), Vol. 1, 2010, 577 no. 5. Greek Courts are very sensitive in cases of infringement of the personality and they award a sum for pecuniary compensation of the moral harm sustained to persons when their name, their reputation or their esteem are violated (see indicatively AP (Areios Pagos = Greek Court of Cassation) 1227/1993 EllDni

especially for the person who suffered an attack upon his health, honour, or chastity or who was deprived of his liberty (Art. 932 GCC)¹⁰.

5. At an international level, for the justification of the rule of non-restoration of moral harm in cases of breach of contract, where it applies, the following reasons are invoked¹¹:

- The concern that courts will be burdened with relevant lawsuits in a sector such as commercial life, where the danger of breach of contract is not scarce. It is said that every breach of contract could cause a claim for distress or grief, real or invented, resulting in a raise of the expenses for the contracting parties.
- The threat of refutation of safety and predictability in business transactions, where damages in case of breach of contract should be able to be estimated in advance by the contracting parties.

IV. The principle of concurrence of contractual and tortious liability. Difficulty in ascertaining the concurrence of contractual and tortious liability

6. In case, however, the violation of the contractual obligation constitutes at the same time - and independently from the existence of the contract - a tort, then it is settled case law that there is “concurrence of contractual and delictual obligation”. In that case, the provisions of tort (art. 914 ff. GCC) may apply, in which case, provided that moral harm is sustained, compensation for such moral harm may be sought. This will happen e.g. if the ill - execution of the prestation of the contract offends other legally protected goods of the creditor (such as his personality) and entails damage, other than the object of the contract.

More specifically, though, it may be argued that the specific provisions governing the violation of contractual obligations (arts. 330, 335 *et seq.*, 362 *et seq.*, 382 *et seq.* GCC), as special provisions, prevail over those regarding tortious liability and they do not concur with them (principle of *non cumul*), the Greek jurisprudence adopts the principle of “free concurrence of claims” (principle of *cumul*).¹² According to this principle, when the act or omission which constitutes the contractual non-performance is simultaneously and in itself unlawful, the two liabilities, delictual and contractual, concur;¹³ the relevant claims are submitted to different prescription periods depending on the different legal basis.

7. Regarding the presupposition of unlawful behaviour, it must be said that a behaviour is unlawful not only when it contravenes a provision of the law, but also when it is contrary to the unwritten rules of prudence and diligence, to be expected from all members of the society, when acting. Such unwritten rules of behaviour are dictated either by explicit provisions of the GCC (arts. 281 and 288) or by

(Elliniki Dikaiosyni = Greek Justice) 36, 849; Thessaloniki Court of Appeal 2019/1989 Arm 43, 461· Athens Court of Appeal 5155/1998, EllDni 39, 1403· Piraeus Single -Member Court of First Instance 314/1984 NoV (Nomiko Vima = Legal Tribune) 33, 681; Patras Single - Member Court of First Instance 813/1994 ArchN (Archeio Nomologias = Archive of Jurisprudence) 46, 35. See also I. KARAKOSTAS, GCC, General principles, Vol. 1, 2005, art. 57, Jurisprudence, nos. 1268, 1275, 1304).

¹⁰ See indicatively M. STATHOPOULOS, (supra, fn. 5), § 8, no. 65. Especially for the use of art. 932 GCC, see CH. KAPSALIS, Material Damage and Moral Harm, NoV 34, 1515-1518. Art. 932 GCC is inspired by art. 47 of the Swiss Code of Obligations which provides that the judge may, taking special occasions into consideration, award to the person harmed to the body or, in case of death, to the family of the deceased, fair compensation for the restoration of the moral harm sustained.

¹¹ See V. PALMER, (supra, fn. 2), General Introduction, pp. 16, 17.

¹² For the disadvantages of the free concurrence of claims see, among others, P. KORNILAKIS, (supra, fn. 6), § 79 4 IIß, p. 463 f.

¹³ See relatively P. KORNILAKIS, (supra, fn. 6), § 79 4, p. 461 ff., where also (p. 462, fn. 3) reference is made to the abundant relevant jurisprudence; M. STATHOPOULOS/A. KARAMPATZOS, Contract Law in Greece (in English), 3rd ed., 2014, no. 41; M. STATHOPOULOS, (supra, fn. 5), § 15 no. 10. See also, among the most recent decisions, AP 1207/2011, published in NOMOS data bank; AP 878/2011 EEmpDik (Epiteorissi Emporikou Dikaiou = Commercial Law Review) 63, 416; AP 737/2011 NoV 59, 2346; AP 1024/2010 NoV 59, 107; AP 1190/2007 EllDni 48, 1106 ff; AP 895/2004 ChrID (Chronika Idiotikou Dikaiou = Chronicles of Private Law) D/2004, 1009; AP 1145/2003 EllDni 45, 458 = DEE (Dikaio Etaireion kai Epichiriseon = Law of Companies and Enterprises) 10, 1179 = EEmpDik 2004, 819 = ChrID 2004, 55 followed by comments of EL. KASTRISIOS; AP 1538/2002, published in NOMOS; 836/2002 DEE 8, 1267 = ChrID 2002, 599 f. followed by a note of E. NEZERITOU; AP 587/2002 ChrID 2002, 605; AP 555/1999 ArchN 40, 788 = ArchN 41, 502 = EllDni 41, 89 = DEE 6, 190 = EEmpDik 51, 752 with a note of CHR. CHRYSANTHIS, at p. 713.

the general spirit of the legislation and the need of each member of society to expect a minimum standard of care from other members of society. This principle of prudence and diligence obliges the members of society not to provoke damage to somebody else culpably.¹⁴ When a contractual non-performance is not in itself unlawful, i.e. it is not contrary to this general duty of “not culpably damaging another”, which is imposed by law, no concurrence of contractual and delictual liability exists; in such a case only the provisions regarding the violation of contractual obligations apply,¹⁵ which means that compensation for moral harm in case of violation of the contract cannot be awarded. Restoration for moral harm can be sought only if the culpable harmful behaviour, which constitutes a breach of contractual obligations, is in itself, i.e. without the contractual relationship, unlawful, because it is contrary to the general duty of “not culpably damaging another” imposed by art. 914 GCC; such is for example the case¹⁶ of an unlawful and invalid formal notification terminating the tenancy, which also generates liability on tort to compensate the party that sustained damage and to restore the moral harm according to Arts. 914 and 932 GCC.

Deciding, however, whether the violation of the contractual obligation constitutes at the same time - and independently from the existence of the contract - a tort is not always easy, as it can be shown from the two following decisions of the Court of Cassation (Areios Pagos). The first case¹⁷ is an example of a breach of contract, where the Court of Cassation held that no concurrence of the contractual and the delictual claim existed; to the contrary, the second case¹⁸ is an example of a breach of contract, where the Court of Cassation held that concurrence of the contractual and the tortious claim existed.

8. More particularly, in the first case, the plaintiff claimed that she had leased a safety-box in the vault of the defendant bank,¹⁹ where she had deposited her jewelry, worth Greek Drachmas (GRD) 408,895,000 (= € 1,199,985. 33). On 21 December 1992 thieves broke into the Bank using the “riffi” method and stole, amongst others, the plaintiff’s jewelry. The plaintiff asserted that the theft of her jewelry was owed to the lack of the agreed quality of the lease for which the bank had vouched, namely to the lack to ensure that the jewelry would be safety kept, and to the culpable behaviour of the bank’s organs who breached the said contractual obligation. She claimed the above amount as damages according to the provisions on lease and, alternatively, according to the provisions on torts, also GRD 50,000,000 (= € 146,735.14) as moral harm.

According to the Greek Court of Cassation, the contract whereby a bank, in return for money, provides a natural person with the use of a safe for placing jewelry and other valuables bears the character of a lease contract. By virtue of the said contract, the bank undertakes to provide the lessee with the use of an area (safety-box), which, according to business usage, is suitable for safe-keeping valuables against ordinary and daily dangers. This is the sole obligation undertaken by the bank by virtue of the lease contract and, accordingly, the bank’s liability is restricted to its fulfillment. The lessee aims at the suitability of the vault and safe for safe-keeping valuables and the lessor vouches for it, having made the said suitability an implied term of the contract. If the said suitability is lacking, the lessee is entitled to exercise the rights provided by art. 577 GCC, including the right to ask for damages for non-performance.

The court also repeated its well-established jurisprudence that when the culpable prejudicial act or omission, which constitutes a violation of the contractual obligations, is in itself, i.e. without the contractual relation, unlawful as contrary to the general duty of “not culpably damaging another” imposed by art. 914 GCC, two liabilities – contractual and tortious – are established. However, the Court concluded that in the present case a delictual liability could not be substantiated, because the culpable behaviour attributed to the organs and employees of the bank, i.e. the alleged violation of the contractual obligation to ensure that the plaintiff’s jewelry would be safely kept, would not be unlawful without the

¹⁴ For the general obligation of prudence and diligence see, among others, AP. GEORGIADIS, in: AP. GEORGIADIS/M. STRATHOPOULOS (eds.), Civil Code, 1982, art. 914, no. 29; P. KORNILAKIS, (supra, fn. 6), § 84 3 II, pp. 492 - 494.

¹⁵ See M. STATHOPOULOS, (supra, fn. 5), § 15 no. 11.

¹⁶ Athens Court of Appeal 24/2011 DEE 11, 589. See also AP 659/2010 ChrID IA/2011, 274.

¹⁷ AP 1123/2006, ChrID ΣΤ/2006, 974.

¹⁸ AP 1190/2007 EllDni 48, 1106 ff.

¹⁹ For the legal nature and characteristics of the lease of a safety-box in a bank see P. PAPANIKOLAOU, The Exculpatory Clause for the Liability of the Bank in the Case of the Big “Riffi”, 1995 = KritE 1995/1, 131 ff.

contractual relationship from which such obligation stems. According to the Court, in case there had not existed a contractual relationship between the litigants there could have been no discussion of a behaviour contravening the general rule of Art. 914 GCC and thus generating an obligation for damages.

9. In the second case, the plaintiff bought rolls of cloth of several qualities from the defendant at an agreed total price of Italian lira 31,430,000 (= € 15,590.94). However, from the sold and delivered to the plaintiff commodities five rolls (259 meters) of woolen cloth, destined for the fabrication of jackets for men for which the plaintiff had paid to the defendant the amount of Italian lira 6,836,625 (= € 3,418.93), presented substantial defects, due to poor workmanship in fabrication. The plaintiff used 155 metres from the 259 metres of the above-mentioned defective cloth and produced 90 jackets, whereas the rest 104 metres have not been used because of their defectiveness. Sixty from these ninety jackets were sold but they were returned due to their defective cloth. From those jackets only 15 managed to be resold at a price of GRD 10,000 (= €29,35) each. The Court of Appeal decided that due to the negligence of the defendant to submit the cloth, as obliged to, to all necessary controls before giving it to the market, in order to guarantee its fitness for the use for which it was destined, the plaintiff sustained damage amounting to GRD 2,010,000 (= € 5,899) in total and moral harm amounting to GRD 100,000 (= € 293,47). The Court of Appeal reversed the decision of the Court of First Instance which, though it rejected the claim in substance as being time-barred, it had considered the action lawful to what concerned its main ground (contractual liability) and unfounded in law regarding its ancillary ground (tortious liability) and accepted the action partly in substance concerning its auxiliary basis and ruled that the amount of € 6,192.47 should be paid as damages and for her pecuniary satisfaction.

The Greek Court of Cassation held that, as it derives from Art. 561 GCC, as it stood prior to its amendment by art. 1 of L. 3043/2002, and applied to the case because of the year the contract was entered into, and art. 522 § 1 GCC, in case of a sale of a thing described by class, if the thing has a defect of which the seller at the time of its delivery to the purchaser was aware but fraudulently concealed, the purchaser, instead of the remedies of reversal, or reduction of the purchase price or replacement of the defective object, may ask for damages for nonperformance. Furthermore, the Court noted that a breach of contract alone does not constitute a tort. Although it constitutes an unlawful act, the consequences of the breach are regulated not by the provisions on torts, but by the provisions on non-performance of contractual obligations (impossibility of performance, debtor's default, performance unduly performed etc.). Nonetheless, it is possible for a fact to meet the preconditions of both a breach of contract and of a tort, in which case it is subject to multiple evaluation and examined through different aspects. According to the prevailing view in case law, the culpable (out of intent or negligence) prejudicial act or omission which constitutes the contractual non-performance and generates the contractual liability of the debtor may also establish tortious liability, when even without the contractual relationship such act or omission would be in itself unlawful, as being contrary to the general duty of not culpably provoking damage to somebody else, duty imposed by art. 914 GCC. Particularly, in case of a sale of a thing defined by class, which at the time of its delivery to the purchaser has a defect that the seller fraudulently concealed, the purchaser may base his claim for the damage causally linked with the defect in art. 561 GCC as well as in art. 914 GCC. It derives from art. 914 GCC that fault, which is a precondition of tortious liability, encompasses both intent and negligence. The Court concluded from the foregoing that when the two liabilities concur and therefore two different claims are established, the restriction stemming from the law as to the contractual liability, as in art. 561 GCC, which requires fraudulent concealment of the defect in order for the contractual liability of the seller to be established, does not apply to tortious liability, as otherwise the recognition of tortious liability, apart from the contractual liability, would lack its practical significance for the creditor. It thus confirmed the decision of the Court of Appeal, which, based on the provisions of tort, had awarded the amount of GRD 2,010,000 (= € 5,898.75) as pecuniary damage and the amount of GRD 100,000 (= € 293,47) as moral harm for the negligent behaviour of the defendant to submit the fabric to all the necessary controls for its suitability before delivering it in the market.

We are puzzled on whether these decisions of the Court of Appeal and of the Court of Cassation in this last case are in line with the above-mentioned intent of the Greek legislator, who, as a rule, does not grant compensation for moral harm for the mere non execution of the obligations of the contract.

V. Case Law on the restoration of moral harm in case of breach of contract

10. As it occurs from the presentation of the below mentioned cases (under i-iii,) where the Greek courts affirm the award of pecuniary restitution due to moral harm in cases of breach of a contract, they do so either by finding that the breach of the contract also constitutes a tort (concurrence of contractual and delictual liability, which is accepted in the Greek legal system, as already mentioned) or by applying the provisions for the protection of personality, because an infringement of an element of the personality has taken place.

1. Loss of wedding video tapes and wedding dress destruction

11. According to the facts of the case ruled by the Halandri Justice of the Peace Court²⁰, in January 2000 the plaintiffs, while preparing their marriage, addressed to the defendant and drew up a contract by which the latter undertook the video tape recording and the photo shoot of the ceremony. However, when the plaintiffs saw for the first time the video tapes that were delivered by the defendant on time, they found out that the bride's (second plaintiff's) parents were presented as the best men and reversely the best men were presented as the bride's parents. They immediately contacted the defendant and asked him to correct the videotapes. The defendant agreed to correct the video tapes, however, he did not deliver them. The plaintiffs filed an action claiming for pecuniary satisfaction for moral harm given that their marriage had significant sentimental value for them and the definitive loss of the video tapes of the ceremony caused them a serious sentimental upset and harmed them in a way that could not be restored and pecuniary evaluated.

The Court accepted the action and awarded the amount of € 1,000 to each plaintiff as pecuniary satisfaction for moral harm due to the loss of the video tapes of their marriage ceremony. It held that the marriage consists an uppermost, unique and unrepeatable expression of the social life of the individual. The preservation of souvenirs from that great event not only satisfies deep and true needs of the persons that directly concern their emotions and their mental satisfaction but also consists a kind of tradition. The loss of the videotapes caused significant mental distress to the plaintiffs and deprived them of the possibility to look back to the uppermost celebration for the beginning of their common life and deprived their descendants of a great family souvenir. The said loss cannot be substituted by the photos of the ceremony, given that the value of the video recording, which saves in an exact and lively manner the captured moments, is obviously more important. Given that art. 57 GCC protects the personality abstractly and globally, if it is neither possible to predict every case of infringement nor to exclusively enumerate the expressions of the personality and, given that the infringement in question was against the plaintiffs' personality, the harm caused was moral and could not be priced, requiring pecuniary satisfaction. Thus, the action was accepted and the above amount was awarded.

12. Additionally, the Patras Justice of the Peace Court dealt with a case in which a wedding dress worth € 1.000 was destroyed in a dry cleaner²¹, because, even if the suggested cleaning method was dry cleaning, the dress was washed with a special cleaning liquid, resulting in the alteration of the fabric's colour. The amount of € 700 was awarded as compensation and the amount of € 250 as moral harm, as the Court ruled that this unlawful and culpable behaviour against the plaintiff consists a tort even without the existing contractual relationship of the provision of cleaning services, because the culpable destruction of the dress during its cleaning has the elements of a tort. It is unlawful even without the contractual relationship because it contradicts the duty of not provoking damage to the absolute protected right of ownership of the person according to art. 914 GCC. The Court considered the sum of € 250 to be reasonable for the moral harm suffered by the plaintiff by the tort committed against her, taking into consideration, for the estimation of the amount, especially the mental suffering of the plaintiff due to the sentimental value this

²⁰ Halandri Justice of the Peace Court 266/2003, NoV 51, 1474.

²¹ Patras Justice of the Peace Court 4/2008, published in NOMOS.

specific dress had for her, as it was her wedding dress, the extent of the damage, the culpability of the assistants of the defendant company, as well as the property and social situation and status of the parties.

2. Delay of means of transportation - Loss of baggage - Loss of pre-paid travel expenses

13. In 2000, the Nikaia Justice of the Peace Court²² awarded the plaintiff GRD 120,000 (= € 352) from the Attica Urban Transport Organization for moral harm he suffered as a passenger of a bus because of the delay of the bus without reason for 40 minutes. In particular, according to the facts of the case, as one of the streets of Athens (Patision) was closed due to manifestations, the plaintiff, a passenger on the express bus of the line Athens – Halandri, as well as other passengers, asked from the driver to change the usual itinerary and take instead another street. The driver and the station master first refused to do so; at the end, after an unreasonable delay of 40 minutes, the driver followed, out of his own decision, the instructions of the passengers. As an outcome, according to the Court, the plaintiff was infringed to his personality and in particular in one of its elements which is the free regulation of his free time. This infringement was unlawful, given that the defendant has the legal obligation to take special care of the service of the passengers and of the quality of their life in the areas of its jurisdiction. The Court held that the plaintiff suffered substantial moral harm, as weren't for the said unreasonable delay, the plaintiff would have spent these 40 minutes as he wished with beloved persons at places of his choice and he would have not been deprived of this right to freely dispose of his time. The Court further held that the above-mentioned amount of GRD 120,000 is reasonable and sufficient in view of the good infringed, the particular traffic conditions and the relatively short duration of the infringement²³ and that the plaintiff should be awarded the said amount instead of the amount of GRD 300,000 (= € 880) sought by the plaintiff.

The Athens Multi-Member Court of First Instance²⁴ held that the travel agent is liable for damages and compensation for the moral harm of the passengers from the delay or non-execution of the transport due to the culpability of the agent or the air carrier and the Athens One-Member Court of First Instance²⁵ awarded the amount of GRD 200,000 (= € 587) as moral harm to the plaintiff, a Professor of the Dentistry School of the Athens University, who, though he had a ticket and arrived at the airport in time, was, without any convincing excuse, refused boarding at a flight from Heraklion (Crete) to Athens and, as a consequence, lost the next flight to Thessaloniki and his participation to a Congress there. The Court held that the plaintiff, taking into consideration his status as a Professor and the aim of the trip, felt grief, sadness, the reduction of his reputation from the refusal to board, his staying at the Heraklion airport for 8 hours and his arrival at Thessaloniki with delay and in general he suffered enormously and for this reason he was entitled to compensation for moral harm, which, taking into consideration the financial status of the parties, was fixed by the Court to the above mentioned amount of GRD 200,000.

However, according to the Thessaloniki Court of Appeal,²⁶ there was no tort and, therefore, no sum for moral harm was owed in case of the delay of an air transport (51 hours due to a technical problem in the aircraft), since the delay of the air transport does not constitute a tort on its own and does not exist without the contract between the parties, in the context of which the defendant acted exclusively. Additionally, according to the Athens Court of Appeal²⁷ no infringement of the personality exists and, thus, no amount for moral harm is due in the case of delayed delivery of baggage.

²² Nikaia Justice of the Peace Court 182/2000 NoV 49, 677, with a note by K. CHRISTAKAKOU.

²³ It must be noted here that there are no tables in Greece for the judges to consult or any other methods of calculation of the amount of money to be awarded as monetary compensation.

²⁴ Athens Multi-member Court of First Instance 5143/1997 EEmpDik 49, 780.

²⁵ Athens One-Member Court of First Instance 7162/1995, published in NOMOS.

²⁶ Thessaloniki Court of Appeal 1199/2009, EpiskEmpD 2009, 751 with an Introd. Note of K. PAMPOUKIS, 753.

²⁷ Athens Court of Appeal 1531/2011 EpiskEmpD 2011, 861 with an Introd. Note of K. PAMPOUKIS = DEE 17, 936. *Contra* Athens Justice of the Peace Court 301/2011, published in NOMOS. *Cf.* the European Court of Justice (ECJ) (3rd department) on the 6th of May 2010 in the decision C-63/09 - Axel Walz VS Clickair SA after a question referred for a preliminary ruling by the court of Barcelona, Spain (Juzgado de lo Mercantil n° 4 de Barcelona), ruled that the term “damage”, as used in art. 22 para. 2 of the Convention for the Unification of certain rules for international carriage by air, signed in Montreal on the 28th of May 1999, by which a limit of the liability for the air carrier is set for damage caused, especially, for the loss of baggage includes both pecuniary damage and moral harm.

14. In another issue concerning the loss of the possibility to participate in a trip, the Athens Court of Appeal did not award compensation for moral harm for the loss of the possibility to participate to a programmed trip which was due to the breach of the contract of the other contracting party, though the plaintiff claimed to have suffered great physical and emotional hardship, mental grief and emotional stress and sadness with further consequences and, due to her efforts to make the trip, to deeply violate her personality. According to the Court, the sole breach of contractual obligations does not constitute a tort, so a claim for moral harm does not exist²⁸. However, the European Court of Justice (ECJ), concerning Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours, ruled in case C-168/00 - Simone Leitner VS TUI Deutschland GmbH & Co. KG, after a question referred for a preliminary ruling by a Court of Linz, Austria (Landesgericht Linz), that art. 5 of the Directive provides the consumer with a right for the restitution of moral harm, which occurs from the non-performance or the defective performance of the organized trip²⁹.

15. Finally, the claim of a foreigner who, due to an accident, is forced to end his vacation in Greece early and return to his home country, thereby losing part of his travel expenses that were paid *in advance* is exclusively taken into consideration in the frame of the moral harm that he sustained, according to the provision of Art. 932 GCC, because, as ruled by the Court of Appeal of Thessaloniki³⁰ only *an already sustained damage*, i.e. a damage occurred at the time period between the harm and the filing of the action, as well as *future damage*, i.e. damage, either positive or consisting in the loss of profit, extending to the period after the filing of the action, can be compensated. The Piraeus Court of Appeal follows a different approach to the issue of the loss of prepaid travel expenses which we find more convincing. Deciding on a similar case³¹, it held that the damage was causally related to the damaging event and should, thus, be compensated. According to the Court, the injury of the plaintiff was due to the damaging event and because of this event the plaintiff could not undertake the cruise as planned, the costs for which had been prepaid. The Court of Appeal held that damages should be paid for these prepaid expenses as well.

3. Undesirable childbearing

16. Despite the vivid discussion in the Greek legal doctrine regarding medical malpractice³² and cases of wrongful birth and wrongful life³³, the Greek courts had only scarcely dealt with some of the issues posed. The decision of the Larissa Court of Appeal 544/2007³⁴ was the first to affirm the possibility of compensation for moral harm for parents whose right to choose to interrupt the pregnancy was deprived, though in the particular case it did not proceed to award compensation for moral harm in view of the facts which were the following:

²⁸ Athens Court of Appeal, 5885/1994 EpiskEmpD 1996, 618 followed by a note of D. KLAVANIDOU, Pecuniary Damages for Moral Harm for The Breach of Contractual Obligations, EpiskEmpD 1996, 618 ff, who claims that the court should have examined if there had been an infringement of the personality that justified pecuniary restoration of the moral harm, in application of arts. 57,59 GCC.

²⁹ See also the German law, according to which the loss of the enjoyment of annual holidays has been characterised as a pecuniary damage to be restored (see among others *V. Palmer*, (supra, fn. 2), General Introduction, p. 12.

³⁰ Thessaloniki Court of Appeal 1768/1999, EpSygkD (Episkopissi Sygkoinoniakou Dikaiou = Transport Law Overvue) 1999, 494.

³¹ Piraeus Court of Appeal 480/1996 EpSygkD 1999, 42.

³² See indicatively A. CHARALAMBAKIS, Medical Liability and Ethics, 1993; K. FOUNTEDAKI, Human Reproduction and Civil Medical Liability, 2007; *idem*, Civil Medical Liability, 2003; *idem*, Civil Medical Liability after the L. 2251/1994, KritE (Kritiki Epitheorisi Nomikis Theorias kai Praxis = Critical Review of Legal Theory and Praxis) 1996, 179 f.; *idem*, The Issue of Causation in Medical Liability, EllDni 35, 1226 f.

³³ See K. FOUNTEDAKI, Issues of Civil Medical Liability in case of Birth of a Person with Serious Illness or Disability (Wrongful Life), Digesta 2004, 471f.; E. FRAGOUDAKI, The Legal Treatment of Applications of Biogenetic- Especially in Private Law Sector, 2008; M. STATHOPOULOS, Damages and Protection of the Personality of a Handicapped Child, ChrID 0/2009, 97; EMM. TROULI, Digesta 4/2008, 384 f.; D. TSIROS, Medical Liability: Damages for a Child Born Invalid because of a Medical Fault which Deprived the Mother from Interrupting the Pregnancy, EllDni 45, 61 f.

³⁴ EllDni 49, 289.

The plaintiffs, who were married and were already expecting a child, entered into a medical services contract with the defendant doctors, by which the latter undertook the prenatal examination of the foetus. However, the defendants had negligently overlooked the fact that the foetus was suffering from a malformation of the left hand and, accordingly, had not informed the parents of their child's disability. The child was born with the malformation and the parents filed an action against the doctors claiming for pecuniary satisfaction of their moral harm due to the violation of their personality right, alleging that they would have proceeded with the interruption of the pregnancy, if the doctors had not been negligent and had informed them about the disability of their child. The Court of First Instance rejected the action.

The Court of Appeal, confirming the judgment of the Court of First Instance, held that mental health and the emotional world are elements of the personality of an individual. The emotional world is usually derivatively violated because of an unlawful act which primarily offends the person insulted and thus creates the mental pain. If a pregnant woman's legal choice to interrupt the pregnancy is impeded by misinformation as to the health of her foetus, then her personality is unlawfully violated according to the provision of art. 57 GCC. If this violation is culpable, then she is entitled to the right to claim compensation for her moral harm (art. 59 GCC).

17. However, the Court ruled that the lawsuit was legally unfounded due to the fact that the parents' personality right was not violated because they would not have had the right to have an abortion, even if the doctors had notified them of the malformation. The disability in question was not a "serious abnormality" that would lead to the birth of a "pathological child", according to the legal notion of the term; only cases where the unborn child will suffer from a severe illness can be conceptually included in the above notion.

18. In 2009, both the Multi-Member Court of Chania³⁵ and the Multi-member Court of Piraeus³⁶ awarded the amount of € 400,000 and € 350,000 respectively to each of the parents for the very severe moral harm they felt from the non-interruption of the pregnancy to which they would have proceeded if the doctor had not failed to detect and inform them about the child's severe disability or the child's incurable illness respectively. The Courts held that the mother was entitled to compensation for moral harm on the basis of arts. 57 and 59 GCC, because her personality was offended from the deprivation of her legal choice to continue or not the pregnancy after detecting the disability of the child which legally allows abortion, under the conditions of art. 304 § 4 of the Greek Penal Code. According to the said Courts, the father also has the same right even if he is not directly offended, on one hand because the decision for the interruption of the pregnancy does not only belong to the pregnant woman but is an issue of their common life as well and, on the other hand, because he is in a close (marital) relation with her, the negative consequences on her personality reflect to him. The Courts held the above-mentioned amount of € 400,000 and € 350,000 respectively for each of the parents as reasonable after having taken into consideration the kind and the consequences of the offense, the conditions under which it took place, the gravity of the fault and the financial and social status of the parties. Specifically concerning the decision of the Piraeus Court of First Instance, the Piraeus Court of Appeal³⁷ adopted the same reasoning, however it decreased the amount of the compensation awarded to the amount of 250,000 €, which it deemed reasonable. This decision of the Piraeus Court of Appeal was finally confirmed by the decision 10/2013 of Areios Pagos³⁸.

19. In legal doctrine, there is no agreement about whether the father has a claim for compensation due to moral harm in such cases of undesirable childbearing. It has been argued³⁹ that in case

³⁵ Chania Multi-member Court of First Instance 226/2009 ChrID 2011, 182

³⁶ Piraeus Multi-member Court of First Instance 4591/2009, Digesta 2009, 417.

³⁷ Piraeus Court of Appeal 22/2011, published in "ISOKRATIS", the legal data bank of the Athens Bar Association.

³⁸ ChrID 2013, 415 = EilDni 54, 1347 ff, with a commentary by ATH. KRITIKOS, p. 1352 ff.

³⁹ M. KANELLOPOULOU-BOTI, The Obligation of Providing Genetic Information during the Prenatal Control. Especially the Position of The Alleged Biological Father, Digesta 2008, 369 ff. and specifically p. 376; L KITSARAS, Wrongful Birth: A Claim of the Parents against the Doctor for Monetary Compensation because of the Loss of the 'Chance' of Interruption of the Pregnancy? (on the Occasion of Larissa Court of Appeal 544/2007, Piraeus Multi-Member Court of First Instance 4591/2009 and Chania Multi-Member Court of First Instance 226/2009), ChrID IA/2011, 166 - 173.

of loss of the chance to interrupt the pregnancy, a claim for monetary compensation for moral harm must be recognized only to the mother and not to the father of the child, even if the child is born within wedlock, as the notion of an ‘indirect moral harm’ is recognized in Greece only in the frame of art. 932 GCC, and compensation for the ‘moral harm’ caused to a person not because of a direct offence to the personality but through the offence of the personality of another person with whom said person has a close relation, is completely foreign to Greek law⁴⁰. This opinion has been refuted by arguments deriving from the community of life of spouses during marriage, the equality of spouses, the non-establishment by marriage of a parental relation between the spouses, from which it is deduced, according to this second opinion, that the relation of the child cannot be considered *direct* towards the mother and *indirect* towards the father; thus, also the father has, in case of loss of the chance to interrupt the pregnancy, a claim for monetary compensation for his moral harm because of a direct offence to his personality.⁴¹

Regarding wrongful conception, there have been, to our knowledge, no decisions in Greece. However, it has been argued in doctrine⁴² that in the case of the birth of a healthy, but not desired, child: a) the parents should be compensated for their damage if their financial capacities do not allow them to raise the unwanted child; and b) the mother should be compensated for the moral harm she suffered because of her undesired pregnancy. The legal basis for the compensation is not the contract but the provisions on the protection of the personality.

VI. Position of the legal doctrine

20. The provision of art. 299 GCC has been criticized from part of the Greek doctrine and many solutions have been proposed, mainly through the interpretative use of arts. 59 and 932 GCC⁴³. It has been argued, among others,⁴⁴ that there is no reason to treat differently the anger and mental disturbance caused to a person outside a contractual bond and the one caused if an existing contractual bond is violated, when - as underlined by the said opinion - many times, the violation of the contract may cause mental situations worse in intensity than the ones caused due to a tort or in general outside the contractual frame; the violation of a contract may offend the emotional world of the creditor, when it completely overrules the programming of his life. This overruling may cause intense anger, grief, mental disturbance or even mental distress. In such cases the offense of the emotional world has as consequence the offense of the creditor’s personality; this offense is unlawful, as it is not based on a certain right of the debtor. Consequently, the creditor who has sustained such an offense to his emotional world is entitled according to art. 59 GCC to compensation for moral harm. It has been further argued⁴⁵ that art. 59 GCC would have had no reason of existence if it only aimed at covering, in parallel to art. 932 GCC, offenses to the personality deriving from a tortious behaviour; accordingly, art. 59 GCC covers those offenses to the personality that do not have a tortious provenance, i.e. offenses that derive from the violation

⁴⁰ See also Athens Multi-member Court of First Instance 2487/2004, Digesta 2008, 475 and Thessaloniki Multi-member Court of First Instance 2839/2008 EIIDni 49, 289, according to which *neither* the mother *nor* the father of the child have a claim for compensation for moral damage, as they are both third parties who have suffered indirect damage.

⁴¹ P. NIKOLOPOULOS, ‘Wrongful Birth’ and Offence to the Parents’ Personality, TPCL (Efarmoges Astikou Dikaiou = Theory and Practice of Civil Code) 4, 812-820, following the view already expressed by K. Fountedaki, in *Georgiades SEAK*, arts. 57- 60. See also *Kl. Roussos*, Medical Liability Deriving from the Non- Detection of Reasons Suggesting the Interruption of Pregnancy (Thoughts occasioned by AP decision no. 10/2013), ChrID II/2013, 466-472, according to whom the infringement of the absolute right of the parents to family planning, as it is expressed through the provisions of family law and especially art. 1387 GCC, justifies compensation claims made by the parents, including the claim for the restoration of moral damage.

⁴² I. ANDROULIDAKI-DIMITRIADI, The Duty to Inform the Patient, 1993, 417; EMM. TROULLI, Medical Liability for Wrongful Life and Wrongful Birth, Digesta 4/2008, 408, fn. 84.

⁴³ D. KLAVANIDOU, Protection of Personality and Mental Status, TPCL 2, 1037, where also reference to relevant arts. is made at fns. 58 - 60.

⁴⁴ D. KLAVANIDOU, TPCL 2, 1037, 1038; A. KORNILAKIS, EpiskEmpD 2007, 28, 29; K. PAMBOUKIS, Introd. Note to the Thessaloniki Court of Appeal decision no. 1199/2009, EpiskEmpD 2009, 753.

⁴⁵ K. PAMBOUKIS, Pecuniary Compensation due to the Offense of the Personality from the Violation of a Contractual Obligation, Remarks under the Thessaloniki Court of Appeal decision no. 147/2005, EpiskEmpD 2005, 175; *idem*, Introd. Note to the Athens Court of Appeal decision no. 1531/2011 EpiskEmpD 2011, 862, 863.

of a contractual obligation. This view, however, seems not to be the prevailing one in doctrine, as it is said⁴⁶ that, if the abovementioned view was adopted, there would be a risk of an extended liability. It is also doubtful if it is in accordance with the system of the Greek Civil Code to accept that arts. 57 and 59 GCC apply every time there is an infringement of a person's emotional world and, therefore, of the personality, even in cases of breach of contract.

VII. The modern international tendency

21. The tendency noted in the international texts aiming at the unification of law in Europe is the restoration of moral harm also in cases of breach of a contract. For example, art. 9:501 of the Principles of European Contract Law, PECL⁴⁷ and art. 7.4.2 of the Unidroit Principles⁴⁸ provide for the possibility of the contracting party to request the restoration of non-pecuniary damage in cases of unjustifiable breach of a contract. In a national level, there is also a tendency to restore moral harm also in cases of breach of a contract. Therefore, after the Reform of the German Civil Code (BGB) in 2002, the restoration of moral harm is allowed in cases of breach of a contract as well, but only in cases of damage in one's body, health, freedom or sexual self-determination⁴⁹.

22. On the contrary, art. 74 of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) does not include the restoration of non-pecuniary damage⁵⁰ as a claim in cases of breach of a contract.

VIII. Conclusion

23. The override of the prohibition set in art. 299 GCC attempted by doctrine and jurisprudence through the provisions about personality protection and the application of art. 932 GCC, where there is concurrence of contractual and delictual liability, confirms that art. 299 GCC was rightly criticized almost unanimously by the Greek doctrine already since its introduction as against the tradition of Greek Law and due to the non-lenient situations it causes⁵¹. Taking into consideration the modern tendency of including the restoration of non-pecuniary damage in the claims in case of breach of a contract, we might have to adopt the proposal made by the late Professor of the Law School of the Aristotle University of Thessaloniki Dr. Konstantinos Vavoukos, who wrote in 1955: "The elimination of the said provision through legislative initiation would be advisable, so as to enforce fully the wider system of restoration of moral harm proposed by the drafting committee, which essentially is in force in practise. The same happened with the Civil Code in 1945, where art. 299 was deleted. This action was then fully applauded in doctrine"⁵².

⁴⁶ See K. FOUNTEDAKI, GEORGIADIS/SEAK art. 59 no. 5 and 12

⁴⁷ Art. 9:501 PECL: (1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under art. 8:108.

(2) The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss; and (b) future loss which is reasonably likely to occur.

⁴⁸ Art. 7.4.2 Unidroit Principles (Full compensation): (1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.

(2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

⁴⁹ Restoration of moral damage is not possible in cases where emotions are offended, both on a contractual and on a delictual basis (see, indicatively, V. PALMER, (supra, fn. 2), General Introduction, pp. 17, 18.

⁵⁰ Art. 74 CISG: Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

⁵¹ See K. VAVOUSKOS, The Tort in Cases of Moral Damage in the Greek Civil Code, EEN (Efimeris Ellinon Nomikon = Journal of Greek Jurists) 22, 86 and the therein references.

⁵² For the relevant references, see K. VAVOUSKOS, *ibidem*.

Il Colegio de España di Bologna e gli studi di diritto internazionale. Un omaggio ad Alfonso-Luis Calvo Caravaca*

El Colegio de España de Bolonia y los estudios de derecho internacional. Un homenaje a Alfonso-Luis Calvo Caravaca

ANGELO DAVÌ

*Professore emerito di diritto internazionale
Sapienza Università di Roma. Linceo*

ALESSANDRA ZANOBETTI

*Professoressa ordinaria di diritto internazionale
Università di Bologna*

Recibido: 02.06.2024 / Aceptado: 12.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8923

Resumen: El ensayo describe la historia del Colegio de España, fundado en Bolonia en 1364 por el cardenal Albornoza para permitir a los estudiantes hispanos asistir a la facultad de Derecho local, que gozaba de gran reputación en la época. El Colegio, una de las residencias universitarias más antiguas fundadas en la Edad Media, es una de las pocas que siguen en funcionamiento en la actualidad y acoge a becarios españoles que estudian en Bolonia durante dos años para preparar su tesis doctoral, la mayoría de ellos especializados en Derecho. El artículo ofrece una perspectiva histórica de esta célebre institución, y trata en particular de los estudios y del trabajo posterior de los estudiantes que se han dedicado al Derecho internacional.

Palabras clave: Derecho internacional, Derecho internacional privado, Historia, Colegio de España.

Abstract: The essay traces the history of the Colegio de España, founded in Bologna in 1364 by Cardinal Albornoza to allow Hispanic students to attend the local law school, which enjoyed a great reputation at the time. The Colegio, one of the oldest university residences founded in the Middle Ages, is one of the few still in function and it hosts Spanish scholarship holders who study in Bologna for two years to prepare their doctoral thesis, most of them specialising in law. The article offers a historical perspective of this famous institution, looking in particular at the studies and subsequent work of the students who have devoted themselves to international law.

Keywords: International Law, Private International Law, History, Colegio de España.

Sumario: I. La creazione di una domus *Hispanica* a Bologna. II. Il rapporto del Collegio di

*Gli autori esprimono il più vivo ringraziamento a S. E. Don Juan José Gutiérrez Alonso, rettore del Collegio di Spagna, e alla Dott.ssa Enrica Coser, direttrice della Biblioteca e dell'Archivio storico del Collegio, per l'aiuto prestato nelle ricerche bibliografiche e per le preziose notizie che hanno accettato di condividere. Gli autori desiderano inoltre ringraziare la Prof.ssa Nicoletta Sarti e i Professori Adriano Di Pietro e Giovanni Luchetti che hanno fornito loro inestimabili informazioni basate sulla loro profonda conoscenza della storia del Collegio e di quella dell'Università di Bologna.

Spagna con l'Università di Bologna. III. Gli studi dei collegiali: dal Medio Evo all'Età moderna. IV. L'Età moderna e gli studi di diritto internazionale. V. La crisi dei *colegios mayores* e la sopravvivenza del Collegio bolognese. VI. Il Collegio di Spagna e il nuovo corso dell'Università di Bologna dopo l'unità d'Italia. VII. I bolonios e gli studi internazionalistici negli anni '60 del secolo scorso. VIII. Gli studi di diritto internazionale privato dei collegiali nel periodo 1977-1992. IX. Gli anni più recenti: gli studi di diritto internazionale e il crescente interesse per il diritto europeo.

I. La creazione di una *domus Hispanica* a Bologna

1. Chi percorre a Bologna la via Saragozza, partendo dalla porta omonima e andando verso il centro, incontra sulla sinistra, a interrompere la continuità dei portici, un lungo muro possente di antichi mattoni oltre il quale si scorgono le cime di alberi secolari. Quel muro delimita e protegge uno degli edifici più antichi della città ad aver conservato dall'epoca della sua costruzione la propria funzione; è un collegio universitario, destinato agli studenti iberici che venivano allora – e vengono tuttora – a frequentare la scuola giuridica bolognese: il *Colegio de España*.

Il Collegio venne fondato nel 1364 dal cardinale Gil de Albornoz il quale ne stabilì la destinazione, dotandolo anche delle risorse necessarie, nel suo testamento redatto il 29 settembre di quell'anno e conservato nell'archivio del Collegio¹. Lo studioso e amico cui queste pagine sono dedicate vi ha trascorso un periodo importante della sua formazione, studiando i temi di diritto internazionale privato al cui approfondimento ha dedicato poi la sua intera vita.

Il cardinale Albornoz diede prova di lungimiranza fin dalla decisione di denominare la nuova istituzione “*domus Hispanica*” in un momento storico nel quale la Spagna come regno unitario non esisteva ancora e in cui il termine veniva perciò raramente usato². I collegiali provenivano dalle diverse parti della penisola iberica e il fatto di ritrovarsi riuniti lontano da casa favoriva l'affermazione dell'appartenenza a una comune nazione, come ricordato dal Re Juan Carlos di Borbone nella lezione magistrale da lui pronunciata il 5 maggio 1988 all'Università di Bologna in occasione della cerimonia nel corso della quale gli fu conferita la laurea *honoris causa* in Giurisprudenza³. “*Nationes*” era proprio il termine con cui si identificavano, in base alla provenienza, i gruppi di studenti che frequentavano allora lo *Studium* bolognese⁴; ma, salvo qualche eccezione, la più importante delle quali è certamente il Collegio di Spagna, le istituzioni cui le *nationes* avevano dato vita si sono perdute con il trascorrere dei secoli. Senza dubbio uno dei fattori che hanno consentito la sopravvivenza del Collegio consiste nella generosità del cardinale Albornoz. Egli infatti dotò il Collegio, oltre che della sede in cui si trova tuttora,

¹ P. BERTRÁN ROIGÉ, “En el 650 aniversario de la fundación del Real Colegio de España en Bolonia. Glosas al testamento del Cardenal Gil de Albornoz (29.IX.1364)”, in Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, *Rendiconti degli anni 2013-2014*, tomo VI, Bologna, BUP, 2015, pp. 279-325; M. Á. ORTIZ MILLA, “El Colegio de España”, *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 1916, p. 426 ss. (riprodotto nella Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009).

² Il testamento del cardinale indica la sua volontà che con i suoi beni si costituisca un “*Collegium Scholarium ... quam domum, seu Collegium, volo domum Hispanica nominari*”; i primi statuti precisano che il nome deve essere “*Colegio de Españoles*” e che il termine España “*como antiguamente*” designa “*el territorio limitado por el Pirineo y los dos mares*” (per il testo degli statuti, in traduzione spagnola, v. P. BORRAJO Y HERRERA, H. GINER DE LOS RÍOS, *El Colegio de Bolonia: centón de noticias relativas a la fundación hispana de San Clemente*, Madrid, Minuesa de los Ríos, 1880).

³ Il Re Juan Carlos osservò a questo proposito: “*Mientras la integración nacional de España va a cumplir cinco siglos, la primera institución cabalmente española pasa con largueza de los seis... Me refiero al Real Colegio de España*” (in *España y Bolonia*, Madrid, Fernando Villaverde Ediciones, 2006, p. 358). Bella anche l'espressione di J. G. GARCÍA VALDECASAS, “*Un apunte histórico sobre el Real Colegio de España en Bolonia*”, *Nueva Revista*, 29 junio, 2009, *nuevarivista.net*: “*Don Gil reúne a jóvenes de Castilla y Aragón, Cataluña y Galicia, Andalucía, Navarra, Valencia, Extremadura... En su terruño, cada cual habría considerado extranjeros a los otros; en Bolonia, unidos a la suerte de la casa común, iban a descubrir que eran españoles, como los llamaban todos en las aulas y en la calle*”. Anche studenti portoghesi hanno frequentato il Collegio.

⁴ Al riguardo, v. A. I. PINI, “*Le 'nationes' studentesche nel modello universitario bolognese del medio evo*”, in *Studenti e dottori nelle università italiane: origini – XX secolo*, a cura di G. P. Brizzi e A. Romano, Bologna, Clueb, 2000, pp. 21-29, che riporta l'elenco completo delle *nationes* presenti a Bologna a partire dal XIII secolo, quando esse si organizzarono per stabilire con quali criteri di rotazione dovessero essere eletti i rettori.

anche di risorse proprie che, saggiamente gestite dai curatori che si sono succeduti negli oltre sei secoli di storia dell'istituzione, seppure con alterni periodi di difficoltà, permettono ancora oggi il suo funzionamento in assenza di finanziamenti esterni, pubblici o di altra natura. Questa capacità di autofinanziarsi è stata appunto una delle caratteristiche che hanno permesso la conservazione del Collegio e ne hanno garantito l'autonomia. Tuttavia il Collegio, già nelle intenzioni del suo fondatore, possedeva rispetto ad altri istituti simili sorti in quell'epoca sia a Bologna, sia in altre parti d'Europa, dei caratteri peculiari che l'hanno reso ben diverso da una semplice residenza universitaria⁵. Basti menzionare la presenza di una biblioteca – la più antica biblioteca universitaria in territorio italiano – dotata inizialmente dal cardinale Alborno di libri presi dalla sua collezione personale e che presto, grazie anche all'apporto di successive acquisizioni e donazioni, venne ad assumere un'assai notevole consistenza.

La storia del Collegio si è intrecciata con quelle dell'Università e della città di Bologna, ed è stata influenzata dalle vicende che hanno contrassegnato sia la storia spagnola, sia quella del territorio italiano.

2. Perché un collegio, e perché a Bologna? Come è noto, a Bologna, nella prima parte del secolo XI, si data la nascita spontanea di uno *Studium* al quale affluivano studenti da molte parti d'Europa. Proprio a Bologna erano infatti stati trasferiti da Ravenna i *Libri legales* di Giustiniano, come racconta il glossatore Odofredo, e alcuni giuristi – di cui il primo sarebbe stato Pepo o Pepone – avevano cominciato nella seconda metà dell'XI secolo a studiarli e a insegnarne il contenuto, suscitando un interesse per il diritto romano che Irnerio avrebbe poi propagato⁶. Quello che è certo è che gli studenti convergessero numerosi a Bologna da molte parti della penisola italiana e da altre regioni d'Europa per ascoltare l'insegnamento dei *domini*, docenti anch'essi convenuti nella città per perfezionarsi e poi trasmettere quanto avevano appreso. Lo stesso imperatore Federico Barbarossa, visitando Bologna e colpito dal cospicuo numero di studenti presenti in città, aveva voluto facilitarne l'afflusso emanando nel 1155 uno specifico privilegio che comminava sanzioni a chi molestava, offendeva o derubava gli studenti, sia durante il viaggio per recarsi a Bologna, sia durante il soggiorno in città. Il privilegio fu convertito nel 1158 in costituzione imperiale con carattere generale, nota come *Habita* dalla prima parola del testo, intesa a proteggere tutti coloro che lasciavano la terra d'origine per motivi di studio.

Il successo e il prestigio della scuola giuridica bolognese, cui si erano frattanto aggiunte le facoltà delle arti e quella di medicina, aveva provocato nel corso del XIV secolo una certa carenza di alloggi in città; sorsero così, per iniziative private di varia origine, alcune residenze universitarie, fra le quali si possono menzionare il Collegio degli Avignonesi, quello bresciano, quello gregoriano per gli studenti di medicina e di filosofia, e, appunto, il Collegio di Spagna; in anni successivi si aggiunsero il Collegio Fieschi per i genovesi, quello Ferrerio per i piemontesi e quello Montalto per i marchigiani, il Collegio illirico-ungarico e infine quello dei Fiamminghi, fondato nel 1650 da Jean Jacobs e l'unico, assieme a quello di Spagna, tuttora in funzione⁷. L'iniziativa del cardinale Alborno si inserisce dunque in questo quadro; la decisione di facilitare il soggiorno degli studenti iberici a Bologna fu motivata non solo dalla fama dei maestri dello *Studium*, ma anche dal convincimento del cardinale che a Bologna gli universitari potessero trovare la tranquillità necessaria alla loro formazione, in un periodo storico in cui il territorio iberico era teatro di una guerra civile ed era minacciato dalle incursioni arabe. Già da prima dell'istituzione del Collegio gli studenti ispanici costituivano uno dei gruppi nazionali più folti⁸. D'altra parte, come si dirà meglio più avanti, proprio in quegli anni a Bologna era stata istituita con bolla pa-

⁵ V. per un confronto tra il Collegio e altre istituzioni analoghe J. M. FLETCHER, "The Spanish College – Some Observations on its Foundation and Early Statutes", in *El cardenal Alborno y el Colegio de España*, a cura di E. Verdera y Tuells, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, vol. II, 1972, p. 73.

⁶ Sulle origini dell'insegnamento del diritto a Bologna si vedano G. DE VERGOTTINI, *Lo Studio di Bologna, l'impero e il papato*, Bologna, Università di Bologna, 1954; G. SANTINI, "Irnerio e la scuola dei Glossatori", in *Storia illustrata di Bologna*, a cura di W. Tega, vol. VI, Bologna, AIEP, 1989, p. 21 ss.; N. SARTI, *Scuole, Studium, Ateneo. I primi nove secoli dell'Università di Bologna*, Bologna, BUP, 2018.

⁷ V. al riguardo N. SARTI, *Scuole, Studium, Ateneo*, cit., p. 29 ss.

⁸ Si veda la ricostruzione storica della presenza spagnola a Bologna, fin dal XII secolo, compiuta da C. MESINI, "Gli spagnoli a Bologna prima della fondazione del collegio di Alborno (1364-1369)", in *El cardenal Alborno y el Colegio de España*, cit., vol. II, 1972, p. 41 s.

pale una Facoltà teologica, ulteriore elemento che agiva a favore della scelta del cardinale di creare un collegio studentesco in città⁹.

Il palazzo che ospitava, e tuttora ospita, il Collegio di Spagna era sicuramente il più ampio, ricco e ambizioso tra quelli omologhi dell'epoca, ed è stato più volte oggetto di aggiunte e rifacimenti nel corso della sua lunghissima vita¹⁰. Il progetto originario fu realizzato dall'architetto Gattapone da Gubbio seguendo le precise indicazioni lasciate dal cardinale, il cui nipote Fernando Álvarez de Albornoz, studente di diritto nello *Studium*, sorvegliò personalmente dapprima l'acquisto dei terreni e degli edifici necessari e poi la costruzione del fabbricato, iniziata nel 1365 e terminata tre anni dopo. Primo rettore fu eletto Álvaro Martínez; secondo gli statuti, il rettore veniva scelto tra gli studenti, come avveniva all'epoca anche per l'Università di Bologna¹¹. Il rettore del Collegio seppe acquisire nello Studio un ruolo importante, che lo poneva alla pari con i rettori *iuristarum et artistarum medicorumque* in tutte le cerimonie accademiche¹².

I legami tra la Spagna e Bologna, al cui rafforzamento in moltissimi settori il Collegio ha grandemente contribuito, non riguardano peraltro solo i rapporti accademici. Valgano per questo due esempi sportivi: lo stadio di calcio cittadino Dall'Ara venne inaugurato nel 1927 proprio con una partita Italia-Spagna, alla presenza del Re d'Italia e dell'Infante Don Alfonso, con la partecipazione di ben 60.000 spettatori; e non tutti sanno che il primo giocatore straniero del Bologna Football Club, fondato nel 1909, fu proprio un borsista del Collegio di Spagna, il centroavanti Antonio Bernabéu Yeste¹³, fratello maggiore di Santiago che fu giocatore, allenatore e storico presidente del Real Madrid e cui è intitolato uno degli stadi di Madrid. Vale la pena di citare ancora al riguardo Re Juan Carlos: “no haya en todo el mundo ejemplo de unos vínculos históricos tan hondos y constantes entre una ciudad y una nación extranjera como los que representa el Real Colegio”¹⁴.

II. Il rapporto del Collegio di Spagna con l'Università di Bologna

3. Il Collegio e l'Università di Bologna hanno vissuto la loro lunghissima vita in un rapporto di reciproco rispetto nel quale non sono mancati episodi di contrasto ma che si è anche tradotto in vitale sostegno reciproco. Si può ben affermare che se il Collegio non esisterebbe senza lo *Studium* bolognese, lo stesso *Studium* senza il Collegio avrebbe perso parte della propria rilevanza, con conseguenze difficili da immaginare. Meritano di essere richiamati a questo proposito due episodi che fanno parte della storia delle due istituzioni.

Quando, in età napoleonica, i francesi occuparono Bologna, un decreto del 1812 abolì il Collegio e ne confiscò le proprietà. I libri e i manoscritti della ricchissima biblioteca furono tuttavia portati al sicuro, su intervento del cardinale Mezzofanti, nella biblioteca universitaria. Nel 1814, finita l'occupazione francese, libri e manoscritti poterono tornare al loro posto appena il Collegio ebbe ripreso

⁹ Sulla politica universitaria dei papi avignonesi, e in particolare sulla decisione di istituire a Bologna una facoltà teologica, v. E. DELARUELLE, “La politique universitaire des papes d'Avignon – spécialement d'Urbain V – et la fondation du Collège Espagnol de Bologne”, in *El cardenal Albornoz y el Colegio de España*, cit., vol. II, 1972, pp. 7-39, spec. p. 12 ss.

¹⁰ Il palazzo è degno di interesse sia sotto il profilo architettonico, sia sotto l'aspetto artistico, ed è stato oggetto di numerosi studi al riguardo; fra i più recenti v. S. FROMMEL, “Il collegio di Spagna a Bologna: le radici e le vicissitudini della sua fortuna”, in *Domus Hispanica: el Real Colegio de España y el cardenal Gil de Albornoz en la historia del arte*, a cura di Manuel Parada López de Corselas, Bologna, Bononia University Press, 2018, pp. 243-261, che contiene interessanti immagini ed è corredato da un'ampia bibliografia. Merita menzione il fatto che la ristrutturazione più recente è stata compiuta, come del resto quelle precedenti, con particolare cura e attenzione e ha meritato il premio “Europa Nostra” nell'edizione del 2012.

¹¹ All'epoca della nascita dello Studio, il titolo di rettore spettava a uno degli studenti, che seguiva l'organizzazione dei corsi, raccoglieva dagli altri studenti il denaro per la remunerazione dei docenti e aveva anche altri compiti di carattere amministrativo; quando la città di Bologna trasferì su di sé molte di quelle funzioni, la carica fu comunque mantenuta; nel 1597 il titolo di rettore iniziò a spettare di diritto al Legato pontificio e le facoltà sostituirono i rettori con i “priori”.

¹² V. lo statuto riportato, con traduzione inglese a fronte, in B. M. MARTI, *The Spanish College at Bologna in the Fourteenth Century*, Philadelphia, University of Philadelphia Press, 1966, p. 354 ss.

¹³ Nel 1912 Antonio Bernabéu, terminati gli studi, rientrò in Spagna dove si dedicò alla professione forense.

¹⁴ In *España y Bolonia*, cit., p. 360.

possesso della propria sede¹⁵. Per i beni confiscati che non fu possibile recuperare venne versata una somma a titolo di risarcimento, su iniziativa papale¹⁶, ma la perdita del materiale librario sarebbe stata di certo una ferita gravissima e non sanabile che si poté invece evitare¹⁷.

4. D'altra parte la presenza del Collegio a Bologna ha significativamente contribuito a mantenere il prestigio della scuola giuridica bolognese. Anche sotto questo profilo può citarsi un episodio rilevante. Il cardinale Prospero Lambertini, che era stato rettore dell'Università Sapienza di Roma, divenuto papa Benedetto XIV approvò con un provvedimento del 14 ottobre 1748 una serie di importanti riforme predisposte dal rettore Clemente Argenvilliers che contribuivano a rendere più efficiente e più moderno il funzionamento dell'ateneo romano¹⁸. Non giunse però fino a stabilire che alla laurea romana, e in particolare alla laurea in Giurisprudenza, dovesse essere riconosciuto – come era stato suggerito – un valore superiore a quelle conferite dagli altri atenei dello Stato pontificio, in particolare per l'accesso alle funzioni pubbliche; ciò avrebbe infatti avuto l'effetto di indebolire l'ateneo di Bologna, città cui il papa era legato per la sua origine e per esserne stato arcivescovo, e avrebbe anche reso meno attrattivo il soggiorno degli studenti ispanici nel Collegio, istituzione che egli ben conosceva e apprezzava¹⁹.

Quando l'antico Studio, fino a quel momento denominato Archigymnasium Pontificium Bononiense, si trasformò in Regia Università di Bologna, in seguito all'annessione della città al Regno di Sardegna e poi alla proclamazione del Regno d'Italia, i rapporti fra il Collegio e le autorità italiane si deteriorarono subito fino al punto che ne fu decisa la chiusura e i suoi beni furono assegnati allo Stato italiano. Menzione di questo provvedimento, che si considerava definitivo, figura nel romanzo *De Madrid a Nápoles* dello scrittore andaluso Pedro Antonio de Alarcón. Ma la decisione venne invece ben presto revocata: l'allora rettore José María de Irazoqui y Miranda riuscì ad ottenere, grazie all'intervento dell'incaricato di affari spagnolo Agustín Duro e, poi, dell'ambasciatore di Spagna Augusto de Ulloa, che il Collegio potesse riprendere nel 1866 il proprio pieno funzionamento senza ulteriori interferenze. Pochi anni prima, nel 1855, il Collegio aveva invece corso il rischio di essere chiuso per decisione della Regina Isabella II di Spagna, che intendeva fondare una diversa istituzione spagnola a Roma. La realizzazione del progetto venne però impedita dall'accesa resistenza dell'allora unico collegiale residente, quello stesso José María de Irazoqui che ne sarebbe poi divenuto rettore e anzi, a partire dal 1870, "rettore perpetuo" e che mantenne l'incarico fino al 1889²⁰.

¹⁵ A tale riguardo R. PASSERI, *Storia del reale collegio di Spagna di Bologna*, Bologna, Istituto Carlo Tincani per la ricerca scientifica e la diffusione della cultura, 1992, narra che il palazzo era stato messo all'asta ma che per rispetto nei confronti dell'antica istituzione nessuno aveva voluto comprarlo. L'autorità napoleonica di occupazione aveva acquisito l'immobile con il pretesto di trarne mezzi per provvedere alla sussistenza di un gruppo di gesuiti spagnoli e l'aveva poi ceduto al conte Aldini quale compensazione di un altro bene. Il conte Aldini vendette la maggior parte delle opere d'arte e delle suppellettili contenute nel Collegio, che furono così disperse, mentre l'asta con la quale avrebbe dovuto essere venduto il fabbricato andò effettivamente deserta; nel frattempo però l'occupazione napoleonica era cessata e così anche molti dei provvedimenti di confisca persero efficacia. V. ampiamente J. MARTÍNEZ CARDOS, "La extinción del Colegio de España en Bolonia en 1812 y su restablecimiento en 1818", in *El cardenal Alborno y el Colegio de España*, cit., pp. 797-817.

¹⁶ Così descrive queste vicende C. NIETO SÁNCHEZ, "El Colegio hispánico de Bolonia: crisis y supervivencia decimonónica de una institución educativa", *Seminario de Investigación, Departamento de Historia Contemporánea (UCM)*, 25 de octubre de 2011, p. 10: "Pío VII, en 1818, decretó la reposición de los bienes que no habían sido vendidos y de su propio peculio dio una donación de tierras a la institución con la que podría volver a iniciar su actividad. Nada le obligaba a ello, fue un gesto, un reconocimiento, con la casa que había albergado a su predecesor, Pío VI, en un momento crítico".

¹⁷ Sulla consistenza e la rilevanza della biblioteca del Collegio v. L. BRUNORI, *Catalogo del fondo ispanistico antico della Biblioteca del Collegio di Spagna di Bologna*, Imola, Galeati, 1986, pp. 13-14; A. M. MATTEUCCI, "La biblioteca del Collegio di Spagna e altre librerie settecentesche", in *El cardenal Alborno y el Colegio de España*, cit., vol. V, pp. 255-268.

¹⁸ A proposito di questa opera di riforma, si veda F. FAVINO, "Università e scienza. La «grande riforma» della Sapienza di Benedetto XIV", in *Rome et la science moderne. Entre Renaissance et Lumières*, a cura di A. Romano, Rome, Publications de l'École française de Rome, 2009, pp. 491-513.

¹⁹ Sull'opera di Benedetto XIV a favore del Collegio di Spagna v. G. ROVERSI, "L'azione di papa Lambertini a favore del Collegio di Spagna e la controversa Visita apostolica del 1741", in *El Cardenal Alborno y el Colegio de España*, cit., vol. II, 1972, pp. 523-637.

²⁰ A. PÉREZ MARTÍN, *Proles Aegidiana. I: Introducción. Los Colegiales desde 1368 a 1500*, Bolonia, Real Colegio de España, 1979, pp. 26-27. Per un puntuale resoconto delle vicende descritte nel testo v. C. NIETO SANCHEZ, *San Clemente de Bolonia (1788-1889)*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 203 ss, 261 ss. José María de Irazoqui y Miranda è anche protagonista di una novella di carattere gotico scritta da J. Guillermo García Valdecasas, che fu rettore del Collegio dal

Nei lunghissimi rapporti fra le due istituzioni, Collegio e Studio, non mancarono occasioni di conflitto talvolta intenso, generalmente originate dalla volontà di una di esse di prevalere sull'altra, coinvolgendo in queste controversie anche le autorità bolognesi, quelle spagnole e il Papato. Il Collegio in più occasioni volle rivendicare alcuni dei privilegi di cui godeva, sostanzialmente per mantenere la propria autorevolezza. Uno degli episodi più effervescenti ebbe luogo all'Archiginnasio, allora nuova sede, appena inaugurata, dell'Università²¹. La disputa riguardava il rango spettante al rettore del Collegio, che tradizionalmente avrebbe dovuto seguire immediatamente il rettore dell'Università e sedere alla sua destra nelle occasioni pubbliche, precedendo vescovi, arcivescovi e altre cariche. Quando, nel 1564, venne eletto come rettore dell'ateneo Cesare Rivera, con il voto favorevole anche degli studenti spagnoli, questi decretò che il sindaco dell'Università, organo con funzioni amministrative e di rappresentanza, avrebbe dovuto avere precedenza sul rettore del Collegio di Spagna, incarico ricoperto all'epoca da Diego Gasque. A Gasque dobbiamo una cronaca molto dettagliata degli avvenimenti provocati da questa decisione che veniva vista come un grave affronto alla dignità del Collegio. La controversia culminò in un affrontamento tra un gruppo di studenti spagnoli, asserragliatisi dentro il palazzo dell'Archiginnasio, e un gruppo di studenti dell'Università. Questi ultimi erano oltre trecento secondo quanto riferito, probabilmente con un po' di partigianeria, da Gasque: in gran parte erano provvisti di corazza e di scudo ed erano armati di lance, mentre gli spagnoli pare fossero soltanto una dozzina. I seguaci di Rivera si trovavano però fuori dal palazzo e la resistenza degli spagnoli impedì loro di entrare e provocò anche diversi feriti. Grazie all'intervento di alcuni docenti e di notabili cittadini si ottenne una tregua e si decise di sottoporre la questione al Governatore della città come giudice unico. La vicenda terminò alcuni giorni dopo: Gasque si recò personalmente a Roma per procurarsi sostegno alla sua causa, ottenendo che i diritti di precedenza fossero confermati, mentre Rivera, dopo aver tentato di far valere le proprie pretese che non vennero però accolte, fu costretto a lasciare Bologna. I privilegi spettanti al Collegio erano così ristabiliti ed il Collegio indicava in via Saragozza una giostra di tre giorni *ad conciliandum civium animos*²²; può essere interessante aggiungere che i cinque rettori dell'Università che si susseguirono dopo Rivera furono tutti scelti fra studenti residenti nel Collegio²³.

5. Non v'è dubbio che le vicende che hanno consentito la sopravvivenza del Collegio costituiscono un'avventura straordinaria, segnalata anche da coloro che ne hanno studiato la lunga storia²⁴. Il Collegio ha saputo mantenere il proprio prestigio, tra alterne vicende, sia grazie alla sua sostanziale indipendenza economica cui già si è accennato, sia grazie alla sua capacità di adeguarsi al mutamento dei tempi e alla qualità di molti degli studenti che l'hanno popolato. Tra di loro veniva scelto il rettore; tra di loro veniva nominato l'*historiador*, incaricato di redigere la cronaca delle diverse attività; tutti

1978 al 2015, pubblicata nel 1988 con il titolo *El huésped del rector*, edizioni Espasa-Calpe, Madrid.

²¹ Il palazzo dell'Archiginnasio fu costruito, vicino alla Chiesa di San Petronio, fra il 1562 e il 1563 per volere del Legato pontificio di Bologna, cardinale Carlo Borromeo, e del vicelegato Pier Donato Cesi. Si voleva così dare una sede unitaria all'insegnamento universitario fino ad allora disperso in vari edifici. Il fabbricato cessò la sua funzione universitaria nel 1803, quando, in epoca napoleonica, l'Università venne trasferita a Palazzo Poggi, in via Zamboni, dove tuttora si trova il corpo centrale dell'ateneo bolognese. L'Archiginnasio ospita ora un'importante biblioteca pubblica.

²² Per un ricco resoconto di questo avvenimento v. E. CORTESE, "L'Università di Bologna e il Collegio di Spagna nel Cinquecento. Uno scontro tra i rettori Cesare Rivera e Diego Gasque", in *Studi in memoria di Giuliana D'Amelio*, vol. I, Milano, 1978, pp. 219-272; A. PÉREZ MARTÍN, "La precedencia del Rector del Colegio de España. Su defensa frente a la Universidad de Bolonia en 1565", in *El cardenal Albornoz y el Colegio de España*, cit., vol. IV, 1979, pp. 699-731, che riporta in appendice la cronaca dell'episodio redatta dallo stesso Gasque (pp. 716-731).

²³ Le cronache riportano che circa un secolo dopo, nel 1672, sempre per una questione di precedenza, alcuni studenti del Collegio di Spagna ebbero uno scontro armato con un gruppo di studenti del Collegio Montalto; il papa minacciò di mandare l'artiglieria per reprimere la contesa e incaricò un gruppo di cardinali di definire la disputa, che venne così sedata, seppure in maniera provvisoria, perché nessun collegiale era disposto a rinunciare ai propri supposti privilegi e qualche tempo dopo le due parti si riaffrontarono nuovamente; v. C. CARLSMITH, "Collegiate Conflict: Two Brawls in Bologna between the Collegio di Spagna and the Collegio Montalto, 1672-1673", *Annali di storia delle università italiane*, 2016, pp. 47-63.

²⁴ Citiamo ancora le parole del rettore J. G. GARCÍA VALDECASAS, "Un apunte histórico sobre el Real Colegio de España en Bolonia", cit., il quale dopo aver narrato le vicende cui il Collegio ha dovuto far fronte nella sua storia, si chiede: "¿Y mañana? Siempre son de temer nuevos acosos. Pero seis siglos y medio impulsan y aleccionan: siquiera aquí, a la postre lo justo prevalece. No digo gracias a quién. Los extraños no lo crearían; los colegiales ya lo saben".

giuravano fedeltà al Collegio. L'operato della Junta de patronato e di coloro che, nel corso dei secoli, hanno vigilato sul Collegio – legati pontifici, autorità locali sia civili che ecclesiastiche, rappresentanti della corona spagnola – ha permesso che le numerose fasi di inevitabile crisi fossero tutte superate e che un'istituzione tanto antica conservasse nei secoli la propria funzione.

III. Gli studi dei collegiali: dal Medio Evo all'Età moderna

6. Dei collegiali che si sono succeduti come borsisti si serba memoria ed esistono cataloghi. Nel 1624 Juan de Pineda Hurtado de Mendoza, collegiale egli stesso, pubblicò a Bologna presso gli Eredi di Bartolomeo Cochi un *Catalogus illust. virorum: qui ex almo & perinsigni Collegio Maiori Sancti Clementis Hispanorum*, cui diede il suggestivo titolo di *Proles Aegidiana*²⁵. Il libro elenca, fornendone alcune sommarie notizie, i più illustri di questa “progenie”, come l'autore definisce i collegiali, dividendoli in otto categorie, corrispondenti all'attività in cui si sono distinti. Si succedono così coloro *Qui insignae vitae sanctitate floruerunt*, i collegiali che divennero *Archiepiscopi et Episcopi*, poi gli *Abbates, Inquisitores, Dignitates et Canonici*, cui seguono i *Praesides*, poi i *Consiliarii, Regentes et Auditores*, gli *Scriptores*, e ancora i *Locorum piorum erectores* e infine gli *Huius saeculi alumni*. L'ultimo capitolo riporta un elenco dei *Rectores Collegii et Universitatis Bononiensis*, che inizia nel 1368 con Álvarez Martínez e prosegue fino all'anno di pubblicazione del volume, il 1624, con alcune lacune negli anni più risalenti.

Il lavoro di catalogazione è stato ripreso in tempi assai più recenti da Antonio Pérez Martín, il quale in continuità con l'opera di Juan de Pineda – dimostrata senza possibilità di dubbio dal ricorso allo stesso titolo, *Proles Aegidiana* – ha dedicato ai collegiali ben quattro nuovi volumi: il primo di questi contiene una introduzione e l'elenco dei collegiali dal 1368 al 1500, il secondo inventaria quelli dal 1501 al 1600, il terzo quelli dal 1601 al 1800 e il quarto, infine, quelli dal 1801 al 1977²⁶. L'opera repertoria così 1733 collegiali, per ognuno dei quali sono offerte brevi notizie biografiche.

7. Secondo i primi statuti, i collegiali avrebbero dovuto essere selezionati per studiare teologia oppure diritto canonico. La prescrizione era temperata dalla possibilità, per chi si dedicasse con impegno al rispettivo settore di studi, di frequentare, in aggiunta alla teologia o al diritto canonico, anche i corsi di un'altra facoltà di sua scelta. Gli statuti vennero poi ben presto modificati introducendo anche la possibilità di studiare medicina. Lo *Studium* bolognese era organizzato su base privatistica e ogni docente si accordava con gli studenti sul contenuto delle sue lezioni; però nel 1360, pochi anni prima della fondazione del Collegio, era stata istituita su iniziativa di papa Innocenzo IV, con la bolla *Quasi lignum vitae*, la prima facoltà teologica bolognese. La coincidenza cronologica non è dovuta al caso. In quello stesso anno proprio il cardinale Albornoz era entrato a Bologna, cacciandone Giovanni da Oleggio che avrebbe dovuto governarla in nome dei Visconti ma si era in realtà insediato come signore, nel malcontento della popolazione e opponendosi al tentativo dei Visconti di resistere. La città era dunque stata annessa al regno pontificio ed era quindi con il diritto che ne derivava che Innocenzo IV aveva creato la nuova facoltà, la qual cosa fu di certo un elemento importante, come si è accennato, nella decisione di Albornoz di fondare il Collegio. La facoltà teologica sopravvisse al ristabilimento dell'autorità comunale nel 1376 e alle successive vicende, mantenendo tuttavia una propria autonomia dalle altre facoltà universitarie, e cessò di funzionare solo al momento dell'occupazione napoleonica.

IV. L'Età moderna e gli studi di diritto internazionale

8. Il diritto internazionale sarebbe diventato materia autonoma di ricerca e di insegnamento a Bologna solo quando l'antico *Studium*, divenuto università pontificia, si sarebbe trasformato in Regia Università di Bologna, dopo l'annessione della città al Regno di Sardegna e poi al Regno d'Italia. Tutta-

²⁵ Il volume è accessibile anche in versione digitale nella Biblioteca Digital Hispánica, <http://bdh.bne.es/>.

²⁶ A. PÉREZ MARTÍN, *Proles Aegidiana*, cit.

via, com'è noto, l'avvio degli studi internazionalistici in senso moderno può ricondursi ad alcuni studiosi, quali Francisco de Vitoria (1483-1546), Francisco Suárez (1548-1617), Alberico Gentili (1552-1608) e qualche anno dopo Ugo Grozio (1583-1645), che hanno operato in un'epoca – quella del '500 e della prima parte del '600 – che coincide con il graduale affievolimento della preminenza politica del Papato e dell'Impero e pertanto con la nascita degli Stati in senso moderno. Si disgrega l'unità religiosa, mentre la scoperta del Nuovo Mondo pone il problema morale e giuridico della liceità delle guerre di conquista²⁷. L'interesse per questi temi ha senz'altro influenzato anche gli studenti del Collegio. Le nuove idee suscitate da quei grandi cambiamenti imponevano di ripensare gli insegnamenti degli antichi maestri. Sebbene non sia facile ricostruire oggi completamente i percorsi di studio dei collegiali, di alcuni sono rimasti gli scritti a testimonianza della loro attenzione per questi ambiti del diritto.

Una delle personalità di maggior rilievo della vita del Collegio in epoca rinascimentale – e non soltanto per la storia delle idee nel campo del diritto internazionale – fu certamente l'umanista e presbitero andaluso Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), che ne fu ospite tra il 1515 e il 1522, dopo aver conseguito nel 1513 il baccellierato (titolo accademico di primo livello costituente il requisito necessario per l'ammissione al Collegio) in “Arti e Teologia” presso l'Università di Alcalá de Henares ed essere stato altresì ordinato sacerdote, già precedentemente, nel 1511. Filosofo, umanista, storico, teologo ed anche giurista, Sepúlveda fu un intellettuale dotato di erudizione, versatilità ed eclettismo notevoli e che occupò, per queste sue qualità, una posizione di non poco prestigio nell'ambito della cultura europea del suo tempo²⁸. Già negli anni di alunnato trascorsi al Collegio aveva dato una prima prova dello spessore dell'interesse che lo animava per gli studi storici onorando la memoria del fondatore dell'istituzione, il cardinale Albornoz, attraverso la redazione della sua biografia, contenente, fra l'altro, la storia delle campagne militari condotte dal cardinale nel periodo della c.d. “cattività avignonese” dei Papi e valse a ristabilire l'autorità pontificia sulla Romagna, la Marca anconitana, l'Umbria ed il Lazio (*Liber gestorum Aegidii Albornotii viri praeclarissimi*, Bononiae per Hieronymum de Benedictis, 1521).

9. Per quanto concerne la sua formazione nel campo della filosofia, va ricordato che in quello stesso periodo di apprendistato compiuto presso l'ateneo bolognese egli poté essere allievo del filosofo mantovano Pietro Pomponazzi, che lo avviò subito allo studio di Aristotele. La sua approfondita conoscenza del greco e del latino unita alla passione per il pensiero aristotelico lo indusse a intraprendere un'attività di traduzione delle opere del filosofo greco in lingua latina destinata a rappresentare un elemento costante di buona parte della sua esistenza. A perseverare in questo impegno venne del resto poco dopo incoraggiato dal cardinale Giulio de' Medici con il quale era entrato in contatto e che, colpito dalla vastità della sua erudizione, una volta divenuto Papa Clemente VII, lo incaricò ufficialmente della traduzione delle etiche aristoteliche.

Trasferitosi stabilmente a Roma come componente della corte papale, ove gli fu per molti anni patrono, in aggiunta allo stesso pontefice, l'influente cardinale spagnolo Francisco de Quiñones, si trovò implicato nella famosa vicenda del sostanziale ripudio effettuato illegittimamente dal sovrano inglese Enrico VIII della prima moglie Caterina d'Aragona onde potersi sposare nuovamente con Anna Bolena suscitando così quell'aspro conflitto con la Chiesa di Roma da cui ebbe a trarre origine la formazione di

²⁷ Sugli effetti di tali avvenimenti sulla nascita della scuola spagnola di diritto internazionale v. A. MARÍN LÓPEZ, “Francisco de Vitoria y la Escuela Española de Derecho Internacional”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 1984, pp. 9-20.

²⁸ Nella vasta bibliografia sulla figura e sul pensiero di Sepúlveda possono vedersi, in particolare: Á. LOSADA, *Juan Ginés de Sepúlveda a través de su “Epistolario” y nuevos documentos*, II ed., Madrid, CSIC, Instituto de Derecho Internacional “Francisco de Vitoria”, 1973; V. LAVENIA, “Glorie antiche e moderne. Il *Democrates* di Juan Ginés de Sepúlveda”, *Storica*, 2008, pp. 9-34; G. PATISSO, “Guerra, impero e *doctrina civilizadora* in Juan Ginés de Sepúlveda”, *Giornale di storia.net*, 2012; J. BELDA PLANS, *Juan Ginés de Sepúlveda*, Madrid, Biblioteca virtual Fundacion Larramendi, 2016; inoltre l'ampia e approfondita *Introduction* di L. GLANVILLE, D. LUPHER e M. FEILE TOMES al volume *Sepúlveda on the Spanish Invasion of the Americas. Defending Empire, Debating Las Casas*, Oxford, Oxford University Press, 2023, contenente la traduzione inglese, condotta sotto la direzione degli stessi autori, delle tre opere fondamentali di Sepúlveda concernenti la sua celebre controversia con Bartolomé de Las Casas, sulla quale si tornerà sommariamente più oltre, relativa alla legittimità dell'invasione e della colonizzazione spagnole in America (*Democrates secundus sive de justis belli causis apud Indios; Apologia pro libro de justis belli causis; Propositiones temerarias, escandalosas, heréticas, y de mala doctrina*) nonché di uno degli scritti di risposta di Las Casas (*Aquí se contiene una disputa o controversia*), pp. 1-62.

una indipendente Chiesa anglicana. In tale occasione, dietro incarico del cardinale Quiñones ed a difesa della posizione pontificale, Sepúlveda scrisse e pubblicò a Roma nel 1531 l'opera giuridico-teologica *De ritu nuptiarum & dispensatione liber*. L'anno successivo, coinvolto in un'altra disputa teologica tra il suo precedente patrono del periodo bolognese Alberto Pio, principe di Carpi, nipote di Pico della Mirandola e importante mecenate del Collegio di Spagna, ed il celebre umanista Erasmo da Rotterdam, pubblicò a sostegno delle ragioni del primo una *Antapologia pro Alberto Pio Comite Carpensi in Erasmus Roterodamum*. Questo contrasto di opinioni con Erasmo, che era accusato di professare idee almeno in parte comuni con l'eresia luterana, non impedì peraltro ai due antagonisti di instaurare e mantenere in prosieguo un'amichevole corrispondenza, concernente soprattutto questioni di filologia greca e perdurata fino alla morte dell'ormai anziano umanista olandese, avvenuta nel 1536.

In quello stesso anno, essendo frattanto giunto al termine il pontificato di Clemente VII, scomparso a sua volta nel 1534, Sepúlveda decise di fare ritorno definitivamente in Spagna, accettando l'invito che gliene era stato rivolto da Carlo V. I due si erano incontrati per la prima volta nel 1529, quando il monarca era venuto in Italia per comporre il conflitto con la Chiesa romana provocato dal cruento saccheggio di Roma compiuto dai suoi mercenari germanici luterani di stanza in Italia, ribellatisi e resisi disertori, e Sepúlveda era stato inviato dal Pontefice ad accoglierlo allo sbarco a Genova e ad accompagnarlo a Bologna, dove sarebbe stato, tra l'altro, ospite del Collegio e avrebbe ricevuto, l'anno seguente, la consacrazione papale del titolo imperiale unitamente al conferimento della corona ferrea d'Italia. Alla corte spagnola l'umanista andaluso, che nel frattempo aveva approfittato dell'incontro per rivolgere all'imperatore l'esortazione *Ad Carolum V imperatorem invictissimum ut facta cum omnibus christianis pace bellum suscipiat in Turcas*, pubblicata a Bologna nel 1529, aveva immediatamente avuto da questi assegnato l'incarico ufficiale di cronista (*historiador*) imperiale insieme a quello di suo cappellano, ai quali terrà dietro nel 1542 quello di precettore del figlio ed erede al trono, il futuro Filippo II. Nell'adempimento del suo compito di *historiador* imperiale, Sepúlveda si impegnò lungamente nella stesura delle rispettive biografie di entrambi i monarchi, contenute nelle opere *De rebus gestis Caroli Quinti Imperatoris* e *De rebus gestis Philippi II*, il più giovane dei quali era destinato peraltro a sopravvivergli per venticinque anni²⁹.

Ma la ragione principale della diffusa notorietà di Sepúlveda che ancor oggi perdura è data certamente dal celebre episodio dell'accanita contesa che lo contrappose, intorno alla metà del secolo, al frate domenicano Bartolomé de Las Casas riguardo alla liceità e alla giustizia della conquista armata delle Americhe da parte spagnola, accompagnata dall'asservimento e dall'evangelizzazione forzati delle popolazioni indigene. Nel 1540 Las Casas, che già nel 1514, profondamente impressionato dallo spettacolo delle stragi e delle vessazioni compiute dai colonizzatori ai danni degli *indios*, aveva rinunciato all'*encomienda* (forma di assegnazione, di tipo sostanzialmente feudale, ai coloni di parti dei territori locali a fini di sfruttamento soprattutto agricolo) di cui era titolare a Cuba, era tornato in Spagna per denunciare le violenze delle quali era stato testimone e persuadere l'imperatore a sospendere la conquista. Carlo V aveva prestatato, almeno inizialmente, orecchio non del tutto sfavorevole all'iniziativa, essenzialmente perché aveva impreso a vedere nell'eccessivo potere che venivano assumendo le élites coloniali una fonte di pericolo per la sua autorità, e aveva quindi emanato le c.d. Nuove leggi del 1542 che ridimensionavano significativamente le prerogative degli *encomenderos* rispetto a quanto aveva stabilito nel 1512 il suo predecessore Ferdinando II con le Leggi di Burgos. Sepúlveda, che già nel periodo trascorso in Italia aveva sostenuto che non doveva ritenersi proibito ai cristiani muovere guerra per giuste ragioni, riferendosi in particolare alle relazioni con gli Ottomani, nell'opera, composta in forma dialogica sul modello dell'esempio ciceroniano, *Democrates primus, de convenientia militaris disciplinae cum christiana religione dialogus*, pubblicata a Roma nel 1535, aveva una posizione assolutamente contraria e si indusse, anche per sollecitazioni ricevute, a scrivere, in brevissimo tempo, nel 1544 il nuovo dialogo *Democrates secundus sive de iustis belli causis apud indios*.

²⁹ Sull'ampia biografia di Carlo V, che costituisce molto più una storia della Spagna dell'epoca che un semplice resoconto delle gesta imperiali e che l'autore preferì rinunciare a pubblicare in vita sia con il proposito di sottrarsi così il più possibile alle diffuse invidie di corte che la sua posizione gli aveva arrecato, sia per la preoccupazione di non vederla accolta con particolare benevolenza dal sovrano a causa dell'intonazione non esageratamente celebrativa dell'opera, v. J. BELDA PLANS, *Juan Ginés de Sepúlveda*, cit., p. 33 ss. Essa fu pubblicata a stampa per la prima volta solo nel 1780 come parte della raccolta completa degli scritti dell'umanista andaluso curata dalla Real Academia de la Historia spagnola ed è quella che presenta la maggiore estensione nell'ambito della sua vastissima produzione.

10. La controversia si inasprì, in un clima generale di tensione politica che veniva rafforzato dalle resistenze opposte dai colonizzatori alle recenti disposizioni imperiali. Las Casas reagì intervenendo, insieme ad alcuni suoi sostenitori, per ottenere, riuscendovi, il rifiuto della licenza di pubblicazione del libro, che tuttavia sembra abbia potuto avere ugualmente una certa circolazione sotto forma di manoscritto, ma che non sarà pubblicato a stampa per la prima volta che nel 1892, tradotto in lingua spagnola con il titolo *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los Indios*³⁰. Si giunse così alla decisione presa dall'imperatore di convocare, su raccomandazione del Consiglio delle Indie e dopo avere per intanto ordinato la sospensione di ogni attività di esplorazione e conquista di nuove terre nelle Americhe, la riunione di un gruppo di quindici esperti, teologi e giuristi, con l'incarico di pronunciarsi sulla questione. La commissione, nota nella storia sotto il nome famoso di Giunta di Valladolid, si riunì in due distinte sessioni, tenute rispettivamente nel 1550 e nel 1551, durante la prima delle quali entrambi i contendenti furono invitati a illustrare separatamente le proprie posizioni. Per cause che restano sconosciute essa si astenne però dall'assumere qualsiasi determinazione finale, con il risultato che ciascuno dei due antagonisti, in scritti prodotti successivamente, ritenne, a torto o a ragione, di poter dichiarare vincitore se stesso. Quel che è certo, comunque, è che Carlo, poco disposto a rinunciare troppo a lungo ai benefici, di ordine soprattutto economico, che l'acquisizione di nuove colonie poteva apportare al suo impero, revocò nel 1555 l'ordine di sospensione di ulteriori conquiste.

A sostegno della sua tesi della legittimità e opportunità della sottomissione forzata dei nativi americani alla dominazione spagnola Sepúlveda aveva addotto quattro giustificazioni: quella che egli considerava essere la loro minore umanità, che gli appariva comprovata dall'inferiorità intellettuale e dalle abitudini barbare che palesavano e da cui reputava possibile trarre conferma della fondatezza del principio enunciato già da Aristotele della "schiavitù naturale", secondo cui esisterebbero categorie di individui che, appunto in ragione della loro selvatichezza e primitività, sono naturalmente destinati a divenire oggetto della dominazione civilizzatrice di popoli maggiormente evoluti; la giustizia della punizione delle gravi e ricorrenti violazioni della legge naturale – e l'esigenza di porvi termine – perpetrate dagli amerindi con il sistematico abbandonarsi a pratiche atroci quali il compimento di sacrifici umani e l'antropofagia; la necessità di difendere le vittime innocenti di siffatti delitti; il dovere di assicurare la diffusione della fede cristiana riconducendo queste popolazioni selvagge e idolatre sulla giusta via, anche se recalcitranti, attraverso la predicazione evangelica.

Delle riferite argomentazioni quella che si presenta immediatamente come la più inaccettabile è certo l'affermazione del concetto di "schiavitù naturale", che sembra porsi in contrasto insanabile con ogni idea di riconoscimento di una sia pur minima dignità umana agli indigeni. Va però precisato che nel *Democrates secundus*, come pure negli altri suoi scritti attinenti alla controversia, Sepúlveda si dichiara costantemente contrario sia all'uccisione, sia alla riduzione in schiavitù degli amerindi nonché all'appropriazione dei loro averi compiute arbitrariamente e anzi, in più luoghi, anche alla loro conversione forzata. Egli mostra piuttosto di voler utilizzare il concetto – che Aristotele, il cui pensiero profondamente ammirava, aveva formulato nel primo libro della *Politica* che egli era impegnato a tradurre nello stesso periodo della stesura del *Democrates* – essenzialmente allo scopo di dimostrare la liceità e la giustizia dell'assoggettamento con la forza degli *indios* alla dominazione spagnola, il quale, nella sua visione, avrebbe dovuto aver luogo, almeno in via concorrente, nel loro stesso interesse in vista di una graduale civilizzazione ed evangelizzazione futura; tuttavia per la realizzazione di quest'ultima l'estensione del potere imperiale nei loro confronti, all'occorrenza per mezzo della coercizione, rappresentava nel suo pensiero una condizione necessaria³¹. Nel quadro descritto il richiamo dell'idea aristotelica di "servitù naturale" (*natura servi*) assume quindi, come nel primo libro del suo *Democrates* lo stesso autore ha cura di puntualizzare, un significato meramente filosofico e metaforico, da tenere distinto

³⁰ Sepúlveda si difese peraltro anche facendo pubblicare a Roma nel 1550 la più breve *Apologia pro libro de justis belli causis* già ricordata alla nota 28.

³¹ V. in proposito G. PATISSO, "Guerra, impero e *doctrina civilizadora*", cit., pp. 10-11, che riproduce testualmente anche un significativo passaggio di una lettera indirizzata all'epoca della controversia da Sepúlveda all'umanista e giurista Francisco de Argote nel quale la posizione sopra descritta è espressa con particolare chiarezza; v. altresì sulla correttezza di questa interpretazione del pensiero di Sepúlveda L. GLANVILLE, D. LUPHER, M. FEILE TOMES, *Sepúlveda on the Spanish Invasion of the Americas*, cit., *Introduction*, pp. 2, 20-21 e, per analogo riferimento alla lettera ad Argote, 28-29.

dalla nozione di schiavitù in senso giuridico o civile e diretto soltanto ad affermare l'assoggettabilità del naturalmente inferiore perché meno evoluto alla potestà di governo del naturalmente superiore perché più civilizzato³².

11. D'altro canto la posizione descritta deve anche essere storicamente contestualizzata. Si trattava in effetti di una giustificazione della guerra offensiva in termini di "guerra giusta" poiché umanitaria, fondata sul presupposto della superiorità dei popoli cristiani agli indigeni primitivi e pagani, che implicava la piena legittimità, se non addirittura la doverosità, per i primi del ricorso alla coazione per forzare i secondi, nella formulazione datane da un commentatore odierno, ad "abbracciare lo *status* umano"³³. Una tale concezione era tutt'altro che priva di riscontri favorevoli nella tradizione del pensiero cattolico medioevale, dove poteva trovare numerosi punti di appoggio nell'autorità di scrittori come Agostino, Gregorio Magno e Tommaso d'Aquino, ai quali Sepúlveda non manca di fare frequenti richiami, ponendosi in linea di continuità con la dottrina secondo cui anche la guerra di aggressione può essere "giusta" qualora sia diretta a realizzare il bene e scongiurare il male, posizione questa che non verrà ripudiata ufficialmente dalla Chiesa di Roma prima dell'Enciclica *Pacem in terris* pubblicata da Giovanni XXIII nel 1963. Appare del resto ulteriormente indicativo dell'atmosfera culturale complessiva in cui si svolse la famosa controversia il fatto che, dal canto suo, Las Casas, ad onta del suo risoluto pacifismo nei confronti degli amerindi, aveva suggerito inizialmente l'importazione di schiavi neri nelle Americhe quale soluzione appropriata per sostituire il lavoro dei primi, pur avendo in seguito ritrattato tale proposta. E non deve poi essere dimenticato che la colonizzazione forzata e la schiavitù non verranno messe definitivamente al bando dal diritto internazionale che nel corso del XX secolo.

Sembra comunque doversi condividere, a conclusione del discorso sulla figura di Sepúlveda, l'opinione che tende sempre più a diffondersi tra i suoi studiosi contemporanei secondo cui l'importanza rivestita dalla sua partecipazione alla lunga disputa sugli *indios* ai fini della formazione di una valutazione d'insieme della sua personalità non dovrebbe essere sopravvalutata, dato che un'eccessiva concentrazione dell'attenzione su quel dibattito, per quanto assurdo a grande celebrità, rischia di offrire un'immagine incompleta e inadeguata dell'eminente umanista andaluso³⁴. Spirito profondo ed inquieto, studioso di teologia, filologia, storia, filosofia e diritto, egli seppe infatti suddividersi con eguali passione ed impegno, non diversamente del resto da altri autorevoli uomini di scienza e cultura del Rinascimento, tra lo studio intenso e fecondo delle antichità classiche e l'assunzione di un ruolo prominente nella ricerca della soluzione di alcuni dei maggiori problemi politici del suo tempo. Egli incarna così pienamente lo spirito dell'epoca e fornisce al tempo stesso una significativa esemplificazione del raggiungimento degli obiettivi del Collegio: la formazione di persone di cultura che all'erudizione e alle capacità speculative accompagnavano un forte impegno nelle istituzioni. Un'edizione delle sue *Obras completas*, composta da diciassette volumi, è stata pubblicata tra il 1995 e il 2011 per iniziativa dell'Ayuntamiento del comune di Pozoblanco, suo luogo di nascita, in provincia di Cordova³⁵.

Negli stessi anni in cui Sepúlveda maturava le proprie opinioni, dentro le mura del Collegio si facevano sentire gli influssi dei dibattiti più liberi che andavano ormai prendendo forma dopo il lungo periodo medievale. I collegiali erano in quegli anni intellettualmente impegnati in studi filosofici e religiosi e questo favorì anche lo sviluppo di posizioni poco ortodosse. L'allora prorettore Juan Álvarez de Toledo, arcivescovo di S. Giacomo di Compostela e inquisitore generale su nomina di papa Giulio III, avviò quindi un'indagine che portò a un processo per eresia a carico di alcuni collegiali negli anni 1553-1554. Dei nove sottoposti a processo solo due vennero riconosciuti colpevoli di eresia; uno fu condannato all'abiura, sentenza cui aderì prontamente, mentre l'altro fu anche invitato a lasciare il

³² Cfr. ancora sul punto L. GLANVILLE, D. LUPHER, M. FEILE TOMES, *Sepúlveda on the Spanish Invasion*, cit., *Introduction*, pp. 20-21, testo e nota 78, nonché l'ulteriore e più specifica *Introduction* alla traduzione del *Democrates* contenuta nello stesso volume, pp. 83-85.

³³ Così V. LAVENIA, "Glorie antiche e moderne", cit., p. 27.

³⁴ V. in questo senso J. BELDA PLANS, *Juan Ginés de Sepúlveda*, cit., pp. 38-39, e cfr. pure sulla molteplicità degli aspetti della sua proteiforme personalità L. GLANVILLE, D. LUPHER, M. FEILE TOMES, *Sepúlveda on the Spanish Invasion*, cit., *Introduction*, cit., p. 10.

³⁵ Il diciassettesimo volume contiene una sua ampia biografia redatta da Santiago Muñoz Machado.

Collegio³⁶. È interessante segnalare che, proprio per rispettare l'autonomia dell'istituzione, i processi non furono istruiti, come d'ordinario, dal tribunale provinciale del S. Ufficio, ma da una commissione speciale che si riuniva nei locali della Chiesa di S. Domenico; tuttavia, anche se le accuse si rivelarono per lo più prive di fondamento, da quel momento si iniziò a prestare particolare attenzione alle idee che si diffondevano tra i collegiali.

V. La crisi dei *colegios mayores* e la sopravvivenza del Collegio bolognese

12. Nella seconda metà del '500, consumata ormai la frattura tra Roma e le chiese riformate, la vita all'interno del Collegio parve all'allora vescovo – e poi arcivescovo – di Bologna Gabriele Paleotti improntata a un ossequio formale alle prescrizioni degli statuti, non accompagnata però dall'osservanza dei principi morali e religiosi che ne formavano la base³⁷. I collegiali erano meno numerosi di quanto previsto e talvolta non sembravano sufficientemente impegnati negli studi; una visita disposta da Paleotti e dall'ambasciatore di Spagna portò così all'assunzione di alcuni provvedimenti³⁸. In questa circostanza, come in altre analoghe che seguirono ciclicamente, i collegiali comunicarono il proprio rifiuto di adeguarsi a quanto ordinato, rivendicando l'autonomia del Collegio, anche se per la verità le prescrizioni dei visitatori non rimasero del tutto prive di effetto. Negli anni seguenti la vita della struttura fu turbata da un grave episodio che non fu mai ben chiarito. Nel 1583 era stato assassinato a Bologna uno studente spagnolo; le autorità cittadine accertarono la colpevolezza di un collegiale, Ignacio de Erquiñigo. Su richiesta dei collegiali, la sentenza che conteneva tale accertamento venne peraltro annullata dal Cardinal legato e la giurisdizione sul caso venne attribuita al rettore del Collegio, che assolse invece Erquiñigo. Questi venne però trovato morto tra le mura del Collegio qualche mese dopo; quattro collegiali vennero condotti nel carcere della città per essere interrogati e uno di loro morì, forse in seguito a torture. La situazione, già molto difficile, si inasprì nei mesi successivi a causa di altri gravi episodi che coinvolsero collegiali. Furono quindi disposte altre visite, vennero presi altri provvedimenti che furono nuovamente contestati dai collegiali in nome dell'autonomia del Collegio, ma infine, grazie agli interventi delle autorità ecclesiastiche locali, di quelle romane e di quelle spagnole, a partire dal 1610 la vita del Collegio poté riprendere con normalità.

L'istituzione da quel momento riuscì altresì a rilanciare anche il proprio prestigio intellettuale, con l'arrivo di alcuni borsisti che si distinsero per la qualità dei loro studi giuridici. Fra questi si segnalano in particolare Diego Millán de Quiñones, che divenne professore di diritto canonico nell'Università di Bologna e proseguì la propria carriera a Pavia, e altri collegiali che seguirono ugualmente la carriera accademica come Esteban Daoyz y Orbara e Francisco Docampo Guiral, Fernando Muñoz y Villa, Alfonso del Rio, Juan de Pineda, Antonio Camon³⁹. D'altra parte in quel periodo quasi tutti i collegiali si laureavano *in utroque iure*, un numero percentualmente molto più elevato di quanto accadeva agli studenti delle università iberiche. La monarchia spagnola in quell'epoca aveva bisogno di funzionari capaci di difenderne gli interessi davanti alla giustizia ecclesiastica e quindi i *bolonios*, grazie alla loro formazione culturale, erano particolarmente apprezzati al loro ritorno in patria. I collegiali, molti dei quali appartenevano al clero, erano dunque in maggioranza destinati ad una carriera burocratica di vertice nell'apparato statale spagnolo⁴⁰. Con il passare degli anni si verificò però una progressiva e significativa

³⁶ Per una cronaca di questi processi e interessanti osservazioni sul clima che in quegli anni si era creato a Bologna, che continuava ad attirare studiosi provenienti anche da città che avevano ormai aderito pienamente alla riforma, v. A. BATTISTELLA, *Processi d'eresia nel Collegio di Spagna (1553-1554)*, Bologna, Zanichelli, 1901.

³⁷ V. al proposito M. FANTI, "Tentativi di riforma del Collegio di Spagna nella seconda metà del Cinquecento", in *El cardenal Albornoz y el Colegio de España*, cit., vol. II, 1972, p. 466 ss.

³⁸ Ecco alcune delle prescrizioni adottate: si doveva prestare maggiore attenzione allo studio dei collegiali arricchendo adeguatamente la biblioteca e dovevano essere espulsi quelli che non studiavano a sufficienza; si doveva addirittura creare un carcere all'interno nel Collegio per coloro che venivano sorpresi ad appropriarsi di beni di proprietà del medesimo; dovevano essere vietate le visite femminili nelle camere dei collegiali.

³⁹ V. D. DE LARIO, "La Universidad de Bolonia y el Colegio de España en el tránsito de los siglos XVI al XVII", *Estudis: Revista de historia moderna*, 1979-1980, p. 16 s.

⁴⁰ A tale riguardo v. D. DE LARIO, *Sobre los orígenes del burócrata moderno. El Colegio de San Clemente de Bolonia durante la impermeabilización habsburguesa (1568-1659)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980.

diminuzione del numero dei borsisti: le cronache riportano 301 collegiali nel corso del '500, che scendono a 137 nel secolo successivo e a 91 in quello ancora seguente. I motivi erano molteplici. Innanzitutto, la situazione della formazione universitaria nella penisola iberica era ben diversa da quella dei tempi in cui il cardinale Albornoz aveva fondato il Collegio: ormai in Spagna e in Portogallo avevano acquisito grandissimo prestigio numerosi atenei e un soggiorno a Bologna non era l'unica via per conseguire un titolo accademico, anche se per le sue caratteristiche rimaneva, come si è detto, molto utile per accedere alle carriere amministrative. Inoltre, i posti riservati dagli statuti del Collegio agli studenti di medicina rimasero scoperti a partire dall'inizio del '600 – anche in questo caso perché era ormai possibile acquisire la necessaria professionalità nella penisola iberica – e nel 1628 furono aboliti, senza riassegnarli a studenti delle altre facoltà. Vi era poi una ulteriore motivazione cui sia il rettore, sia gli stessi collegiali, non erano insensibili: dividere le risorse del Collegio tra un minor numero di borsisti consentiva di fare maggiori economie e di gestire l'istituzione con minori preoccupazioni finanziarie.

13. In Spagna intorno alle università più prestigiose (le prime furono Salamanca, Valladolid, Alcalá de Henares) erano sorti i *colegios mayores*, istituzioni create a somiglianza di quello di Bologna. Tuttavia, nella seconda metà del '700, il nuovo clima indotto dall'Illuminismo e le nuove tensioni sociali facevano percepire tali antichi collegi universitari come fondati su privilegi ormai difficili da giustificare. Alcuni tentativi di riformare i *colegios mayores* per adeguarli alle mutate esigenze si rivelarono inutili e se ne decretò la chiusura definitiva nel 1798⁴¹.

Invece al Collegio bolognese fu consentito di continuare a svolgere la propria funzione cosicché esso poté mantenere la caratteristica di istituzione frequentata soprattutto da giovani, laici o ecclesiastici, desiderosi di prepararsi ad una carriera di carattere amministrativo⁴². Tuttavia questo carattere di formazione prevalentemente di natura professionalizzante, come si direbbe oggi, non impediva ai collegiali di dedicarsi ugualmente alla discussione di argomenti di carattere eminentemente culturale e speculativo, collegati anche a questioni di attualità, soprattutto dopo l'adozione di alcune riforme nel funzionamento della vita quotidiana dell'istituzione⁴³. Le cronache riportano alcuni dei temi oggetto di discussione nella seconda metà del XVIII secolo. Fra quelli che vengono menzionati nelle fonti se ne possono segnalare alcuni, che dimostrano l'interesse coltivato all'interno della struttura per il diritto internazionale e la convivenza tra i popoli: “sobre las diversas especies de gobiernos, y sus efectos, y cuál es la más preferible”; il dominio dei mari; se la schiavitù sia contraria al diritto delle genti⁴⁴. Ma si discuteva anche della pena di morte e della tortura. Si conserva poi memoria di alcune dissertazioni in italiano, quale ad esempio quella del 1787 di Fernando Queipo de Llano y Bernaldo de Quirós (che sarebbe poi divenuto per alcuni anni professore nell'Università di Bologna) sulla promozione del commercio negli Stati moderni⁴⁵: un tema cui non erano estranee preoccupazioni di carattere economico, segno del nuovo modo di affrontare le questioni giuridiche.

14. Si sono già ricordate le gravi vicende subite dal Collegio durante l'occupazione napoleonica; anche quando esso fu in condizione di riappropriarsi della propria sede, faticò a riprendersi perché la restaurazione dello Stato pontificio segnò un periodo di decadenza economica della città di Bologna che inevitabilmente produsse conseguenze sulla vita universitaria. Durante il periodo in cui appartenne

⁴¹ V. C. NIETO SÁNCHEZ, *San Clemente de Bolonia (1788-1889)*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 35 ss.

⁴² Si veda in proposito il lungo saggio di G. ROVERSI, “L'azione di papa Lambertini a favore del Collegio di Spagna e la controversa Visita apostolica del 1741”, cit., p. 523 ss.

⁴³ Il mantenimento in vita del Collegio bolognese fu deciso dal governo spagnolo seguendo il parere di Francisco Pérez Bayer. Nel 1757 Bayer, canonista e *catédrico*, che si trovava allora a Roma presso il Vaticano, fu inviato dal re di Spagna ad effettuare una visita al Collegio, dove risiedette per sei mesi; diede parere favorevole alla sua conservazione, lasciando però un lungo elenco molto particolareggiato di prescrizioni per riformarne il funzionamento. Queste prescrizioni includevano un programma di dibattiti, denominati “conclusiones”, che dovevano tenersi tra i collegiali nei giorni di martedì e venerdì su temi teologici, storici o altri, al fine di aumentarne le conoscenze culturali e la capacità argomentative. Curiosamente fu lo stesso Bayer, alcuni anni dopo, a dare invece parere negativo alla conservazione dei *colegios* situati in terra spagnola.

⁴⁴ V. per queste informazioni e le relative fonti M. BATILLORI, “El Colegio de España en Bolonia a fines del siglo XVIII”, in *El cardenal Albornoz y el Colegio de España*, cit., vol. II, 1972, pp. 662 ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 663.

successivamente alla Repubblica cispadana, poi alla Repubblica cisalpina e infine a quella italiana, Bologna aveva potuto godere di un allargamento dei propri contatti culturali ed economici con le città limitrofe e, in particolare, con quelle lombarde, inclusa Milano. La restaurazione riportò la città in un sistema chiuso che ne interruppe l'inserimento nel più fiorente mercato dell'Italia del Nord. Anche l'Università, che era stata riformata in senso più moderno da Napoleone, vide il ritorno all'uso del latino per gli insegnamenti *in utroque iure*, il controllo pontificio sulle idee professate dai docenti, la necessaria approvazione dei libri di testo da parte della Sacra Congregazione e una complessiva e insoddisfacente provincializzazione del corpo docente⁴⁶. Furono, quelli, gli anni del lungo rettorato di Simón Rodríguez Laso, che resse il Collegio fino al 1821: dei pochi studenti che, malgrado le difficoltà di quell'epoca, frequentarono l'istituzione albornoziana rimane traccia nelle cronache tenute dagli *historiadores*, che riportano sia i loro nomi, sia le cariche che poterono ricoprire al loro ritorno in Spagna⁴⁷. Tuttavia le cronache si interrompono nel 1808 e i documenti amministrativi nel 1830, segno anche di trascuratezza nella gestione del Collegio. Quegli anni e quelli susseguenti furono anni di sconvolgimenti di carattere politico per l'intera vita cittadina: dopo l'occupazione francese e la successiva restaurazione seguirono i moti del 1831, il periodo dell'occupazione austriaca e le vicende del Risorgimento. L'Università di Bologna attraversò successive fasi di crisi, il suo numero di studenti calò grandemente e in alcuni periodi non si tennero neppure lezioni: la situazione non poteva dunque che produrre inevitabili conseguenze negative anche sul funzionamento e sull'attrattiva del Collegio. Così dei periodi in cui furono rettori prima Juan Francisco Marco y Catalán, dal 1822 al 1827, e poi Pablo de Irazoqui, che rimase in carica fino alla morte, avvenuta nel 1855, si hanno pochissime notizie e pochissimi documenti, sintomo probabilmente di una vita accademica poco attiva. La *Proles Aegidiana* di Pérez Martín elenca i nomi degli assai rari studenti ammessi al Collegio in quegli anni, e indica che in alcuni periodi i collegiali residenti erano solo uno o due e in altri non ve n'era addirittura nessuno.

VI. Il Collegio di Spagna e il nuovo corso dell'Università di Bologna dopo l'unità d'Italia

15. Come si è accennato, la trasformazione dell'antico Archigymnasium Pontificium Bononiense in Regia Università di Bologna dopo l'annessione della città al Regno di Sardegna e nel 1861 al Regno d'Italia comportò molte novità, seppure in un contesto di sostanziale continuità. Ebbe fine il predominio del latino come lingua di insegnamento; la facoltà teologica venne abolita; si adottarono nuovi ordini degli studi e quello per la laurea in Giurisprudenza introduceva il diritto internazionale come materia fondamentale che acquisiva autonomia didattica e scientifica ed era soprattutto importante per quei collegiali che intendevano dedicarsi alla carriera diplomatica o consolare. Queste novità coincisero con un periodo di crisi del Collegio, che non si era mai del tutto ripreso dagli avvenimenti dell'epoca napoleonica. La crisi dipendeva da una serie di circostanze esterne alla situazione locale, legate in particolare al rapporto del Collegio con il sistema educativo spagnolo: il soggiorno presso il Collegio appariva poco attraente perché gli studi compiuti a Bologna fin dal 1853 non erano più riconosciuti in Spagna, e i pochi collegiali che frequentarono in quegli anni effettivamente non sostennero alcun esame né tanto meno ottennero la laurea, fatto che rischiava di far percepire come ormai superata l'istituzione albornoziana. In quel periodo vi fu anche, come si è già menzionato, un tentativo di chiusura del Collegio ad opera della corona spagnola, che intendeva creare un'analoga istituzione a Roma; la decisione in tal senso venne adottata nel 1855, anno in cui a Bologna si trovava un unico collegiale, José María de Irazoqui y Miranda, che fu nominato rettore *ad interim* quando proprio in quello stesso anno morì il rettore allora in carica, che era suo zio⁴⁸.

⁴⁶ Al riguardo v. R. CREMANTE, "L'Università nell'età della restaurazione", in *Storia illustrata di Bologna*, cit., vol. VI, p. 201 ss., ove si citano anche i commenti di alcuni intellettuali dell'epoca, tra i quali Giacomo Leopardi, che ebbe una pessima impressione dello stato complessivo dell'ateneo bolognese, da lui visitato nel 1826.

⁴⁷ V. C. NIETO SÁNCHEZ, *San Clemente de Bolonia (1788-1889)*, cit., p. 193 ss.

⁴⁸ Su questo complicato episodio della vita del Collegio v. ancora C. NIETO SÁNCHEZ, op. ult. cit., p. 203 ss. José María de Irazoqui non accettò la decisione di chiusura assunta dalla Regina Isabella II e rifiutò di riconoscere qualunque autorità al delegato del governo spagnolo Manuel Marliani. Il Vaticano assunse la difesa di Irazoqui, spiegando che la corona spagnola poteva vantare solo un alto patrocinio sul Collegio e non certo diritti proprietari.

Scongiurato con non poche difficoltà il piano della corona spagnola, il Collegio dovette far fronte qualche anno dopo ad un nuovo tentativo di imporre la chiusura operato dal governo italiano e dovuto probabilmente anche questo alla gravità della situazione di decadimento in cui l'antica istituzione appariva trovarsi. Tuttavia, grazie all'impegno del rettore Irazoqui, fin dal 1863 il Collegio aveva acquisito nuovi borsisti, anche se poco numerosi, e questo rendeva più difficile al governo italiano pretendere di esercitare dei diritti sulla fondazione albornoziana giustificandoli con il ricorso ad una sorta di "disamortizzazione". Per uscire dalla crisi, il rettore e la Junta de patronato decisero di adottare un piano di riorganizzazione che doveva includere innanzitutto la modifica degli antichi statuti, risalenti al 1644. L'adozione di tale piano venne però rallentata dalle vicende politiche spagnole di quegli anni e Irazoqui si trovò presto nuovamente unico residente nel Collegio. Finalmente nel 1876 furono redatti i nuovi statuti, approvati nell'aprile dell'anno seguente dal Consejo de Instrucción Pública spagnolo, fatto questo di estrema rilevanza per porre fine alla crisi del Collegio e frutto, senza dubbio, della perseveranza di Irazoqui nel difendere e promuovere le sorti dell'istituzione. Da quel momento gli studi compiuti a Bologna sarebbero stati di nuovo riconosciuti a tutti gli effetti in Spagna. L'istituzione albornoziana poté così superare definitivamente le crisi del secolo XIX e riprendere il proprio ruolo di accoglienza degli studenti in un clima più aperto e adeguato al mutato contesto politico e intellettuale⁴⁹; contemporaneamente anche l'ateneo bolognese aveva riconquistato il proprio prestigio, grazie a un periodo di rilancio culminato nel 1888 con la celebrazione del suo VIII Centenario, di cui fu soprattutto artefice il poeta Giosué Carducci, allora professore di letteratura italiana e che nel 1906 sarebbe stato coronato con il premio Nobel per la letteratura.

In quei primissimi anni del nuovo ciclo, e precisamente nel 1878, si laureò in Giurisprudenza Jorge García y Gil de Almansa, che sarebbe poi entrato in magistratura, con una tesi dal titolo "Per il diritto internazionale dei trattati stipulati fra le diverse nazioni", condotta a termine sotto la guida di Domenico Mantovani-Orsetti che insegnava allora il diritto internazionale nell'ateneo bolognese. In seguito un discreto numero di collegiali studiò a Bologna tale disciplina per poi intraprendere la carriera diplomatica: fu il caso di Manuel Ávila Bernabéu, che si laureò nel 1895 con una tesi intitolata "Studi intorno alla formazione ed attuazione d'un codice internazionale", anch'egli sotto la supervisione di Mantovani-Orsetti. Tra coloro che furono ospitati nel Collegio tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, può essere interessante menzionare altresì Tomás Baldasano y López Martínez, autore nel 1901 di una tesi sull'estradiizione, José María Martínez Pons artefice nel 1905 di un'altra concernente i diritti appartenenti ad uno Stato nei territori altrui e Antonio La Cruz y Marín con la sua tesi sull'intervento in diritto internazionale, discussa nel 1913 alla vigilia della prima guerra mondiale: temi eterogenei, ma tutti relativi ad istituti giuridici di natura positiva, secondo l'impostazione del diritto internazionale che si era affermata in quegli anni, anche ad opera di Dionisio Anzilotti che era stato professore della materia a Bologna dal 1903 al 1911.

16. Dopo la pausa bellica uno dei primi studenti ammessi al Collegio fu il giovane Antonio de Luna García, che sarebbe divenuto professore di diritto internazionale a Madrid nel 1932 e avrebbe ricoperto importanti cariche sia nazionali che internazionali. Egli fu *asesor jurídico* del Ministerio de Asuntos Exteriores spagnolo, delegato della Spagna alla VI Commissione delle Nazioni Unite, rappresentò il suo paese in numerose conferenze internazionali (fra le quali quelle di Ginevra sul diritto del mare del 1958 e del 1960), fece parte nel 1957 del collegio arbitrale nel caso del lago Lanoux (Francia

⁴⁹ Le traversie del Collegio non erano però ancora cessate del tutto: nel 1879 il Ministero italiano della Pubblica istruzione istituì una commissione di inchiesta sul Collegio e, benché questa non avesse assunto specifici provvedimenti, uno dei suoi membri, Augusto Aglebert, pubblicò nel 1881 a Bologna un volumetto *Del collegio di Spagna e dei diritti della città di Bologna* che tratteggiava un quadro decisamente negativo del Collegio e terminava proponendo che la proprietà ne venisse attribuita al Regno d'Italia tramite l'applicazione – a cui fondamento egli adduceva peraltro ragioni assai dubbie – dell'art. 832 del codice civile italiano allora vigente. L'Ambasciata spagnola a Roma dispose quindi una visita di ispezione del Collegio, che si tenne nel 1882, e ancora una volta il rettore Irazoqui dovette rispondere alle osservazioni ricevute fornendo la prova del buono stato in cui si trovava l'istituzione, che la sua capacità di gestione aveva contribuito a rafforzare sul piano economico. Egli si ritirò al compimento dei 70 anni con la soddisfazione di aver consentito al Collegio di superare un periodo difficile e di aver accolto ben quarantacinque nuovi collegiali durante il suo rettorato.

c. Spagna), fu membro dell'Institut de droit international e della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite dal 1962 al 1966⁵⁰.

De Luna si era laureato nel 1925 sotto la direzione di Scipione Gemma, con una tesi su “Il valore della consuetudine come fonte del diritto”, che egli rielaborò successivamente e che gli valse uno dei premi Vittorio Emanuele II che allora venivano conferiti nell'ateneo di Bologna alle tesi più meritevoli. L'argomento ben rappresenta gli elementi che sono stati al centro del suo lavoro scientifico: de Luna si interrogava sul fondamento giuridico del diritto internazionale, insoddisfatto delle spiegazioni offerte dal positivismo giuridico allora dominante. Pur dotato di realismo e di sensibilità politica, che gli consentirono di offrire contributi efficaci nei suoi diversi incarichi nazionali e internazionali, de Luna riteneva che solo la preesistenza di principi generali aventi fondamento nella giustizia naturale potesse giustificare la costruzione, ad opera degli Stati, di regole consuetudinarie (*derecho internacional común*) e di regole pattizie (*derecho internacional particular*) basate sulla convergenza delle loro volontà, quali norme necessarie per la regolamentazione della vita internazionale. Non mancò di sostenere queste sue convinzioni, che gli facevano rifiutare soluzioni motivate dalla “ragion di Stato”, nonché ogni tentativo di giustificare con una “doppia morale” comportamenti statali contrari al principio di uguaglianza sovrana degli Stati, anche nei fori internazionali nei quali si trovò ad operare⁵¹. L'interesse per i rapporti tra dato giuridico e dato metagiuridico si rifletté anche nell'argomento scelto per il suo corso all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja, tenuto nel 1950 ma mai pubblicato, su *Politique et droit international*.

Uno dei lavori più originali e più noti di de Luna è il volumetto *El poder exterior*, pubblicato nel 1962 a Madrid presso l'Instituto de Estudios Políticos e riprodotto di una conferenza che aveva suscitato molto interesse. Riprendendo una visione che egli riconduce al *federative power* di Locke e rifiutando l'impostazione di Montesquieu che ricomprendeva il *poder exterior* nella funzione esecutiva, de Luna lo intende invece come del tutto distinto dal potere esecutivo di carattere generale, anche se svolto dallo stesso titolare di quest'ultimo, e completamente autonomo rispetto agli altri poteri, in particolare rispetto al potere giudiziario, alle cui logiche risulta impossibile sottometterlo per la sua natura essenzialmente politica. De Luna si preoccupa di precisare che questa impostazione non comporta un “bill de indemnidad” del *poder exterior* perché gli Stati risponderebbero comunque politicamente ai loro parlamenti o agli organi dell'ONU o, in ultima istanza, all'opinione pubblica nazionale o mondiale, sebbene non si nasconda che negli Stati non democratici si pone un problema di legittimazione del *poder exterior* – comune, d'altronde, pure all'esercizio del potere interno. La tesi descritta ha suscitato echi anche nella dottrina costituzionalistica italiana, che ha sottolineato come le esigenze della speditezza e dell'efficienza del *poder exterior* debbano trovare pur sempre la giusta armonizzazione con quelle “della legalità, della responsabilità e del controllo dell'azione esecutiva, alle quali l'odierno stato di diritto non può, né deve, rinunciare”⁵². Nella previsione di numerose carte costituzionali queste esigenze si sono tradotte in forme di controllo parlamentare sulla condotta delle relazioni internazionali che non dovrebbero essere di qualità diversa né tanto meno inferiore a quella dei controlli che si esplicano nei confronti dell'attività di governo in altri settori.

De Luna viaggiò molto durante la sua vita; parlava diverse lingue per averle apprese fin da giovane, aveva vari altri interessi oltre quelli legati alla sua professione, coltivava l'amicizia con i colleghi ma anche con altre persone con cui condivideva passioni e curiosità⁵³. Fu amico, fra l'altro, di Federico García Lorca. Alla sua morte prematura, avvenuta nel 1967, un gruppo di colleghi ed amici decise di dedicare alla sua memoria un insieme di scritti, ospitati nel 1968 in due fascicoli della *Revista Española de Derecho Internacional* che egli aveva contribuito a fondare nel 1948 e che aveva diretto fino al 1963.

⁵⁰ V. A. TRUYOL Y SERRA, “Don Antonio de Luna García (1901-1967)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1968, pp. 157-179.

⁵¹ Su questo specifico settore degli interessi scientifici di de Luna e i suoi riflessi sul lavoro da lui svolto nella VI Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, v. M. MEDINA ORTEGA, “Política y Derecho Internacional. La Labor del Profesor de Luna en la Sexta Comisión de la Asamblea General”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1968, pp. 193-207.

⁵² Si veda per tale presa di posizione A. LA PERGOLA, “Il ‘poder exterior’ nella concezione di Antonio de Luna”, in *El cardenal Alborno y el Colegio de España*, cit., vol. III, 1973, pp. 575-603.

⁵³ Per un ricordo personale di Antonio de Luna, v. A. GARCÍA VALDECASAS, “Antonio de Luna”, *ibidem*, pp. 565-572.

Negli anni successivi al soggiorno di de Luna numerosi altri collegiali si dedicarono a studi di diritto internazionale sotto la guida di Scipione Gemma. Molti di loro intrapresero poi la carriera diplomatica; così Luis García de Llera y Rodríguez, Fernando Vázquez Méndez, Santiago Sangro y Torres, Ramón de Villota y Muniesa. Erano gli anni difficili compresi tra le due guerre, gli anni del fascismo in Italia e della proclamazione della Repubblica in Spagna. Gli studi tra le mura del Collegio e tra quelle dell'Ateneo bolognese poterono tuttavia continuare a svolgersi in relativa tranquillità.

17. A partire dal 1936 il Collegio fu invece costretto dallo scoppio della guerra civile in Spagna a rinunciare ad ospitare borsisti: il rettore di allora, Manuel Carrasco y Reyes, decise quindi, non senza incontrare molte difficoltà di varia natura, di dare accoglienza ad un gruppo di ufficiali mutilati dell'esercito nazionalista, bisognosi di cure presso l'Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna. Carrasco dava così esecuzione alla disposizione del testamento del cardinale Albornož statuento che in mancanza di collegiali l'istituzione dovesse fare opera di beneficenza⁵⁴. Quando l'Italia entrò in guerra, egli riuscì a farsi nominare console di Spagna, garantendo così immunità al Collegio, che durante il conflitto diede rifugio ad un certo numero di persone. "In tal modo il Collegio fu salvo ancora una volta"⁵⁵.

VII. I *bolonios* e gli studi internazionalistici negli anni '60 del secolo scorso

18. Fu pertanto solo a partire dall'anno accademico 1948/49 che i borsisti ripresero a popolare il Collegio e negli anni '60 si segnalano alcuni di essi che si dedicarono a studi di diritto internazionale. Era allora titolare della cattedra della materia Angelo Piero Sereni, che diresse le tesi di quattro valenti collegiali. Il primo di questi, Manuel de Luna Aguado, discusse nel 1964 una tesi su "L'istituzione consolare nel diritto internazionale", per la quale ricevette il premio Vittorio Emanuele II, e seguì poi la carriera diplomatica dando prova in alcune situazioni difficili di qualità che gli valsero la nomina a *Caballero del Orden de Isabel la Católica*, distinzione conferita dal Ministerio de Asuntos Exteriores di Spagna. L'anno successivo Hermino Morales Fernández si laureò con una tesi su "Il principio di effettività e le sue applicazioni nel diritto internazionale", ugualmente insignita con il premio Vittorio Emanuele II, e anch'egli seguì la carriera diplomatica fino a divenire *director general de Asuntos Consulares* ottenendo altri numerosi riconoscimenti: *Cruz distinguida de 1ª clase de la Orden de San Raymundo de Peñafort* (onorificenza attribuita dal Ministerio de Justicia), *Orden de Isabel la Católica*, *Caballero de la Orden del Mérito civil*. Nel 1966 si laurearono ancora in diritto internazionale altri due collegiali, Alberto A. Herrero De La Fuente con una tesi su "La forza delle Nazioni Unite nel Congo" (anche in questo caso, la tesi fu considerata meritevole del premio Vittorio Emanuele II) e Julio Luis Añoveros Trías de Bes con una tesi su "Le convenzioni bilaterali italiane e spagnole relative al riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere". Herrero de la Fuente proseguì gli studi ottenendo un dottorato alla Sorbona nel 1968, intraprese poi la carriera accademica in Spagna, diventando *catedrático de derecho internacional público* dapprima a Cadice e in seguito a Valladolid, sua città di origine. Egli si interessò anche di diritto comunitario, meritando una cattedra Jean Monnet. Añoveros Trías de Bes, originario di Barcellona, si dedicò alla carriera forense in quella città e, contemporaneamente, all'insegnamento universitario come *profesor titular de derecho internacional público* nell'Università di Barcellona. Seguì pure la carriera politica nel Partido popular e fu eletto deputato europeo nella legislatura 1994-1999.

Questo gruppo di brillanti *bolonios* contribuì a rafforzare nella Facoltà bolognese – e senza dubbio anche nel resto della penisola – la convinzione della qualità e della serietà dei borsisti del Collegio.

19. Alla morte prematura di Sereni, avvenuta nel 1967, lo sostituì sulla cattedra bolognese di diritto internazionale Gaetano Arangio Ruiz.

⁵⁴ E. ZULIANI, "Il Collegio di Spagna di Bologna, prestigio e tradizione di un'istituzione albornožiana", *Spagna contemporanea*, 2005, n. 28, pp. 29-46, spec. p. 37 ss.

⁵⁵ Così R. PASSERI, *Storia del reale collegio di Spagna di Bologna*, cit., p. 21.

Tra gli internazionalisti presenti nel Collegio in quegli anni occupa una posizione di cospicuo rilievo Antonio Remiro Brotóns, autore a sua volta di una tesi, coronata, come la maggior parte delle precedenti, del premio Vittorio Emanuele II, su “Il mantenimento della pace e della sicurezza americana nel quadro dell’Organizzazione degli Stati Americani e della Carta delle Nazioni Unite”, completata nel 1969 dopo essersi laureato a Murcia nel 1967 e avere trascorso a Bologna il biennio successivo.

Scrittore prolifico, formatosi in un periodo in cui il processo di separazione tra gli studi di diritto internazionale pubblico e quelli di diritto internazionale privato era stato già avviato in Spagna senza tuttavia essere giunto ancora a compimento, egli pubblicherà nella prima fase della sua attività di studioso diverse opere concernenti sia l’una che l’altra delle due discipline: in particolare, riguardo alla prima, *La hegemonía norteamericana factor de crisis de la OEA* (1972), tratta dalla dissertazione di dottorato, *Las Cortes y la política exterior española* (1977) e *Territorio nacional y Constitución* (1979); riguardo alla seconda, *Ejecución de sentencias extraneras en España* (1974) ed *Ejecución de sentencias arbitrales extraneras* (1980), cui farà seguito poco dopo il corso tenuto all’Accademia di diritto internazionale dell’Aja nel 1984 su *La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*. Abbandonerà tuttavia ben presto definitivamente lo studio del diritto internazionale privato, preferendo affiancare piuttosto a quello del diritto internazionale pubblico l’interesse per il diritto dell’Unione europea e concentrando quest’ultimo soprattutto sul tema delle relazioni esterne dell’Unione.

20. Dopo un primo decennio di insegnamento svolto presso l’Università di Murcia, viene chiamato a ricoprire, a partire dal 1981, la cattedra di diritto internazionale pubblico presso l’Università Autonoma di Madrid, pubblicando nel frattempo, già nel 1982, il primo volume, *Principios fundamentales*, del suo *Derecho internacional público*, contenente *in nuce* la sostanza del suo pensiero sul diritto, la politica e la sociologia delle relazioni internazionali e che verrà integrato nel 1987 con la pubblicazione di un secondo volume sul *Derecho de los tratados*. Riveste peraltro almeno altrettanta importanza per la ricostruzione delle sue idee principali relative alla materia la successiva opera del 1996 *Civilizados, bárbaros y salvajes en el Nuevo Orden Internacional*.

Oltre ad esser stato commentatore giornalistico e televisivo dei maggiori avvenimenti internazionali per alcuni anni, egli ha unito altresì all’attività di studioso quella di consulente governativo nel campo del diritto internazionale, non solo per il suo paese ma anche per altri, nonché quella di avvocato presso tribunali internazionali. In tale ultima veste è comparso davanti alla Corte internazionale di giustizia in una quindicina di procedimenti che lo hanno visto difensore, di volta in volta, della Spagna, del Nicaragua (in una decina di occasioni), del Salvador, della Bolivia e del Venezuela. Nel 2005 è stato eletto membro dell’Institut de droit international e nel 2014 componente della Corte permanente di arbitrato. Non soltanto giurista ma anche politologo, ha sviluppato nel corso degli anni una concezione dei rapporti tra il diritto della comunità internazionale e l’effettivo modo di essere delle relazioni che si stabiliscono al suo interno da lui stesso definita “realismo critico”⁵⁶ e che muove da una visione disincantata di queste relazioni, che egli considera sostanzialmente basate sulla disuguaglianza fattuale di potere tra gli Stati e sull’egemonismo ed interventismo occidentale che ne hanno caratterizzato quasi ininterrottamente lo svolgimento fin dall’inizio del XVI secolo. A partire da tali premesse egli si fa sostenitore della necessità della formazione di un diritto internazionale universale nel contesto di una comunità internazionale evoluta in un senso più democratico e finalmente dotata di strumenti istituzionali adeguati ad una efficace difesa dei suoi valori e dei suoi principi fondanti.

Ancora sotto la guida di Arangio Ruiz, Fernando María Mariño Menéndez discusse poi, nel 1970, la tesi su “Le convenzioni in materia di responsabilità civile per danni nucleari e la responsabilità internazionale dello Stato”, che meritò parimenti il premio Vittorio Emanuele II. Egli si dedicò a propria volta alla carriera accademica, passando dall’Università Autonoma di Madrid a quelle di Cordova e, in seguito, di Saragozza, per trasferirsi infine nel 1990 sulla cattedra di diritto internazionale dell’Università Carlos III di Madrid, dove fondò e diresse fino al 2014 l’Istituto Universitario de Estudios internacionales y europeos “Francisco de Vitoria”. Morì a Madrid nel 2018. Egli fu membro dal 2001 al 2013 del Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite, esperienza che influenzò la scelta del tema per il corso

⁵⁶ A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 32.

che tenne nel 2016 all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja su *The Prohibition of Torture in Public International Law*, pubblicato nel volume 391 del *Recueil des Cours* dell'Accademia.

VIII. Gli studi di diritto internazionale privato dei collegiali nel periodo 1977-1992

21. Essendo Paolo Mengozzi nel 1975 subentrato ad Arangio Ruiz, trasferitosi alla Sapienza, nell'insegnamento del diritto internazionale, egli si trovò a seguire negli studi dedicati al diritto internazionale privato alcuni collegiali che avrebbero poi tutti intrapreso con successo la carriera universitaria in Spagna.

Il primo di questo gruppo fu Alfonso-Luis Calvo Caravaca, che si laureò nel 1978 con una tesi su "La dottrina dell'interesse nazionale nel diritto internazionale privato"; a lui tennero dietro negli anni successivi Miguel Virgós Soriano, che discusse nel 1981 una tesi su "L'autonomia della volontà e le norme imperative nei contratti internazionali", Miguel Ángel De Amores Conradi, con una tesi su "Principio di eguaglianza e rapporti personali tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano e spagnolo" (1985), Javier Carrascosa González, con una tesi su "Il *dépeçage* e la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali" (1991), e Luis Francisco Carrillo Pozo, con una tesi su "La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali" (1992).

22. La Spagna aveva da poco attuato, nel 1974, la riforma di alcuni articoli del Título preliminar del codice civile del 1889, modificando in maniera significativa il sistema spagnolo di diritto internazionale privato. Le nuove norme lasciavano peraltro inalterata, come faceva all'epoca anche il diritto italiano, la separazione tra le norme di conflitto di leggi, o di diritto internazionale privato in senso stretto, e le norme relative alla giurisdizione e all'efficacia delle sentenze straniere, cui ci si riferiva allora con l'espressione "diritto processuale civile internazionale". In quegli anni tuttavia il legame essenziale fra i due gruppi di disposizioni era messo in luce in maniera incontrovertibile, ove bisogno ve ne fosse stato, dagli strumenti di diritto internazionale privato che erano stati adottati o erano in corso di adozione nell'ambito del processo di integrazione europea. Quando Alfonso Calvo arrivò a Bologna, funzionava già con successo la Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ed era in avanzato stato di preparazione la Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali che sarebbe stata adottata nel 1980 come indispensabile complemento della prima. Ben conscio del legame fra le diverse partizioni del diritto internazionale privato e intenzionato a padroneggiarle tutte, Calvo, dopo aver studiato a Bologna il tema dell'interesse nazionale nel diritto internazionale privato redigendo una tesi che gli valse il premio Vittorio Emanuele II⁵⁷, pubblicò a Madrid nel 1986, per i tipi della Tecnos, il volume *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*.

Non è certo possibile enumerare qui tutti i libri e gli articoli scritti da Alfonso Calvo. I suoi interessi spaziano dal diritto internazionale privato all'arbitrato, dal diritto del commercio internazionale a quello anti-trust, dalla protezione dei consumatori all'adozione e ai beni culturali. Nel 1988 ha pubblicato, presso l'editore Tecnos, *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, scritto assieme a Luis Fernández de la Gándara, seguito nel 1989 da *El arbitraje comercial internacional*, con lo stesso coautore e lo stesso editore. Ha partecipato anche a numerose opere collettanee in Spagna e all'estero. Un posto del tutto speciale nella sua vasta produzione occupano i due volumi del *Derecho Internacional Privado*, scritti assieme a Javier Carrascosa González, con la collaborazione di altri studiosi, tutti allievi di Calvo, per alcune delle parti speciali. La prima edizione di quest'opera è stata pubblicata a Granada nel 1999 dalla casa editrice Comares e le edizioni successive,

⁵⁷ Sul tema pubblicò nello stesso anno della laurea bolognese il saggio "La técnica normativa de la doctrina del interés nacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1978, pp. 111-137, e produsse altri articoli su aspetti specifici dello stesso argomento negli anni successivi.

susseguitesi con regolarità, sono giunte fino alla diciottesima, apparsa nel 2018⁵⁸. Si tratta di uno studio gigantesco – i due volumi dell’ultima edizione superavano le 2500 pagine complessive – che i due *bolonios* hanno saputo rendere ancora più imponente, trasformandolo in un *Tratado de Derecho Internacional Privado* in tre volumi di oltre 4600 pagine, la cui prima edizione è stata pubblicata nel 2020 e la seconda nel 2022, a Valencia, per i tipi di Tirant Lo Blanch. Un’opera comparabile non solo non esiste in Spagna, ma è difficilmente reperibile anche nella letteratura di altri paesi e l’interesse che essa riveste è enorme, se si pensa che ormai il diritto internazionale privato è in gran parte regolato da norme uniformi in tutti i paesi dell’Unione europea e, in diversi settori, anche oltre i confini di essa.

Alfonso Calvo Caravaca ha iniziato il suo percorso accademico a Murcia, trascorrendo poi alcuni anni alla Universidad Autónoma de Madrid, nel 1985 è stato nominato *catedrático de derecho internacional privado* nell’Università di Murcia e nel 1992 si è trasferito definitivamente nella Universidad Carlos III de Madrid. Ha profuso il suo impegno nell’insegnamento, nella ricerca, nella formazione dei giovani; ha svolto anche attività di carattere istituzionale, che gli hanno valso la *Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort*, ricevuta nel 2016. Nel 2018 è stato eletto membro del Consiglio di direzione dell’UNIDROIT per il quinquennio 2019/2023, venendo poi confermato per un secondo quinquennio.

Calvo Caravaca ha dato vita nel 2009, assieme a Javier Carrascosa González, alla rivista *Cuadernos de Derecho Transnacional*: una rivista che intendeva aprirsi alla collaborazione di “todos los autores del mundo” e che oggi ospita l’omaggio degli amici ad uno dei suoi infaticabili fondatori.

Altre tre tesi discusse a Bologna poco dopo quella di Alfonso Calvo sono dedicate al diritto internazionale privato dei contratti, in una prospettiva chiaramente europea. In particolare, al momento dell’arrivo a Bologna di Miguel Virgós Soriano, l’elaborazione della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è ormai quasi ultimata ed essa viene aperta alla firma nel 1980 durante il soggiorno di Virgós al Collegio. La Spagna non è ancora entrata nella Comunità, ma i negoziati per la sua adesione hanno avuto inizio ufficialmente nel 1979 e i collegiali sanno che presto il diritto europeo sarà vigente anche in Spagna. La tesi di Virgós, benché non menzioni la Convenzione nel titolo, si occupa del rapporto tra autonomia della volontà e norme imperative, aspetto di centrale importanza nel diritto dei contratti internazionali e che il nuovo strumento europeo regola in modo innovativo. Rientrato in Spagna Virgós ha continuato a studiare il diritto internazionale privato dei contratti e ha pubblicato nel 1989, presso l’editore Tecnos, il volume *Lugar de ejecución y lugar de celebración en la contratación internacional*. Egli si è poi dedicato alla carriera universitaria, divenendo *catedrático de derecho internacional privado* nell’Universidad Autónoma de Madrid, ed anche all’esercizio della professione legale.

23. Allo studio della nozione di *dépeçage* nella Convenzione di Roma è riservata la tesi discussa nel 1991 da Javier Carrascosa González, che gli è valsa il premio Cesare Lelli e da cui ha tratto la monografia *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, pubblicata nel 1992 presso l’editore Civitas di Madrid. Dopo aver ottenuto un secondo dottorato a Granada, egli ha svolto la carriera universitaria nell’Università di Murcia, in cui è divenuto *catedrático* nel 2010, ricoprendovi rilevanti incarichi istituzionali. Nel 2015 ha tenuto un corso all’Accademia di diritto internazionale dell’Aja su *Internet, privacy and rights relating to personality*, pubblicato nel volume 378 del *Recueil des Cours* dell’Accademia. Il sodalizio intellettuale di Carrascosa González con Calvo Caravaca ha avuto tra i suoi frutti i poderosi volumi del *Derecho Internacional Privado* e del *Tratado de Derecho Internacional Privado* dei quali si è già detto, la fondazione dei *Cuadernos de Derecho Transnacional* e la collaborazione in numerose altre opere, cui egli ha aggiunto alcune monografie e numerosissimi articoli su temi internazionalprivatistici. Personalità vulcanica, ha fondato il sito Internet *Accursio DIP* che repertoria notizie su *Investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado*.

Nel 1992 si laureò presso l’ateneo bolognese anche il collegiale Luis Francisco Carrillo Pozo, ancora con una tesi sulla Convenzione di Roma, questa volta sulla nozione di prestazione caratteristica. Nel 1994 diede alle stampe a Bologna, nelle pubblicazioni del Collegio, *El contrato internacional*:

⁵⁸ Gli autori del presente articolo sono particolarmente grati ad Alfonso Calvo e a Javier Carrascosa per avere loro dedicato, rispettivamente, la quindicesima edizione (ad A.Z.) e la sedicesima (ad A.D.). Ad A.Z. è stata anche dedicata la seconda edizione del *Tratado* menzionato nel testo.

la *prestación característica*, cui hanno fatto seguito nel 2000, nella medesima collana, il volume *Las garantías autónomas en el comercio internacional* e ulteriori opere monografiche ed articoli su temi internazionalprivatistici. Egli è ora professore di diritto internazionale nell'Università di Almeria, e ha svolto altresì funzioni di *Magistrado Suplente* nella Audiencia Provincial de Barcelona.

Qualche anno prima, nel 1985, si era laureato a Bologna pure Miguel Ángel Amores Conradi, con una tesi svolta ugualmente sotto la direzione di Paolo Mengozzi, su un tema assai attuale a quell'epoca, cioè gli effetti del principio di eguaglianza tra uomini e donne sul diritto internazionale privato e in particolare sulla disciplina internazionalprivatistica dei rapporti personali tra coniugi. Egli aveva poi dedicato in scritti successivi importanti riflessioni al diritto processuale civile internazionale, anche nella prospettiva della dimensione costituzionale della materia. Miguel Amores Conradi, che era ordinario di diritto internazionale privato nell'Universidad Autónoma de Madrid, è purtroppo deceduto prematuramente nel 2010.

IX. Gli anni più recenti: gli studi di diritto internazionale e il crescente interesse per il diritto europeo

24. Nel 1997 si è laureato Xavier Fernández Pons, ultimo tra i collegiali ad essere stato seguito nei suoi studi bolognesi su temi internazionalistici da Paolo Mengozzi (il quale avrebbe lasciato l'anno dopo l'Università per la Corte di giustizia dell'Unione europea). Fernández Pons discusse la tesi sul regolamento delle controversie nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio, tema allora di grande attualità, da cui avrebbe tratto il volume *La Organización Mundial del Comercio y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, pubblicato nel 2006 con l'editore Marcial Pons. Egli è ora *profesor titular de derecho internacional público* nell'Università di Barcellona e continua a dedicare le proprie ricerche soprattutto a temi di diritto internazionale economico.

Nel 1999 ha avuto inizio una nuova fase negli studi dei collegiali. La riforma del sistema universitario italiano attuata nel 1980 aveva creato un nuovo, importante ciclo di studi, con l'istituzione del dottorato di ricerca. L'Italia aveva infatti mantenuto fino a quel momento una posizione anomala: la laurea conferiva – come fa tuttora – il titolo di dottore, ed era pertanto disallineata dagli altri atenei europei e del resto del mondo, in cui quel titolo è riservato a chi ha compiuto un percorso, solitamente triennale, di specializzazione. I *bolonios* laureandosi a Bologna acquisivano così il titolo di “dottore”, equivalente a un dottorato spagnolo; d'altra parte per loro si trattava di un biennio di approfondimento degli studi precedenti, già conclusi, e la loro tesi di laurea era molto più consistente di quella degli altri studenti. Solitamente le loro ricerche erano anche di qualità assai migliore, come testimoniato dal fatto che i loro lavori spesso si aggiudicavano premi destinati alle tesi più meritevoli. Però, una volta entrato in funzione anche in Italia il dottorato di ricerca, si ritenne necessario prendere atto di questa nuova organizzazione degli studi. È stato quindi modificato l'assetto degli studi bolognesi dei borsisti ammessi al Collegio, i quali dal 1999 non sono più semplici studenti, ma devono aver già iniziato il dottorato in un ateneo spagnolo, cosicché il soggiorno di studio bolognese serve loro per completare questo percorso.

Dal 2000 al 2023 sono 117 i collegiali che hanno conseguito il dottorato di ricerca. Sono per la verità poco numerosi coloro che si sono dedicati a temi classici del diritto internazionale; possono menzionarsi la tesi di dottorato di Alberto Jiménez-Piernas García (tesi su “The role of the European Union and other international organisations in promoting corporate social responsibility”, relatore Marco Balboni), discussa nel 2016, e i due recenti lavori di Luis Bravo Abolafia (tesi su “La autonomía del laudo internacional respecto de la sede del arbitraje: un análisis desde la Convención de Nueva York de 1958”, discussa nel 2022 con Attila Tanzi) e di Daniel Gracia Pérez (“The protection of environmentally displaced persons: legal gaps in international and regional law”, relatore Federico Casolari), entrambi discussi nel 2022.

25. A partire dagli anni '90 del secolo scorso, scorrendo i titoli delle tesi dei *bolonios* si nota un crescente interesse per gli studi di diritto europeo. Nel 1986 Spagna e Portogallo entravano ufficialmente

nella Comunità e prendeva fine l'isolamento della penisola iberica dal processo di integrazione europea: era quindi divenuto importante che i giovani giuristi iniziassero ad affrontare lo studio dei complessi, e per loro nuovi, problemi del diritto comunitario. Così nel 1988 il sivigliano Ignacio Díez-Parra si era laureato con una tesi su "La partecipazione del Parlamento Europeo al controllo di legalità comunitaria con riferimento al ricorso in annullamento", di cui era relatore Paolo Mengozzi. Díez Parra, essendosi mantenuto nel successivo svolgimento della sua attività lavorativa all'interno della stessa area tematica che aveva formato oggetto della sua dissertazione, è ora membro della Direzione generale degli studi parlamentari del Parlamento europeo. Con il nuovo assetto degli studi che si è menzionato, numerosi collegiali hanno ottenuto il dottorato in uno dei percorsi per questo stabiliti e un certo numero di essi ha seguito il corso dottorale in diritto europeo. Alcuni hanno dedicato la tesi a temi prettamente istituzionali: ad esempio, Joaquín Sarrión Esteve ha discusso nel 2011 una tesi su "Il conflitto tra libertà del mercato interno comunitario e diritti fondamentali del diritto dell'Unione Europea: la posizione della Corte di Giustizia di Lussemburgo quale garante dei diritti fondamentali", sotto la supervisione di Lucia Serena Rossi e di Mireya Castillo Daudí; egli ha poi intrapreso la carriera accademica ed è ora professore di diritto costituzionale nella UNED. Nel 2015 ha conseguito il dottorato anche Gustavo Manuel Díaz González, con una tesi, seguita da Lucia Serena Rossi e Luciano Vandelli, su "Riserva di legge e attuazione di direttive europee". Più numerosi sono invece i collegiali che hanno studiato temi di diritto europeo materiale, studiando la fusione transfrontaliera intracomunitaria di società di capitali (tesi di Angel Velerdas Peralta, discussa nel 2012, di cui era relatrice ancora Lucia Serena Rossi) o l'insolvenza nel diritto dell'Unione europea (tesi di José David Ortega Rueda, discussa nel 2016, di cui è stata relatrice Alessandra Zanobetti). Particolarmente numerosi sono coloro che hanno conseguito il dottorato in diritto tributario europeo, istituito a Bologna su iniziativa di Adriano Di Pietro; molti di loro hanno poi intrapreso in Spagna, con successo, la carriera accademica, contribuendo così ulteriormente alla *cross-fertilization* degli studi tra Italia e Spagna.

Sembra dunque, in conclusione, eccessivamente riduzionistico e difficile da condividere il giudizio storico secondo cui il Collegio meriterebbe di essere qualificato oggi come un "fósil viviente"⁵⁹: esso è certo antichissimo, ma è un'istituzione rimasta tuttora al passo con i tempi e ben amministrata, che ha saputo adeguarsi ai cambiamenti intervenuti durante la sua lunga storia senza perdere le proprie caratteristiche. Non si deve del resto dimenticare che esso vive per i giovani e con i giovani, elemento questo che ne favorisce la perdurante vitalità e il rinnovamento. Il suo imponente portone si apre spesso per conferenze e seminari ai quali intervengono studiosi provenienti da tutto il mondo, su temi talvolta specialistici, talvolta invece di interesse generale, continuando così a rafforzare i vincoli tra il Collegio e la città che lo ospita. L'avvenuta apertura alle studentesse contribuirà ad accrescerne ancor più la vigoria e il magnifico palazzo in cui ha sede continuerà a essere popolato di studenti curiosi e brillanti, fieri di appartenere a una delle più antiche istituzioni universitarie del mondo.

⁵⁹ Così B. CUART MONER, "El Colegio de San Clemente de los Españoles de Bolonia en la Edad Moderna. Historiografía", in *Universidades clásicas de la Europa Mediterránea: Bolonia, Coímbra y Alcalá*, a cura di L. E. Rodríguez San Pedro Bezares e J. L. Polo Rodríguez, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, p. 67, il quale non manca tuttavia di sottolineare che il Collegio "[c]omo todos los fósiles, es paradójico: se ha adaptado lo justo y necesario a los cambios de los tiempos, pero en dosis mínimas, aferrado a unas particularidades que ama, porque le dieron su grandeza, y que naturalmente se empeña en seguir manteniendo en la medida de lo posible".

Prorogation by submission under art. 26 of Brussels Ibis Regulation and the protection of weaker parties

Prorrogação por submissão nos termos do art. 26 do Regulamento Bruxelas Ibis e a proteção das partes mais fracas

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
*Professor Catedrático da Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa*

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8924

Abstract: Section 7 of Chapter II of the Brussels Ibis Regulation deals with prorogation of jurisdiction. The choice of jurisdiction can be made by a choice-of-court agreement or by a trust provision (Art. 25), or by submission to the court seized (Art. 26).

The purpose of Art. 26 is, in part, common to the purpose of Art. 25: to respect freedom of choice. However, where one of the parties is a typically weaker party, it may be appropriate to limit freedom of choice or, as it is the case in Art. 26(2), to provide for a duty of information aimed at overcoming the information asymmetry between the parties. The present essay addresses the main interpretation and gap filling issues arising therefrom.

Key words: Prorogation by submission/Brussels Ibis Regulation/Protection of weaker parties/Choice of court.

Resumo: A Secção 7 do Capítulo II do Regulamento Bruxelas I bis trata da extensão de competência. A escolha do foro pode ser feita por um pacto de jurisdição ou por um ato constitutivo de um trust (art. 25.º), ou por submissão ao tribunal em que a ação foi proposta (Art. 26.º).

A finalidade do art. 26.º é, em parte, comum à finalidade do art. 25.º: respeitar a autonomia da vontade. No entanto, quando uma das partes é uma parte tipicamente mais fraca, pode ser adequado limitar a autonomia da vontade ou, como é o caso do art. 26.º/2, estabelecer um dever de informação destinado a corrigir a assimetria de informação entre as partes. O presente estudo procura dar resposta às principais questões de interpretação e integração de lacunas daí resultantes.

Palavras-Chave: Submissão tácita/Regulamento Bruxelas I bis/Proteção da parte mais fraca/Escolha de foro.

Sumario: I. Introduction. II The duty of information in general. III. Scope of application of the duty of information. IV. Consequences of non-compliance with art. 26(2). V. Final remarks.

I. Introduction

1. Section 7 of Chapter II of the Brussels Ibis Regulation (EU Regulation no. 1215/2012) deals with prorogation of jurisdiction. Within certain limits, jurisdiction may be chosen by the parties. This choice can be made by a choice-of-court agreement or by a trust provision, according to Art. 25, or by submission, according to Art. 26.

What does prorogation by submission mean?

Where a defendant domiciled in one Member State is sued in a court of another Member State and *does not enter an appearance*, the court shall declare of its own motion that it has no jurisdiction unless its jurisdiction is derived from the provisions of the Regulation (Art. 28(1)).

On the contrary, where the court of a Member State, which, in principle, has no jurisdiction, is seized, and the defendant *enters an appearance* without contesting the jurisdiction, there is prorogation by submission (Art. 26(1)) ⁽¹⁾.

In this case, the prorogation of jurisdiction results from *an implied agreement formed during the proceedings* ⁽²⁾. The plaintiff wants to bring the case in a given court and the defendant tacitly accepts this choice.

The rule does not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, regardless of the fact that the defendant also contests the merits of the case.

According to the JENARD Report, it will be necessary to refer to the rules of procedure in force in the State of the court seized of the proceedings in order to determine the point in time up to which the defendant will be allowed to contest the jurisdiction, and to determine the legal meaning of the term “appearance” ⁽³⁾.

The first part of this statement has been upheld by the ECJ ⁽⁴⁾, but it was limited by its case law regarding the point in time up to which the jurisdiction has to be contested. The case law requires for this purpose that the challenge to jurisdiction, if it is not previous to the first defense in the merits, occur the latest in the moment considered by the forum procedural law as the first defense addressed to the court seized ⁽⁵⁾. This requirement is also met where the challenge to the jurisdiction of the court seized is raised in the defendant’s first submission in the alternative to other objections ⁽⁶⁾.

¹ See also Art. 24 of Brussels I Regulation, Art. 18 of Brussels and Lugano 1988 Conventions and Art. 24 of Lugano 2007 Convention.

² Cf. ECJ 20/5/2010, in the case *Česká* [ECLI:EU:C:2013.165], para. 20;

^{27/2/2014}, in the case *Cartier parfums-lunettes and Axa Corporate Solutions assurances* [EU:C:2014:109], para. 34; 11/9/2014, in the case *A.* [EU:C:2014:2195], para. 53-54, holding that the provision “is based on a deliberate choice made by the parties to the dispute regarding jurisdiction”; 11/4/2019, in the case *Ryanair* [EU:C:2019:311], para. 38; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La sumisión tácita como foro de competencia judicial internacional y el artículo 24 del reglamento 44/2001, de 22 di Diciembre 2000”, in *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, ed. by CALVO CARAVACA and CARRASCOSA GONZÁLEZ, 203-216, Madrid, 2005, para. 1 et seq.; GEIMER/SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar*, 3rd ed., Munich, 2010, Art. 24 para. 4; Pierre CALLÉ, note ECJ 11/9/2014, *R. crit.* (2015) 904-921, 921; Hélène GAUDEMET-TALLON and Marie-Elodie ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe - Matières civiles et commerciales*, 7th ed., Paris, 2024, para. 180; cp. GEIMER/SCHÜTZE/GEIMER, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar*, 4th ed., Munich, 2020, Art. 26 para. 24. For a different view, Sabine SCHULTE-BECKHAUSEN, *Internationale Zuständigkeit durch rügelose Einlassung im Europäischen Zivilprozessrecht*, Bielefeld, 1994, 90 et seqs., envisaging here a materialization of the preclusion procedural principle based on reasons of procedural economy; Étienne PATAUT, note ECJ 20/5/2010, *R. crit.* (2010) 575-587, 583 et seq., considering that the provision is based on reasons of procedural efficiency; Haimo SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht*, 8th ed., Munich, 2021, para. 602, holding that it is a case of procedural preclusion. See further Ansgar STAUDINGER, “Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigend Prorogation nach Art. 24 EuGVVO”, *IPRax* (2011) 548-554, 550-551, and Felix KOEHEL, “Zur (rügelosen) Einlassung des Abwesenheitskurators”, *IPRax* (2015/4) 303-309, 305. It shall be understood that the pre-requisites of this agreement are only defined by Art. 26 and not by the law of the Member State where the proceedings were brought, except regarding procedural rules left for the law of this Member State and substantive issues mentioned below regarding the protection of weaker parties. For a different view, Helmut GROTHE, “Forum non conveniens und rügelose Einlassung”, in Grothe, H./Mankowski, P./Rieländer, F. (eds.), *Europäisches und internationales Privatrecht. Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, Munich, 2022, 115-124, 121-122.

³ Cf. “Report on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters”, *OJEU* (1979) C 59, 156. See also Fausto POCAR, “Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007 — Explanatory report”, *OJEU* C 319/1, of 23/12/2009, para. 112.

⁴ 24/6/1981, in the case *Elefanten Schuh* [CTCE (1981) 1671], para. 16-17.

⁵ Cf. ECJ 24/6/1981, in the above mentioned case *Elefanten Schuh*, para. 17, confirmed by ECJ 22/10/1981, in the case *Rohr* [ECR (1981) 2431]; 14/7/1983, in the case *Gerling* [ECR (1983) 2503]; 13/6/2013, in the case *Goldbet Sportwetten* [ECLI:EU:C:2013:393], para. 37; and 27/2/2014, in the case *Cartier parfums* [ECLI:EU:C:2014:109], para. 36. See further Dieter LEIPOLD, “Zuständigkeitsvereinbarung un rügelose Einlassung nach dem Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen”, *IPRax* (1982) 222-225, 223-224; MAGNUS/MANKOWSKI/CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Brussels Ibis Regulation*, 2nd ed., Köln, 2023, Art. 26 para. 12-14.

⁶ Cf. ECJ 13/7/2017, in the case *Bayerische Motoren Werke* [EU:C:2017:550], para. 35-36.

On the contrary, the concept of “appearance” shall be interpreted autonomously, as it is in general the case of the concepts used in the Regulation, as a participation of the defendant in the proceedings directed towards the rejection of the claim, either based upon procedural or substantive grounds (7).

The absence of defendant’s observations following an invitation from the registry of the court to submit observations on the possible international jurisdiction of that court to hear the claim at issue in the main proceedings does not amount to an appearance (8).

2. To avoid prorogation by submission the defendant has to contest the international jurisdiction explicitly or implicitly, for example, by referring to arbitration agreement (9).

If the defendant contests the international jurisdiction, the procedure rules of the forum will be applicable to the determination of the issue (10), but some principles developed by the ECJ case law shall be respected (11). It is advisable that the defendant duly substantiates his or her defense. However, in any case, if the defendant contests the international jurisdiction, the court shall decide the issue based upon the other governing jurisdiction rules (12), given the fact that the court’s jurisdiction cannot be based on an implied agreement.

Also, there is no prorogation by submission where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Art. 24.

3. Prorogation by submission displaces the heads of jurisdiction in insurance (13), consumer contracts and individual contracts of employment matters (14).

This is justified, because the submission is at stake after the dispute has arisen and the weaker party may avoid it by contesting the jurisdiction or even by not appearing in court. This is in line with the provisions of the Regulation allowing choice-of-court agreements with weaker parties after the dispute has arisen (Arts. 15(1), 19(1) and 23(1)) (15).

Nevertheless, paragraph 2 of Art. 26 adds that in matters referred to in Sections 3, 4 or 5 where the policyholder, the insured, a beneficiary of the insurance contract, the injured party, the consumer or the employee is the defendant, the court shall, before assuming jurisdiction under paragraph 1, *ensure that the defendant is informed of his or her right to contest the jurisdiction of the court and of the consequences of entering or not entering an appearance*.

This paragraph was an improvement introduced in the Brussels Ibis Regulation, in line with the considerations made by the ECJ in the case *Česká* (16).

In this case, the Czech and Slovak Governments pointed out in their observations that, in order to treat the entering of an appearance by the defendant as amounting to the prorogation of jurisdiction in a dispute in matters of insurance, the defendant, the weaker party, should be put in a position to be fully aware of the effects of his defense as to substance. The court seized should therefore ascertain of

⁷ See also KROPHOLLER/VON HEIN, *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zum EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9th ed., Frankfurt-am-Mein, 2011, Art. 24 para. 7, and Peter MANKOWSKI, note on *Bundesarbeitsgericht 2/7/2008, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts. Arbeitsrechtliche Praxis* (1/2009) 111, 115 et seq.

⁸ Cf. ECJ 11/4/2019, in the case *Ryanair* [ECLI:EU:C:2019:311], para. 39.

⁹ Cf. KROPHOLLER/VON HEIN (fn. 7) Art. 24 para. 11.

¹⁰ Cf. JENARD (fn. 3) 156, and CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (fn. 2) para. 13.

¹¹ See L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, tomo I, *Competência Internacional*, 3rd. ed., Lisbon, 2019, § 84 L.

¹² See also the remarks of SCHULTE-BECKHAUSEN (fn. 2) 223-224.

¹³ Cf. ECJ 20/5/2010, in the case *Česká* [ECLI:EU:C:2013.165].

¹⁴ Cf. GOTHOT/HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968*, Paris, 1985, 111; GAUDEMET-TALLON/ANCEL (fn. 2) para. 182; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (fn. 2) para. 21. Cp. MAGNUS/MANKOWSKI/MANKOWSKI, *Brussels I Commentary*, Munich, 2007, Art. 35 para. 30.

¹⁵ See also RAUSCHER/STAUDINGER, *EuZPR/EuIPR Kommentar*, Vol. I, *Brüssel Ia-VO*, 5th ed., Köln, 2021, Art. 26, para. 11. For a different view, see Peter MANKOWSKI, “Besteht der europäische Gerichtsstand der rügelosen Einlassung auch gegen von Schutzregimes besonders geschützte Personen?“, *RIW* (2010) 667-672, 669 et seq. and 672.

¹⁶ 20/5/2010.

its own motion, in the interest of the protection of the weaker party, whether that party's manifestation of intention is in fact deliberate and designed to give that court jurisdiction⁽¹⁷⁾.

The ECJ held that such an obligation could not be imposed other than by the introduction of an express rule into the Regulation to that effect. However, it deemed open to the court seized to ensure, having regard to the objective of the rules on jurisdiction resulting from Sections 3 to 5 of Chapter II of the Regulation, which is to offer stronger protection of the party considered to be the weaker party, that the defendant being sued before it in those circumstances is fully aware of the consequences of his or her agreement to enter an appearance⁽¹⁸⁾.

4. Prorogation by submission also displaces the jurisdiction resulting from the choice of another Member State's courts or of the courts of a third State⁽¹⁹⁾. As held by the ECJ in the case *Taser International*, even in this last case the seized court is precluded from declaring of its own motion that it does not have jurisdiction⁽²⁰⁾.

The purpose of Art. 26 is, in part, common to the purpose of Art. 25: to respect freedom of choice. In principle, the parties are the best judges of their own interests. Another part of the purpose of Art. 25 – to foster certainty and foreseeability regarding the jurisdiction – does not extend to Art. 26. On the other hand, *Art. 26 is also grounded in a principle of economy*: if the defendant does not contest the jurisdiction of the court seized it is more expeditious and less costly to accept this jurisdiction.

Where one of the parties is a typically weaker party, can be appropriate to limit freedom of choice or, as it is the case in Art. 26(2), to provide for *a duty of information aimed at overcoming the information asymmetry between the parties*. To adopt, in this case, an *ex officio* control of jurisdiction would be excessive⁽²¹⁾.

5. My contribution to the present issue of the *Cuadernos de Derecho Transnacional* dedicated to honoring the eminent Professor Alfonso-Luis Calvo Caravaca will deal with the protection of weaker parties in this context. This subject-matter seems to me fully appropriate for this tribute since Professor Calvo Caravaca is co-author, together with Professor Carrascosa González, of a study on Art. 24 of the Brussels I Regulation⁽²²⁾, and of the comment to Art. 26 in the *Brussels Ibis Regulation Commentary* edited by Professors Ulrich Magnus and Peter Mankowski⁽²³⁾, in which I also had the privilege of participating⁽²⁴⁾.

II. The duty of information in general

6. As previously mentioned, Art. 26(2) provides that the seized court shall ensure that the defendant is informed of his right to contest the jurisdiction of the court and of the consequences of entering or not entering an appearance. *It seems clear that the court shall do it of its own motion*⁽²⁵⁾.

¹⁷ Para. 31.

¹⁸ Para. 32.

¹⁹ Cf. ECJ 24/6/1981, in the case *Elefanten Schuh* [ECR (1981) 1671], para. 11; 7/3/1985, in the case *Spitzley* [ECR (1985) 787], para. 25, and 17/3/2016, in the case *Taser International* [ECLI:EU:C:2016:176], para. 4-25; GOTHOT/HOLLEAUX (fn. 14) para. 192; LEIPOLD (fn. 5) 222-223; MAGNUS/MANKOWSKI/CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (fn. 5) Art. 26 para. 25. In the aforementioned case *Spitzley*, the ECJ also held that a plaintiff who, when faced with a claim for a set-off made by the defendant and in respect of which the court seized of the proceedings does not have jurisdiction, submits arguments relating to the substance of that claim without contesting the jurisdiction of the said court is in a similar position to that expressly referred to in Article 18 Brussels Convention (now Art. 26 Brussels Ibis Regulation) of a defendant who enters an appearance before the court seized of the proceedings by the plaintiff without contesting that court's jurisdiction [para. 19].

²⁰ ECJ 17/3/2016, para. 36.

²¹ In the sense of allowing this possibility to the court, see PATAUT (fn. 2) 587.

²² *Supra* fn. 2.

²³ *Supra* fn. 5.

²⁴ For a more developed analysis of Art. 26(1), see the CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ comment and LIMA PINHEIRO (fn. 11) § 84 J, with further references.

²⁵ See MAGNUS/MANKOWSKI/CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (fn. 5) Art. 26 para. 33.

The provision prevails over any domestic ordinary provision but does not refer to the obligation of the defendant to be assisted by a lawyer or about the language of the information.

The obligation of lawyer's assistance is left to the procedural law of the seized court ⁽²⁶⁾.

Regarding the language of the information, an autonomous interpretation shall be preferred. In the light of the provision's purpose, the information shall be provided in a way that can be correctly understood by the defendant ⁽²⁷⁾.

Therefore, in the case of an oral information, the information shall be translated in a language well known by the defendant, if the defendant does not understand the language of the court's Member State.

In the case of a written information, if the information is provided through service of a document in another Member State, Regulation 2020/1784 on the service of documents applies, and therefore the defendant may refuse to accept the document if the document is not written in, or is not accompanied by a translation into, either a language which the addressee understands; or the official language of the Member State addressed or, if there are several official languages in that Member State, the official language or one of the official languages of the place where service is to be effected (Art. 12(1)) ⁽²⁸⁾.

In other cases of written information, the same general principle applies, and therefore the document shall be provided in a language that the defendant understands.

7. The European Judicial Network in civil and commercial matters established a *non-mandatory standard text* containing the information which the court could use to fulfill its obligation to provide to the defendant the information pursuant to Art. 26(2). This text reads as follows:

"You are being sued before the court of a Member State of the European Union under Regulation 1215/2012.

"Under Article 26 of this Regulation the court before which a defendant enters an appearance shall - in principle - have jurisdiction even if jurisdiction cannot be derived from other provisions of the Regulation.

"This rule, however, does not apply where appearance was entered to contest jurisdiction.

"If you are certain that the court has no jurisdiction under the other provisions of the Regulation, you need not respond to the lawsuit in any way. If you have doubts about the issue of jurisdiction, it is advisable that you challenge jurisdiction of the court prior to entering into the subject-matter of the lawsuit".

This text is available in all the official languages of the Member States. The courts shall use this text in a language that can be understood by the defendant.

However, *this standard text should just be a starting point. The content of the information shall be adjusted to the circumstances of the particular case* ⁽²⁹⁾, as happens in the case of an invalid choice of court agreement in favor of the seized court, that I am going to examine later.

Also, for this reason the information shall be provided even if the defendant already has knowledge, obtained in other proceedings, of the consequences of an appearance without contesting the jurisdiction ⁽³⁰⁾.

²⁶ See MAGNUS/MANKOWSKI/CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (fn. 5) Art. 26 para. 33.

²⁷ For a different view, Daphne-Ariane SIMOTTA, "Zur Heilung der Unzuständigkeit in Versicherungs-, Verbraucher- und Arbeitssachen (Art. 26 EuGVVO)", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 115 (2016/1) 95-135, 118-119.

²⁸ Art. 12(2) The receiving agency shall inform the addressee of the right provided for in paragraph 1 where the document is not written in, or is not accompanied by a translation into, a language referred to in point (b) of that paragraph, by enclosing with the document to be served form L in Annex I, which shall be provided in:

- (a) the official language or one of the official languages of the Member State of origin; and
- (b) a language referred to in point (b) of paragraph 1.

If there is an indication that the addressee understands an official language of another Member State, form L in Annex I shall also be provided in that language.

²⁹ Where a Member State translates form L in Annex I into a language of a third country, it shall communicate that translation to the Commission with a view to making it available on the European e-Justice Portal.

²⁹ See also SIMOTTA (fn. 27) 117 et seq.

³⁰ See also Peter MANKOWSKI, "Neues beim europäischen Gerichtsstand der rügelosen Einlassung durch Art. 26 Abs. 2 EuGVVO n. F.", *RfW* (2016) 245-253, 248.

On the other hand, the text is written using legal concepts that may not be understood by many non-lawyers⁽³¹⁾. *The information shall be provided in a way that appropriate to the specific defendant in question and having in mind whether or not he is assisted by a lawyer.*

The information shall be provided as early as necessary to allow the defendant to contest the jurisdiction as required in order to avoid submission under Art. 26(1)⁽³²⁾.

Art. 24(2) of the EU Commission's Proposal provided that the document instituting proceedings or the equivalent document must contain information for the defendant on his or her right to contest the jurisdiction of the court and the consequences of entering an appearance. This part of the provision was not adopted in the Regulation. Therefore, there is no duty on the part of the claimant to provide this information to the defendant. *The duty of information is incumbent on the court*⁽³³⁾.

III. Scope of application of the duty of information

8. The duty of information arises whenever the defendant is a weaker party in matters of insurance, consumer contracts and individual employment contracts or only where all the pre-requisites of application of Sections 3 to 5 are fulfilled?

The issue is particularly relevant in matters of consumer contracts, in which the special regime is only applicable to contracts for the sale of goods on instalment credit terms, credit contracts made for financing the sale of goods and to contracts concluded with a person who pursues professional activities in the Member State of the consumer's domicile or who, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities (Art. 17(1)).

If the fulfillment of this pre-requisite is required, a consumer domiciled in a third State may not be protected by Art. 26(2).

9. I agree with MANKOWSKI⁽³⁴⁾, who defended that this pre-requisite is not required. The argument that the ECJ follows a strict interpretation of the jurisdiction rules of Section 4 does not weigh against this understanding⁽³⁵⁾, in view of the fact that Art. 26 has a spatial scope of application that is different from Section 4, and I see no reason to deprive the typically weaker party of protection within the entire scope of its application⁽³⁶⁾.

In a case where the weaker party assigns its credit, and the other party starts negative declaratory proceedings, it is discussed if there is a duty of information regarding the assignee.

The best approach seems to be in line with the general idea underlying the ECJ case law regarding the availability of the weaker party heads of jurisdiction to assignees⁽³⁷⁾. This case law is not entirely consistent, but the prevailing understanding is that assignees can only take advantage of the weaker party heads of jurisdiction if they are also a weaker party needing protection.

Only in this case shall a duty of information in relation to the assignee be asserted. The same understanding may be extended to other successors on the right of the protected weaker party⁽³⁸⁾.

A particular situation arises where there is an invalid choice of court agreement in favor of the seized court. The defendant may be misled by this agreement and submit to the jurisdiction of the court in the belief that it has jurisdiction by virtue of the agreement.

³¹ See also MANKOWSKI (fn. 30) 250, also holding that the third paragraph of the text is not covered by Art. 26(2).

³² See RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 15) Art. 26 para. 22.

³³ See also MANKOWSKI (fn. 30) 248.

³⁴ Peter MANKOWSKI, "Änderungen im Internationalen Verbraucherprozessrecht durch die Neufassung der EuGVVO", *RIW* (2014) 624-632, 628.

³⁵ For a different view, RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 15) Art. 26 para. 22; see also Simon RÖSS, "Rügelose Einlassung bei grenzüberschreitenden Verbrauchersachen", *NJW* (2018) 3745-3750, 3745, and STEIN/JONAS/THOLE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. XII, 23rd ed., *Brussels Ibis*, Tübingen, 2022, Art. 26, para. 4.

³⁶ Regarding the applicability of Art. 26(2) in cases of third-party intervention of the weaker party, see the remarks of MANKOWSKI (fn. 30) and SIMOTTA (fn. 27) 108-109.

³⁷ For a different view, see MünchKommZPO/GOTTWALD, 6th ed., Munich, 2022, Art. 26 para. 10.

³⁸ For instance, an heir. See also SIMOTTA (fn. 27) 108, and RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 12) Art. 26 para. 23a.

The invalidity of the choice of court agreement can result from limitations set on the choice of court agreements by the provisions of Sections 3 to 5 of Chapter II (Arts. 15, 19 and 23).

The invalidity of a choice of court clause can also result from being unfair in a consumer contract under the domestic rules transposing the Directive on unfair terms in consumer contracts interpreted according to this Directive ⁽³⁹⁾.

10. Regarding consumer contracts, this Directive has a scope of application that is wider than Section 4 of Chapter II of the Brussels Ibis Regulation, since it does not require that the consumer is domiciled in a Member State (as Art. 17(1)(c) of the Regulation does) does it nor exclude contracts of transport (as Art. 17(3), in principle, does) ⁽⁴⁰⁾.

According to the ECJ, *this regime on unfair terms in consumer contracts is applicable to choice of court agreements even within the scope of application of the Brussels Ibis Regulation*. In the case *DelayFix* ⁽⁴¹⁾, the ECJ held that this legal regime is applicable to the substantive validity of the choice of court clause as part of the legislation of the Member State whose courts are designated in the clause under Art. 25 of the Brussels, interpreted in conformity with the Directive ⁽⁴²⁾.

What is the relevance of this particular situation to the theme of this presentation?

First of all, in my opinion, if there is a risk that the defendant will be misled in accepting the jurisdiction of the seized court by an invalid choice of court agreement within the scope of application of Art. 26(2), there is a reinforced duty of information on the part of the court ⁽⁴³⁾. The court shall specify that the choice of court agreement is invalid.

On the other hand, for those who require, for the operation of Art. 26(2), the fulfillment of all pre-requisites of Sections 3 to 5 of Chapter II, it is defensible that the duty of information of other consumers result from the domestic rules transposing the unfair terms Directive, interpreted in conformity with the Directive and within its scope of application ⁽⁴⁴⁾.

IV. Consequences of non-compliance with art. 26(2)

11. What are the consequences of court failing to fulfill the duty of information under Art. 26(2)?

The consequences are not specified in the Regulation and there are major divergences among authors.

According to the prevailing view, *if the information is not provided there is no prorogation of court by submission* (NUYTS, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, GEIMER, MAYR, GOTTWALD, GONÇALVES, TEIXEIRA DE SOUSA) ⁽⁴⁵⁾. The decision of the court may be appealed if an appeal can be lodged on the ground of lack of jurisdiction. (GOTTWALD, GEIMER) ⁽⁴⁶⁾.

³⁹ Directive 93/13/EEC.

⁴⁰ A choice of court clause which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer (Art. 3(1)), namely by having the object or effect excluding or hindering the consumer's right to take legal action or exercise any other legal remedy (No. 1(q) of the Annex).

⁴¹ 18/11/2020.

⁴² Para. 49 and 61.

⁴³ Compare the remarks of STEIN/JONAS/THOLES (fn. 35) para. 46.

⁴⁴ See RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 15) Art. 26 para. 33. In cases regarding domestic territorial jurisdiction, the ECJ held that the seized court shall control, of its own motion, the unfairness of the choice of court agreement and inform the consumer accordingly – cf. 4/6/2009, in the case *Pannon*, para. 32-35, and 3/4/2019, in the case *Aqua Med*, para. 27.

⁴⁵ Cf. Arnaud NUYTS, "La refonte du règlement Bruxelles I", *R. crit.* (2013) 1-63, 60; MAGNUS/MANKOWSKI/CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (fn. 5) Art. 26 para. 35, ZÖLLER/GEIMER, "EuGVVO", in *Zöller ZPO*, 31st ed., *Köln*, 2016, Art. 26 para. 13; Peter MAYR, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2nd ed., Vienna, 2020, II/228; *MünchKommZPO/GOTTWALD* (fn. 37) Art. 26 para. 10; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, "Prorogation of Jurisdiction in Brussels I bis Regulation", in *Temas de Direito Internacional Privado e de Processo Civil Internacional* (2019), 479-496, Porto, 2018, 494; and CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil Internacional* (2019), 479-496, Lisboa, 2022, 221. For a divergent view, see MANKOWSKI (fn. 34) 628-629, and RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 15) Art. 26 para. 24.

⁴⁶ See *MünchKommZPO/GOTTWALD* (fn. 37) Art. 26 para. 10, and ZÖLLER/GEIMER (fn. 45) Art. 26 para. 13.

12. The contrary view argues that Art. 26(1), sentence 2, does not contain a reservation in this sense⁽⁴⁷⁾. However, the information required by Art. 26(2) can be seen as a necessary pre-requisite for the submission provided in Art. 26(1): only an informed weaker party can validly submit to a court that has no jurisdiction under the protective rules of the Regulation.

If the decision can not be appealed or the appeal is rejected is there a ground for refusal of recognition?

The authors also diverge on this issue, *which has not yet been ruled on by the ECJ*.

13. The judgment on the Česká case, sometimes invoked in this context⁽⁴⁸⁾, regarded Art. 24 of the Brussels I Regulation, which did not provide the duty of information in question, and assumed that there was prorogation by submission. If one assumes that the court has no jurisdiction, the issue is open.

According to some authors there are no grounds for refusal of recognition (NUYTS, SCHLOSSER, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, WALLNER-FRIEDL, GONÇALVES, THOLE)⁽⁴⁹⁾.

Art. 45(3) provides that, without prejudice to point (e) of paragraph 1, the jurisdiction of the court of origin may not be reviewed, and that the test of public policy may not be applied to the rules relating to jurisdiction. Point (e) of paragraph 1 provides that the recognition of judgement shall be refused, on the application of any interested party, if the judgment conflicts with Sections 3, 4 or 5 of Chapter II where the policyholder, the insured, a beneficiary of the insurance contract, the injured party, the consumer or the employee was the defendant; or with Section 6 of Chapter II.

Art. 26(2) is not contained in these Sections, but in Section 7 of Chapter II⁽⁵⁰⁾.

Furthermore, according to the ECJ, the grounds for refusal of recognition and enforcement must be interpreted strictly⁽⁵¹⁾.

Therefore, *Art. 45 provides an exhaustive list of grounds for refusal of recognition and enforcement*⁽⁵²⁾, that can only be supplemented by other provisions of the Regulation regarding recognition or enforcement (directly or by reference) or stemming from prevailing sources of law.

The contrary view argues that Art. 26(2) flanks the system of protection of Sections 3 to 5 (STAUDINGER)⁽⁵³⁾. Furthermore, *it can be said that if the court does not fulfill the duty of information, there is no jurisdiction by submission*⁽⁵⁴⁾, and therefore the judgment conflicts with Sections 3, 4 or 5

⁴⁷ See RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 12) Art. 26 para. 24.

⁴⁸ Para 29: "That provision [Art. 35] concerns non-recognition of judgments given by a court without jurisdiction which has not been seised in accordance with those rules. It is therefore not applicable where the judgment is given by a court with jurisdiction. That is true, inter alia, of a court seised, even though those rules on special jurisdiction are not complied with, before which the defendant enters an appearance and does not contest that court's jurisdiction. Such a court in fact has jurisdiction on the basis of Article 24 of Regulation No 44/2001. Therefore, Article 35 of that regulation does not prevent the recognition of the judgment given by that court".

⁴⁹ See SCHLOSSER/HESS/SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht. Kommentar*, 4th ed., Munich, 2015, Art. 26 para. 1; MAGNUS/MANKOWSKI/CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (fn. 5) Art. 26 para. 35; CZERNICH/KODEK/MAYR/WALLNER-FREIDL, *Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht*, 4th ed., Vienna, 2015, Art. 26 para. 8; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES (fn. 45) 495; STEIN/JONAS/THOLE (fn. 35) para. 44. See also Miriam POHL, "Die Neufassung der EuGVVO im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle", *IPRax* (2013) 109-114, 111 n. 29.

⁵⁰ See also, regarding Art. 25, ECJ 21/3/2024, in the case "Gjensidige" ADB [ECLI:EU:C:2024:252], para. 67-68.

⁵¹ In effect, the ECJ held that Art. 27 of the Brussels Convention, that corresponds to Art. 34 of Brussels I Regulation, must be interpreted strictly because it "constitutes an obstacle to the achievement of one of the fundamental objectives of the Convention, which is to facilitate, to the greatest extent possible, the free movement of judgments by providing for a simple and rapid enforcement procedure" (). The same understanding was followed by the ECJ regarding Art. 34 of the Brussels I Regulation () and applies to Art. 45 of Brussels Ibis Regulation.

⁵² Cf. *EU Commission Proposal of Brussels I Regulation*, , 22; Recital 30/§ 2nd of Brussels Ibis Regulation; ECJ 13/10/2011, in the case *Prism Investments* [ECLI:EU:C:2011:653], para. 33; 26/9/2013, in the case *Salzgitter Mannesmann Handel* [ECLI:EU:C:2013:597], para. 39; 23/10/2014, in the case *flyLAL-Lithuanian Airlines* [ECLI:EU:C:2014:2319], para. 46; and 21/3/2024, in the case "Gjensidige" ADB [ECLI:EU:C:2024:252], para. 61 and 72.

⁵³ See RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 15) para. 25. See also Jan von HEIN, "Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung", *RIW* (2013) 97, 109.

⁵⁴ See, for a convergent view, ZÖLLER/GEIMER (fn. 45) Art. 26 para. 13; DICKINSON/LEIN/GARCIMARTÍN, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, para. 9.111; SIMOTTA (fn. 27) 135; MAYR (fn. 45) II/228. The lack of a mention of paragraph 2 in Art. 26(1)2nd sentence does not seem relevant because both paragraphs shall be read together.

of *Chapter II* (GEIMER, GARCIMARTÍN, MAYR). There is a ground for refusal of recognition and enforcement even within a strict interpretation of Art. 45.

On the other hand, it seems that if the court fails in its duty of information there can be, under certain conditions, liability of the respective Member State for damages caused to the defendant due to the violation of EU Law⁽⁵⁵⁾. I am not going to address this issue, which raises some debate in EU Law literature⁽⁵⁶⁾, in this study.

V. Final remarks

14. As already mentioned, Art. 26(2) prevails over any domestic ordinary provision, but *it is not evident that it displaces any ordinary provision that provides for an equivalent duty of information regarding defendants outside its scope of application*. The authors are divided on this issue⁽⁵⁷⁾.

The purpose of Art. 26(2) does not contradict the application of domestic rules of procedural nature providing a duty of information in other cases.

However, the ECJ, in the *Česká* case, seemed to confine the duty of information, even if provided, in the omission of the Brussels I Regulation, by a domestic provision, to those parties considered to be weaker in insurance, consumer contracts and individual employment contracts matters⁽⁵⁸⁾.

Clarification of the issue by the ECJ will be welcome.

15. Finally, one might ask whether it is possible to improve the regime of this information duty.

Unquestionably, *it is recommended that in an amendment of the Regulation the consequences of the failure to fulfill the duty of information are specifically provided along the guidelines I defended earlier*.

The introduction of an information standard form, to be served on the defendant in due time, namely with the service of the document instituting the proceedings lodged with the court, has also been proposed (MAYR, WALLNER-FRIEDL)⁽⁵⁹⁾.

However, this is quite doubtful, for the reason given earlier that the information shall take into account all the circumstances of the particular case and be appropriate to the specific defendant⁽⁶⁰⁾. In my opinion, for the time being *it is preferable to leave to the courts, and namely to the ECJ, the task of materializing the content of the duty of information according to different types of situations*.

⁵⁵ See MANKOWSKI (fn. 34) 629; RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 15) Art. 26 para. 27.

⁵⁶ See, namely, FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3rd ed., Coimbra, 2013, 704 et seq., remarking that this regards decisions taken by a last instance court, and ANA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2nd ed., Coimbra, 2017, 566 et seq.

⁵⁷ For the non-exhaustive nature of Art. 26(2), MANKOWSKI (fn. 30) 247-248, and RÖSS (fn. 35) 3749; for the contrary view, RAUSCHER/STAUDINGER (fn. 52) Art. 26 para. 31. GEIMER/SCHÜTZE/GEIMER (fn. 2) Art. 26 para. 17, holds that the Regulation does not prevent the operation of domestic provisions in this respect, but the non-compliance with these provisions does not exclude the submission.

⁵⁸ Para. 32.

⁵⁹ See CZERNICH/KODEK/MAYR/WALLNER-FREIDL (fn. 49) Art. 26 para. 6.

⁶⁰ See also MANKOWSKI (fn. 30) 251.

Derecho a indemnización en materia de datos personales: aspectos internacionales

Right to compensation for damage caused by data processing: international issues

PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8925

Resumen: Las recientes sentencias del Tribunal de Justicia sobre el artículo 82 RGPD permiten conocer los requisitos del derecho de indemnización que esa norma establece. Además, resultan ilustrativas de los límites del RGPD como instrumento de unificación, por ejemplo, en lo relativo a la cuantificación de los daños. Esta contribución aborda los elementos específicos de incertidumbre que se manifiestan con respecto al ejercicio de estas acciones de indemnización en situaciones transfronterizas. Se analiza el significado en relación con tales acciones de los fueros especiales de competencia del artículo 79 RGPD y su interacción con otras reglas. Además, se abordan las implicaciones en materia de Derecho aplicable de los límites de la unificación llevada a cabo por el RGPD en este ámbito.

Palabras clave: datos personales, tratamiento, daños, RGPD, indemnización, competencia judicial, derecho aplicable.

Abstract: The recent judgments of the Court of Justice on Article 82 GDPR provide insight into the requirements of this right to compensation. They are also illustrative of the limits of the GDPR as an instrument of harmonization, e.g. as regards the assessment of the amount of compensation. This contribution addresses the specific elements of uncertainty that arise with regard to compensation claims in cross-border situations. The significance of the provisions on jurisdiction of Article 79 GDPR and their interplay with other rules are discussed. In addition, the contribution addresses the complex choice of law issues that arise in connection to the limits of the harmonization brought about by the GDPR in this area.

Keywords: personal data, processing, damage, GDPR, compensation, jurisdiction, choice of law.

Sumario: I. Planteamiento. II. Derecho a indemnización por el tratamiento de datos personales. 1. Fundamentos y requisitos. 2. Infracción del RGPD e imputación del daño 3. Existencia de daños y perjuicios. 4. Determinación de la cuantía. III. Competencia judicial internacional 1. Fueros especiales del RGPD. 2. Aplicación del Reglamento Bruselas I bis y de las legislaciones nacionales. 3. Referencia a la tutela colectiva. IV. Derecho aplicable. 1. Alcance del RGPD y límites de la unificación. 2. Determinación de la ley aplicable. 3. Evaluación de los daños y la indemnización.

I. Planteamiento

1. El Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos (RGPD) atribuye una renovada importancia a la aplicación privada del derecho a la protección de datos personales, que complementa la tradicional aplicación jurídico-pública mediante autoridades de control independientes.¹ La aplicación privada aparece contemplada específicamente en su artículo 79, que proclama el derecho de todo interesado a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del RGPD han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales.

2. La coexistencia de la aplicación privada con la pública tiene reflejo en el propio artículo 79 RGPD, que precisa que el mencionado derecho a la tutela judicial opera “(s)in perjuicio de los recursos administrativos o extrajudiciales disponibles, incluido el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control en virtud del artículo 77”. Ciertamente, junto a la posibilidad de presentar reclamaciones ante las mencionadas autoridades de control (art. 77) y recursos –en vía administrativa y contencioso-administrativa– frente a sus resoluciones (art. 78), vías que dan lugar a la imposición de sanciones administrativas –típicamente multas– al responsable o encargado, el RGPD contempla el ejercicio por los interesados de acciones civiles contra un responsable o encargado del tratamiento por infracción de sus normas, incluyendo ciertos fueros que tratan de facilitar el acceso a la justicia en situaciones transfronterizas (art. 79).

3. En síntesis, la aplicación privada es la que resulta de lo dispuesto en el artículo 79 RGPD, mientras que los artículos 77 y 78 RGPD (junto con la normativa reguladora de las funciones y poderes de las autoridades de control) contemplan la aplicación pública (aunque en el caso del art. 77 tenga lugar como consecuencia de la reclamación de un interesado). La importancia de la tutela privada en materia de datos personales se refleja de manera singular en la previsión en el artículo 82 RGPD del derecho de los interesados a ser indemnizados por el responsable o el encargado del tratamiento.² La trascendencia práctica en el entorno de la economía digital de este derecho a indemnización se corresponde con que en los últimos meses el TJ haya tenido que dar respuesta a un elevado número de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de ese concreto precepto.³

4. El análisis de las recientes sentencias del TJ sobre el artículo 82 RGPD resulta punto de partida imprescindible para conocer los fundamentos de este derecho de indemnización (II.1, *infra*), así como los requisitos a los que se subordina (II.2, *infra*), pero también los límites del RGPD como instrumento de unificación, en especial en lo relativo a la determinación de la indemnización (II.3, *infra*). El ejercicio de acciones de indemnización en situaciones transfronterizas va unido a elementos específicos de incertidumbre.

5. De cara a abordar esos elementos de incertidumbre, el presente estudio analiza el significado de los fueros especiales de competencia introducidos en el artículo 79 RGPD en relación con las acciones de indemnización (III.1, *infra*), así como el papel que continúan desempeñando en este ámbito las normas de competencia del Reglamento Bruselas I bis y, en su caso, las de las legislaciones de los Estados miembros (III.2, *infra*), con especial referencia a sus implicaciones con respecto a la tutela co-

¹ Vid. M. REQUEJO ISIDRO, “La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679”, *La Ley Mercantil*, núm. 42, diciembre 2017.

² Vid., v.gr., A. RUBÍ PUIG, “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del art. 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 4 (2018), pp. 53-87, y A.B. MENEZES CORDEIRO, “Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR”, *EDPL*, 2019, pp. 492-499.

³ SSTJ de 4 de mayo de 2023, *Österreichische Post (Préjudice moral lié au traitement de données personnelles)*, C-300/21, EU:C:2023:370; 14 de diciembre de 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, EU:C:2023:986; 14 de diciembre de 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, EU:C:2023:988; 21 de diciembre de 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C 667/21, EU:C:2023:1022; 25 de enero de 2024, *MediaMarktSaturn*, C 687/21, EU:C:2024:72; 11 de abril de 2024, *juris*, C 741/21, EU:C:2024:288; 20 de junio de 2024, C-182/22 y C-189/22, *Scalable Capital*, EU:C:2024:531; y 20 de junio de 2024, C-590/22, *PS (Adresse erronée)*, EU:C:2024:536.

lectiva prevista en el artículo 80 RGPD (III.3, *infra*). Además, es objeto de atención específica el que la aplicación privada del RGPD y los límites de la unificación que lleva a cabo van unidos a la importancia de las cuestiones de Derecho aplicable que se plantean en este ámbito (IV, *infra*).

II. Derecho a indemnización por el tratamiento de datos personales

1. Fundamentos y requisitos

6. Ya en su sentencia en el asunto *Österreichische Post AG*, primera en la que abordó la interpretación del artículo 82 RGPD, el TJ rechazó que el derecho del interesado (en el sentido del art. 4.1 RGPD) a ser indemnizado, previsto en el artículo 82.1 RGPD, nazca como consecuencia de la mera infracción de las disposiciones del RGPD.⁴ Esta constatación resulta coherente con la existencia de la tutela pública junto con la tutela privada del derecho a la protección de datos, en el que se inserta el derecho del interesado a ser indemnizado.

7. Se trata de dos vías de tutela que “pueden ejercerse de manera concurrente e independiente”, sin que entre ellas exista relación jerárquica o excluyente alguna.⁵ A diferencia de lo que sucede con el derecho a indemnización, los recursos ante o contra una autoridad de control no se subordinan a que el interesado haya sufrido daños y perjuicios, siendo suficiente en el caso de los artículos 77 y 78 del RGPD la mera infracción del RGPD. Las multas administrativas y otras sanciones previstas en los artículos 83 y 84 RGPD -paradigma de la aplicación pública- tienen esencialmente una finalidad punitiva y no están supeditadas a la existencia de daños y perjuicios individuales, frente lo que sucede con la tutela privada cuando el interesado reclama su derecho a ser indemnizado con base en los artículos 79 y 82 RGPD.⁶

8. A partir del tenor literal del artículo 82 RGPD y su contexto, incluyendo los considerandos 75, 85 y 146 del RGPD, la jurisprudencia del TJ ha establecido que el derecho a indemnización del artículo 82.1 RGPD se halla subordinado a la concurrencia de tres requisitos cumulativos. Esos tres requisitos son la existencia de “daños y perjuicios”, la existencia de una infracción del RGPD y la relación de causalidad entre dichos daños y perjuicios y esa infracción.⁷ La mera infracción de las normas del RGPD no es suficiente para que nazca el derecho a indemnización.⁸ La amplia formulación del artículo 79 RGPD, en virtud del cual “todo interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del (RGPD) han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales”, no es óbice para esa interpretación, pues esa norma se limita a proporcionar un cauce procesal, sin regular los requisitos del derecho a indemnización, que se establecen en su artículo 82.⁹

9. La reiteración del criterio según el cual el derecho a indemnización se subordina a esos tres requisitos cumulativos, no impide al Tribunal establecer que la responsabilidad con base en el artículo 82 RGPD está supeditada a la existencia de culpa, si bien se contempla una inversión de la carga de la prueba. La culpa del responsable del tratamiento se presume, a menos que pruebe que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios.¹⁰ Los afectados tienen la carga de la prueba de la existencia de la infracción del RGPD y de los daños y perjuicios materiales o inmateriales sufridos, pero es el responsable (o encargado) del tratamiento al que se imputa la responsabilidad

⁴ Sentencias posteriores como *Gemeinde Ummendorf*, *MediaMarktSaturn* y *juris*, reiteran que la mera infracción del RGPD no basta para que nazca el derecho a indemnización.

⁵ STJ de 12 de enero de 2023, *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, C-132/21, EU:C:2023:2, apdo. 35.

⁶ Sentencia *Österreichische Post*, apdos. 39-40.

⁷ *Österreichische Post*, apdo. 32; *MediaMarktSaturn*, apdo. 58; *juris*, apdo. 34; *Scalable Capital*, apdo. 41; y *PS (Adresse erronée)*, apdo. 22.

⁸ Aplicando este criterio del TJ, *vid.* STS (Civil) 398/2024 de 19 de marzo de 2024, ES:TS:2024:1495, Fdto. Dcho. Tercero.

⁹ Sentencia *juris*, apdo. 39.

¹⁰ *Krankenversicherung Nordrhein*, apdo. 103; y *juris*, apdo. 46.

quien debe probar la ausencia de culpa, lo que incluye que los datos personales se tratan de modo que se garantiza una seguridad adecuada.¹¹

2. Infracción del RGPD e imputación del daño

10. La sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite* proporcionó precisiones relevantes con respecto a la existencia de infracción del RGPD como presupuesto del derecho a indemnización del artículo 82, en el contexto de demandas frente al responsable del tratamiento por interesados cuyos datos personales se vieron afectados por un ciberataque dirigido contra ese responsable. La mera existencia de una comunicación no autorizada de datos personales o de un acceso no autorizado a tales datos por parte de los terceros que llevan a cabo un ciberataque, no basta, por sí sola, para establecer que las medidas técnicas y organizativas adoptadas por el responsable del tratamiento no eran “apropiadas”, a los efectos de apreciar un incumplimiento de los artículos 24 y 32 RGPD.¹²

11. Corresponde a los tribunales valorar si las medidas técnicas y organizativas aplicadas son apropiadas en el caso concreto para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo. Para ello, deben llevar a cabo un examen de tales medidas con base en los criterios del artículo 32 RGPD, lo que típicamente implica un análisis concreto de la naturaleza y el contenido de las medidas adoptadas por el responsable, así como de su aplicación y efectos prácticos en el nivel de seguridad en relación con los riesgos de ese tratamiento. De ahí la relevancia de la carga de la prueba y los medios de prueba disponibles. También a los efectos del artículo 82 RGPD, la carga de la prueba de que los datos personales se tratan de modo que se garantiza una seguridad adecuada recae sobre el responsable del tratamiento en cuestión (por ejemplo, la entidad víctima del ciberataque). En lo relativo a los medios de prueba, como el RGPD no contiene reglas sobre la admisión y al valor de los medios de prueba en relación con las acciones de indemnización, corresponde al ordenamiento interno de cada Estado miembro establecer las reglas relevantes, respetando los principios de equivalencia y efectividad.¹³

12. El artículo 82.3 RGPD establece que el responsable del tratamiento queda exento de responsabilidad por daños y perjuicios “si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios”, lo que se interpreta en la sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite* en el sentido de que las circunstancias en las que el responsable puede quedar exonerado “deben limitarse estrictamente a aquellas en las que... pueda demostrar que el daño no le es imputable” (apdo. 70). Cuando la violación de la seguridad de los datos personales resulta de un ciberataque de un tercero contra el responsable no puede imputarse a éste, salvo que “la hubiera hecho posible por incumplir alguna obligación establecida en el RGPD y, en particular, la obligación de protección de datos a la que está sujeto en virtud de los artículos 5.1.f), 24 y 32” (apdo. 71). Además, procede la exoneración cuando el responsable demuestre “que no existe relación de causalidad entre su eventual incumplimiento de la obligación de protección de datos y los daños y perjuicios” (apdo. 72).

3. Existencia de daños y perjuicios

13. El concepto de “daños y perjuicios materiales o inmateriales” del artículo 82 RGPD es objeto de una definición autónoma y uniforme. Del tenor literal y el contexto del artículo 82, así como de los fines del RGPD -especialmente la garantía de un nivel uniforme y elevado de protección de las personas físicas en este ámbito-, el TJ deriva que no cabe supeditar ese derecho a indemnización a que los daños y perjuicios sufridos por el interesado hayan alcanzado cierto nivel de gravedad, pese a que así lo prevea

¹¹ *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdos. 52 y 57.

¹² *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdo. 39; *MediaMarktSaturn*, apdo. 45.

¹³ *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdos. 46 y 54; y *MediaMarktSaturn*, apdo. 30.

una legislación nacional con respecto a los daños inmateriales. La fijación y graduación de un umbral de ese tipo podría menoscabar la coherencia del régimen establecido por el RGPD.¹⁴

14. Ahora bien, la inexistencia de un umbral mínimo se vincula a la exigencia de que sea el interesado quien demuestre en el caso concreto que las consecuencias negativas que haya tenido “constituyen daños y perjuicios inmateriales, en el sentido del artículo 82”.¹⁵ Aportación destacada de la sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite* es también la consideración del temor del interesado a un potencial uso indebido de sus datos personales como daño o perjuicio inmaterial indemnizable a estos efectos. El artículo 82 RGPD no excluye que los «daños y perjuicios inmateriales» estén relacionados con el temor que experimenta el interesado a que el uso indebido de sus datos personales pueda producirse en el futuro por terceros como consecuencia de la infracción de las normas del RGPD (apdos. 79 y 80), siempre que ese temor pueda considerarse fundado a la luz de las circunstancias (apdo. 85). La exigencia de una interpretación amplia del concepto de «daños y perjuicios inmateriales», conforme al cdo. 146 RGPD, avala ese planteamiento que resulta corroborado por la previsión de su cdo. 85 en el sentido de que la mera “pérdida de control” de una persona sobre sus datos a raíz de una infracción del RGPD puede constituir daños y perjuicios, incluso sin que se haya producido un uso indebido de tales datos (apdos. 81 y 82). Su jurisprudencia posterior, en particular en el asunto *MediaMarktSaturn*, ha reafirmado que el concepto de daño inmaterial comprende una situación en la que el interesado tiene un temor fundado de que algunos de sus datos personales puedan ser difundidos o utilizados indebidamente por terceros en el futuro.

15. Esa interpretación amplia del concepto “daños y perjuicios inmateriales” va acompañada del criterio de que para obtener indemnización es el interesado afectado por la infracción del RGPD quien debe demostrar que las consecuencias negativas que ha sufrido como consecuencia de la infracción constituyen daños y perjuicios inmateriales.¹⁶ Un riesgo puramente hipotético de uso indebido por un tercero no puede dar lugar a indemnización, lo que el Tribunal de Justicia precisa que debe ser el caso cuando ningún tercero ha tenido conocimiento de los datos personales en cuestión.¹⁷

4. Determinación de la cuantía

16. El artículo 82 RGPD carece de disposiciones relativas a la cuantificación de la indemnización. Por ello, el TJ ha establecido que “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los tipos de acciones que permitan garantizar los derechos que confiere el... artículo 82... y, en particular, los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización debida..., siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.¹⁸

17. La función compensatoria del derecho a indemnización del artículo 82 RGPD requiere que, como contempla su considerando 146, deba procederse a una indemnización total y efectiva por los daños y perjuicios sufridos, lo que se satisface con la compensación íntegra de tales daños y perjuicios. Habida cuenta del carácter meramente compensatorio del artículo 82 RGPD -a diferencia de los arts. 83 y 84 relativos a la imposición de multas y otras sanciones de Derecho público-, el grado de culpa del responsable no puede tenerse en cuenta al fijar el importe de la indemnización por daños y perjuicios,¹⁹

¹⁴ *Österreichische Post*, apdo. 49; *Gemeinde Ummendorf*, apdos. 18-20; y *Scalable Capital*, apdos. 44-45.

¹⁵ *Österreichische Post*, apdo. 50; y *Gemeinde Ummendorf*, apdo. 21.

¹⁶ *MediaMarktSaturn*, apdos. 58-60, con referencia a las sentencias *Österreichische Post*, *Natsionalna agentsia za prihodite*, *Gemeinde Ummendorf*, y *Krankenversicherung Nordrhein*.

¹⁷ *MediaMarktSaturn*, apdos. 67-68. Asimismo, STS (Civil) 398/2024, de 19 de marzo, ES:TS:2024:1495, Fdto. Dcho. Tercero.

¹⁸ *Österreichische Post*, apdo. 54; y *juris*, apdo. 58, con referencia a las sentencias *Krankenversicherung Nordrhein* y *MediaMarktSaturn*.

¹⁹ *Krankenversicherung Nordrhein*, apdo. 99.

al tiempo que no es necesario imponer indemnizaciones de carácter punitivo.²⁰ Para fijar el importe de la indemnización en el marco del artículo 82 solo deben tenerse en cuenta los daños y perjuicios sufridos por el interesado y su cuantía no puede exceder de la compensación completa del perjuicio.²¹

18. Aunque los condicionantes derivados de la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad operen como un factor adicional de uniformización, resulta claro que es un ámbito en el que subsisten diferencias significativas entre los Estados miembros, ante la ausencia de normas comunes. La diferente finalidad de los artículos 82 y 83 RGPD resulta determinante de que los criterios del artículo 83 para determinar el importe de las multas administrativas -como la gravedad de la infracción, el grado de responsabilidad o la comisión previa de otras infracciones- no puedan utilizarse para determinar la indemnización por daños y perjuicios en el marco del artículo 82.²²

III. Competencia judicial internacional

1. Fueros especiales del RGPD

19. Entre las innovaciones que introdujo el RGPD está una norma especial de competencia judicial internacional, de singular relevancia con respecto a las acciones de indemnización del artículo 82 RGPD. Como primer criterio, el artículo 79.2 atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado contra el que se ejercita la acción “tenga un establecimiento”. En muchas situaciones el establecimiento coincidirá con el Estado en el que se localiza el domicilio del demandado como fuero general del artículo 4.1 RBIBis, que debe determinarse conforme a sus artículos 62 y 63. En otras situaciones, el artículo 7.5 RBIBis, que, en los litigios relativos a la explotación de sucursales u otros establecimientos, atribuye competencia al órgano jurisdiccional en que se hallen sitios, puede conducir a un resultado similar, si bien tiene un alcance más reducido que el artículo 79.2 RGPD.

20. Al atribuir competencia a los tribunales de cualquier Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un “establecimiento”, el artículo 79.2 RGPD facilita que tal circunstancia, a los efectos de atribuir competencia con alcance general, pueda concurrir con respecto a varios Estados miembros. El RGPD emplea un concepto amplio y flexible de establecimiento, que se extiende “a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable”²³, y que debe diferenciarse del concepto mucho más restrictivo de “establecimiento principal” definido en su artículo 4.16. La posibilidad de presentar la demanda en cualquier Estado miembro en el que el responsable o el encargado del tratamiento de que se trate tenga un establecimiento, con base en el artículo 79, debe considerarse compatible con el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia. Además, a falta de indicación en contrario, la competencia basada en este criterio cabe entender que tiene alcance general y se extiende al conjunto del daño causado al interesado como consecuencia de la infracción del RGPD.

21. Como criterio alternativo de competencia, el artículo 79 RGPD prevé que las acciones frente al responsable o encargado podrán ser ejercitadas por el interesado ante los tribunales del Estado miembro en que tenga su propia residencia habitual. Ante la ausencia de un concepto específico, cabe partir de que la «residencia habitual» no viene determinada por la mera presencia, resultando preciso que sea en principio de cierta duración para que revele una estabilidad suficiente²⁴.

²⁰ *Österreichische Post*, apdos. 57-58.

²¹ *MediaMarktSaturn*, apdos. 46-54; y *juris*, apdo. 64.

²² Sentencias *juris*, apdos. 57, 59 y 62; y *PS (Adresse erronée)*, apdo. 44. Acerca del contraste en su nivel de desarrollo entre el artículo 82 y el más elaborado artículo 83 del RGPD, *vid.* J. CHAMBERLAIN, y J. REICHEL, “The relationship between damages and administrative fines in the EU General Data Protection Regulation”, *Mississippi Law Journal*, vol. 89 (4), 2020, pp. 667-696.

²³ SSTJ de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo*, C-230/14, EU:C:2015:639, apdo. 31; y de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612, apdo. 75.

²⁴ Aunque en un ámbito diferente, *vid.* STJUE 22 de diciembre de 2010, C-497/10, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829, apdos. 46 y 51.

22. Aunque con frecuencia coincidirán, la “residencia habitual” del interesado no es un concepto idéntico al de “centro de intereses de la víctima”, desarrollado por el TJ para concretar el lugar donde se ha producido el daño, a los efectos del artículo 7.2 RBiBis, en los supuestos de lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet.²⁵ Ante la falta de restricciones en el texto del artículo 79 RGPD y teniendo en cuenta el objetivo que lo inspira, cabe entender que el alcance de la competencia fundada en la residencia habitual del interesado se extiende también al conjunto del daño que el tratamiento por el demandado le haya causado, de modo que no se limita al producido en el Estado de su residencia habitual. Del texto del artículo 79 RGPD tampoco resulta que la operatividad de esta regla de competencia se subordine al cumplimiento de requisitos específicos, como la circunstancia de que las actividades del responsable estén dirigidas al Estado miembro de la residencia habitual²⁶, pero tal resultado podría alcanzarse en la medida en que se considere que la regla de competencia del artículo 79 se halla también limitada por los criterios sobre el ámbito territorial del RGPD (art. 3).

2. Aplicación del Reglamento Bruselas I bis y de las legislaciones nacionales

23. El marco de relaciones entre los fueros del artículo 79 RGPD y el RBiBis deriva fundamentalmente de lo dispuesto en el art. 67 RBiBis y en los cdos. 145 y 147 del RGPD. Conforme a su artículo 67, el RBiBis no prejuzga la aplicación de las disposiciones particulares que en materias especiales regulan la competencia judicial en los actos de la Unión, como el artículo 79 RGPD. En esta línea, el cdo. 147 del RGPD afirma que las normas generales de competencia judicial del RBiBis deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas del RGPD. Además, acerca del significado de su artículo 79.2, el cdo. 145 del RGPD manifiesta que en lo relativo a las acciones contra los responsables o encargados, “el reclamante debe tener la opción de ejercitarlas ante los tribunales de los Estados miembros” designados por el art. 79.2 RGPD.

24. El objetivo de protección de los interesados se traduce en que la función de las reglas de competencia del RGPD es poner a disposición de los interesados la posibilidad de ejercitar sus acciones ante los tribunales de los Estados miembros en los que el responsable o encargado tenga un establecimiento o en el de la propia residencia habitual del perjudicado, resultando desmentida la formulación imperativa del primer inciso del artículo 79.2 (“las acciones... deberán ejercitarse”) por el contexto, contenido y función de la norma, así como por su redacción en otras lenguas. Se trata de fueros adicionales que tiene a su disposición el interesado, en particular cuando pretende hacer valer su derecho a indemnización, y que complementan el régimen establecido en el RBiBis, prevaleciendo sobre sus normas de competencia, de modo que las normas del RBiBis continúan siendo de aplicación, pero solo en la medida en que no menoscaben lo dispuesto en el RGPD²⁷.

25. El mismo criterio de solución se impone en aquellos casos en los que no resulte de aplicación el RBiBis sino las legislaciones internas de los Estados miembros –como en España, la LOPJ– en virtud de la remisión contenida en el art. 6.1 RBiBis. En tales situaciones la legislación nacional debe entenderse sin perjuicio de la aplicación preferente de las reglas especiales de competencia del RGPD, cuyo alcance no se limita a los demandados domiciliados en un Estado miembro.

²⁵ SSTJ de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685; de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766; y de 17 de junio de 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, C-800/19, EU:C:2021:489.

²⁶ N. BRKAN, “Data protection and European private international law: observing a bull in a China shop”, *IDPL*, vol. 5, 2015, pp. 257-278, p. 274.

²⁷ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea”, *REDI*, vol. 69(1), 2017, pp. 75-108, pp. 99-102; L. LUNDSTEDT, “International jurisdiction over cross-border private enforcement actions under the GDPR”, 2018, *Scandinavian Studies in Law*, 2018, 213-55, p. 253; E. TREPPOZ, “Forum shopping et données personnelles”, *Travaux. Com. fr. DIP Fr, Annees 2020-2022*, pp. 39-62; y E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Acciones de indemnización por vulneración de la protección de datos”, E. E. RODRÍGUEZ PINEAU y E. TORRALBA MENDIOLA (dirs.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Aranzadi, 2021, pp. 213-261, pp. 226-233. Véase, en este mismo sentido, la resolución del *Rechtbank* (Tribunal de Distrito) de Ámsterdam de 9 de noviembre de 2022, NL:RBAMS:2022:6488, apdos. 5(16)–(18).

26. Cabe recordar que objetivo básico del RGPD es garantizar la protección efectiva y completa del derecho fundamental de las personas físicas a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Además, garantizar el derecho a la tutela judicial de conformidad con el artículo 47 de la Carta reviste la máxima importancia en el marco del RGPD. Por ello, no parece adecuado, ni compatible con el considerando 147 del RGPD, entender que el artículo 79.2 RGPD sustituye a las normas generales sobre competencia judicial y, por tanto, priva a los interesados de la posibilidad de presentar sus demandas ante un tribunal competente, por ejemplo, sobre la base del fuero de la pluralidad de demandados del artículo 8.1 RBIbis o disposiciones similares, en su caso, del Convenio de Lugano o de las normas nacionales de los Estados miembros.²⁸ Del mismo modo, no debe privarse a los interesados de la posibilidad de solicitar medidas provisionales de conformidad con el artículo 35 RBIbis.

27. Por consiguiente, desde la perspectiva del ejercicio de acciones por parte de los interesados, el artículo 79.2 RGPD complementa los fueros disponibles en virtud del RBIbis y requiere que éstos se interpreten de modo que no priven de efecto útil al artículo 79.2.²⁹ En consecuencia, junto a los fueros previstos en el RGPD, los interesados tendrán a su disposición los establecidos en el RBIbis que resulten operativos en cada caso, como el fuero general del domicilio del demandado (art. 4 RBIbis, si bien normalmente coincidirá con un Estado miembro en el que el demandado tenga “un establecimiento” a los efectos del art. 79.2), los fueros basados en una relación de conexidad (art. 8 RBIbis que incluye el de la pluralidad de demandados), o el fuero especial en materia extracontractual del artículo 7.2 RBIbis.

28. En relación con la eventual utilidad del artículo 7.2 RBIbis, los criterios del art. 79.2 RGPD parecen no contemplar ciertas posibilidades que el interesado que ejercita una acción de indemnización podría tener en el marco del art. 7.2 RBIbis, en la medida en que se considere que éste no solo permite demandar por el conjunto del daño ante los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima sino también, aunque con un alcance limitado, ante los tribunales de otros lugares de manifestación del daño³⁰, como aquellos en los que se hayan divulgado los datos. En la práctica, los tribunales se basan a veces tanto en el artículo 7.2 RBIbis como en el artículo 79.2 RGPD para establecer su competencia sobre demandas relativas a actividades de infracción en línea.³¹ Además, no es raro que los demandantes presenten en el mismo procedimiento demandas fundadas en el artículo 79 del RGPD y otras demandas de responsabilidad civil relacionadas, como las basadas en el Derecho de la competencia,³² a las que no es aplicable el mencionado artículo 79.2.³³

29. En cuanto a los acuerdos de elección de foro, en la práctica será raro que un interesado invoque un acuerdo de elección de foro en detrimento de la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros designados por el artículo 79.2 RGPD. Excepto en lo que se refiere a la posibilidad de elección concedida a los interesados a la hora de interponer una demanda contra un responsable o un encargado del tratamiento, el artículo 79.2 RGPD prevalece sobre un acuerdo de elección de foro, ya que las normas del RBIbis -como su art. 25- no pueden privar de eficacia al artículo 79.2 RGPD. La circunstancia de que las reglas del RBIbis no pueden producir el resultado de privar de su efecto útil al artículo 79.2 RGPD puede ser determinante para limitar la eficacia de los acuerdos atributivos de jurisdicción que pudieran existir entre el responsable y el interesado (que pueden abarcar controversias extracontractuales), en particular en situaciones en las que tales acuerdos se pretendan invocar para

²⁸ Vid. P. FRANZINA, “Jurisdiction regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation”, A. De Franceschi (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market (The Implications of the Digital Revolution)*, Intersentia, 2016, pp. 81-108, pp. 84 y 104.

²⁹ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of Laws and the Internet*, 2ª ed., 2024, Edward Elgar, apdos. 3.108-3.116.

³⁰ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apdos. 41-44, y STJUE de 21 de diciembre de 2021, *Giflix Tv*, C-251/20, U:C:2021:1036, apdos. 30 y 39.

³¹ Vid. resoluciones del *Rechtbank* de Ámsterdam de 30 de junio de 2021, NL:RBAMS:2021:3307, apdos. 5(1)-(46); y 12 de abril de 2023, NL:RBAMS:2023:2192, apdos. 4(1) and (2).

³² Vid. resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 15 de marzo de 2023, NL:RBAMS:2023:1407.

³³ Vid. resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 9 de noviembre de 2022, NL:RBAMS:2022:6488.

oponerse a la demanda de indemnización interpuesta por un interesado ante un tribunal competente en virtud del artículo 79.2 RGPD.³⁴

3. Referencia a la tutela colectiva

30. De cara al desarrollo de la tutela privada de la protección de datos personales, la facilitación en la UE de mecanismos de acción colectiva por interesados de diversos Estados miembros perjudicados por un mismo tratamiento reviste gran importancia. Se trata de una constatación muy relevante en un contexto en el que no es extraño que infracciones del RGPD afecten a un gran número de interesados, a quienes causen únicamente daños y perjuicios de pequeña cuantía.

31. El RGPD contempla expresamente la representación de los interesados y la tutela colectiva en su artículo 80. Su apartado primero establece el derecho de todo interesados a dar mandato a ciertas entidades para que le representen ejerciendo en su nombre los derechos contemplados en los artículos 77, 78 y 79, y el derecho a ser indemnizado del artículo 82 si así lo establece el Derecho del correspondiente Estado miembro. Como requisitos que deben reunir esas entidades impone el que no tengan ánimo de lucro, hayan sido correctamente constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro, tengan objetivos estatutarios de interés público y que actúe en el ámbito de la protección de los derechos de los interesados en materia de protección de sus datos personales.

32. Por su parte, el apartado segundo del artículo 80 contempla la facultad de todo Estado miembro para disponer que cualquier entidad que cumpla esos mismos requisitos, tenga, con independencia del mandato del interesado, derecho a presentar en ese Estado miembro una reclamación ante la autoridad de control y a ejercer los derechos de los artículos 78 y 79, “si considera que los derechos del interesado con arreglo al presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento”. En su sentencia *Meta Platforms Ireland*³⁵ el TJ estableció que el artículo 80.2 RGPD no es obstáculo para que los Estados miembros atribuyan legitimación a asociaciones de defensa de los consumidores para ejercitar acciones por infracción de sus derechos bajo el RGPD en normas relativas a la protección de los consumidores o en materia de competencia desleal. La Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que extiende su aplicación a acciones por infracción del RGPD, corrobora esa constatación, pues no excluye que existan mecanismos procesales adicionales en los Estados miembros y salvaguarda la posibilidad de utilizar los previstos en el artículo 80.2 RGPD para proteger los intereses colectivos de los consumidores.³⁶ La Directiva no incorpora reglas de competencia judicial.

33. El RGPD, y en concreto su art. 80, no introduce reglas de competencia específicas con respecto al ejercicio de acciones colectivas. Ante las carencias en materia de acciones colectivas del RBiBis, puede presentar singular interés la interpretación respecto de esas situaciones de las normas de competencia del art. 79.2 del RGPD.³⁷ En particular, la regla de competencia del art. 79.2 basada en la existencia de “un establecimiento” del demandado puede facilitar en la práctica la concentración ante los tribunales de un Estado miembro, como también puede suceder en función de la estructura empresarial

³⁴ F. JAULT-SESEKE, ‘Clauses attributives de juridiction et protection des données personnelles en droit international privé’, M. LAZOUZI (dir.) *Les clauses attributives de compétence internationale. De la prévisibilité au désordre*, Panthéon-Assas, 2021, p. 85.

³⁵ STJ de 28 de abril de 2022, *Meta Platforms Ireland*, C-319/20, EU:C:2022:322.

³⁶ Sobre estas cuestiones, con ulteriores referencias, *vid.* J.I. PAREDES PÉREZ, “Acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores y protección de datos personales. Un estudio desde la perspectiva de la competencia judicial internacional”, en E. RODRÍGUEZ PINEAU y E. TORRALBA MENDIOLA (dirs.), *La protección...* cit. 351-410, pp. 369-370.

³⁷ *Vid.*, *v.gr.*, resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 9 de noviembre de 2022, NL:RBAMS:2022:6488, apdos. 5(8) y (12); y E. SILVA DE FREITAS, “The interplay of digital and legal frontiers: analyzing jurisdictional rules in GDPR collective actions and the Brussels I-bis Regulation”, *NIPR*, 2023, p. 227-42

del demandado mediante el recurso al fuero relativo a una pluralidad de demandados del art. 8.1 RBIbis. Tal circunstancia puede resultar de particular utilidad en relación con el ejercicio de acciones colectivas por parte de interesados procedentes de diversos Estados.

34. En la sentencia *Schrems*³⁸ el TJ puso de relieve que un consumidor no puede hacer valer el fuero de su domicilio con base en el artículo 18 RBIbis para acumular a la suya las pretensiones que frente al mismo demandado, y derivadas también de la infracción de las normas sobre datos personales, le han sido cedidas por otros afectados domiciliados en otros Estados miembros e incluso en terceros países. El objetivo de protección del consumidor como parte débil, que es propio de esa regla de competencia, determina que el artículo 18 RBIbis solo resulte de aplicación cuando el consumidor es personalmente demandante o demandado en el procedimiento.

35. Frente a la situación resultante de la mera aplicación de las reglas de competencia del RBIbis, como sucedía en la sentencia *Schrems*, a tenor del art. 79.2 RGD, cualquier establecimiento del responsable o del encargado en un Estado miembro es relevante para atribuir competencia, lo que podría facilitar el ejercicio de acciones colectivas, por ejemplo, ante los tribunales del Estado miembro del domicilio de alguno –pero no todos– los demandantes en el que, además, el responsable tenga un establecimiento. No se exige en el artículo 79.2 RGD, a diferencia de su artículo 3.1, que la acción vaya referida a un tratamiento que tenga lugar en el contexto de ese concreto establecimiento (aunque puede plantearse la conveniencia de apreciar que la atribución de competencia resulta compatible en el caso concreto con la exigencia de previsibilidad para el demandado). Habida cuenta de la finalidad tuitiva de la norma del artículo 79.2, cabe interpretar que la competencia fundada en la existencia de un establecimiento del demandado se extiende al conjunto del daño que el tratamiento haya causado al interesado.

IV. Derecho aplicable

1. Alcance del RGD y límites de la unificación

36. Los criterios del artículo 3 RGD sobre su ámbito de aplicación territorial tienen carácter imperativo y son también determinantes cuando resulta preciso establecer si existe infracción del RGD, en tanto que uno de los presupuestos del derecho a indemnización. El carácter internacionalmente imperativo de la legislación sobre protección de datos personales y su sometimiento a una conexión autónoma conforme al artículo 3 RGD son plenamente coherentes con el significado en la UE como derecho fundamental de la protección de datos personales.³⁹

37. El RGD no ha supuesto una unificación normativa completa, en especial con respecto a las cuestiones en las que contempla la adopción por los Estados miembros de especificaciones o restricciones,⁴⁰ lo que puede plantear la necesidad de determinar qué concreta normativa nacional resulta de aplicación para complementar al RGD⁴¹. La eventual ilicitud de un concreto tratamiento por infringir el RGD, uno de los presupuestos del derecho a indemnización del artículo 82, no debería variar en función de la autoridad o tribunal que conozca de una determinada reclamación o litigio. Los

³⁸ STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37.

³⁹ M. BRKAN, “Data protection and conflict-of-laws: challenging relationship”, *EDPL*, vol. 2, 2016, pp. 324-341, p. 333. La STJUE de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612 (apdos. 72-81) resulta indicativa de cómo la eventual ilicitud de ciertas cláusulas contractuales por su falta de conformidad con la legislación de protección de datos personales es objeto de una conexión específica y diferenciada con respecto a la ley del contrato.

⁴⁰ M. GÖMANN, *Das öffentlich-rechtliche Binnenkollisionsrecht der DS-GVO*, Mohr Siebeck, 2021, pp. 81–116.

⁴¹ J. CHEN, “How the best-laid plans go awry: the (unsolved) issues of applicable law in the General Data Protection Regulation”, *IDPL*, 2016, pp. 310-23, pp. 312-314; y M.E. ANCEL, ‘D’une diversité à l’autre. A propos de la “marge de manœuvre” laissée par le règlement général sur la protection des données aux États membres de l’Union Européenne’, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 2019, pp. 647-663.

criterios para determinar la ilicitud de un concreto tratamiento de datos, por ejemplo, de un menor –o dicho de otro modo la edad que ha de tener el menor para que su consentimiento determine la licitud del tratamiento en un caso (art. 8 RGPD y, en España, artículo 7 Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales)– deben ser los mismos con independencia de que la cuestión relativa a ese concreto tratamiento se plantee en el marco de una reclamación tramitada ante la autoridad de control de un Estado miembro o de otro, o en el marco de un proceso judicial –por ejemplo al hilo de una demanda de indemnización– que eventualmente se inicie ante los tribunales de un Estado miembro distinto que pueda tener competencia para conocer de la acción civil en cuestión.

38. En la medida en que lo apropiado es que opere un criterio común de Derecho de la Unión para establecer el Estado miembro cuya normativa “complementaria” del RGPD es aplicable para determinar la licitud o ilicitud del tratamiento conforme, cabe considerar que, aunque no esté diseñado para esa función, el artículo 3 RGPD puede servir de referencia.⁴² Normalmente la legislación complementaria aplicable habrá de ser, en aquellos ámbitos en los que no opere una estricta correlación entre autoridad competente y ley aplicable (como es propio de los aspectos relativos al procedimiento), la de establecimiento del responsable (solo si está situado en un Estado miembro) o la del Estado miembro en el que se encuentre el interesado. En el caso de las normas relativas al consentimiento de los menores, su fundamento parece aconsejar acudir en principio a esta segunda opción, cuya aplicación práctica se ve favorecida por el empleo generalizado de mecanismos de geolocalización. En otros supuestos, puede resultar más apropiado –y coherente con los fundamentos del mercado interior– el recurso a la ley del Estado miembro en el que el responsable o encargado del tratamiento tenga su establecimiento principal.

39. En otras situaciones el fundamento de las disposiciones nacionales que especifican lo previsto en el RGPD puede resultar determinante para concretar su ámbito de aplicación. Así cuando las especificaciones tienen que ver con el tratamiento de datos personales para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, cabe entender que debe estarse a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro que impone la obligación legal en cuestión, al que va referido la misión en interés público de que se trate o, en su caso, aquel que confiere al responsable el ejercicio de poderes públicos en cuestión.

2. Determinación de la ley aplicable

40. Si bien las normas del RGPD son aplicables, dentro de su ámbito territorial, por los tribunales de los Estados miembros para determinar si los derechos de los interesados con base en el RGPD han sido vulnerados por un tratamiento de datos, ello no excluye que sea preciso determinar conforme a las reglas de conflicto correspondientes, por ejemplo, la ley aplicable a los aspectos de la responsabilidad civil derivada de tal infracción no regulados por el RGPD. A estos efectos, el contenido normativo del artículo 82 RGPD, complementado por su considerando 146, es limitado, como resulta de la sección I, *supra*.

41. Por lo tanto, cuando se ejercitan acciones de indemnización en situaciones transfronterizas pueden plantearse complejas cuestiones de Derecho aplicable, tanto de delimitación –entre cuestiones de protección de datos sometidas a conexión autónoma a partir del art. 3 del RGPD, aspectos procesales regidos por la ley del foro y cuestiones de fondo regidas por la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales–, como de determinación de la ley aplicable, para las que lamentablemente el Derecho de la UE no siempre proporciona una respuesta⁴³.

⁴² M. GÖM; ANN, *Das öffentlich-rechtliche...* cit., pp. 529-738; y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict...* cit. Apdos. 3.125-3.128.

⁴³ *Vid.* C. KOHLER, “Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 52, 2016, pp. 653-675; L. DE LIMA PINHEIRO, «Law Applicable to Personal Data Protection on the Internet: Some Private International Law Issues», *AEDIPr*, vol. 18, 2018, pp. 161-192, pp. 164-190; y J.D. LÜTTINGHAUS, “Das internationale

42. La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción de normas sobre protección de datos personales es una materia en principio excluida del Reglamento (CE) 864/2007 o Reglamento Roma II. Conforme a su artículo 1.2.g) este Reglamento no es aplicable a “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», categoría que cabe entender que incluye las acciones extracontractuales relativas a los daños y perjuicios sufridos por un interesado como consecuencia del tratamiento de sus datos personales por un responsable o encargado con infracción del RGPD.⁴⁴ Esta interpretación no excluye que otras reclamaciones extracontractuales que impliquen la infracción del RGPD entren en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II. Por ejemplo, ese suele ser el caso de las demandas interpuestas contra un responsable del tratamiento por un competidor que emprende acciones legales basadas en las normas de competencia desleal contra una infracción de determinadas normas del RGPD por parte del responsable del tratamiento.⁴⁵

43. Dicha exclusión tiene como consecuencia que la ley aplicable en esta materia venga determinada por normas de conflicto nacionales, a falta de convenios internacionales, como sucede en el caso de España con el artículo 10.9 Cc. Se trata de un ámbito en el que es de lamentar la falta de avances en el seno de la Unión y en el que se mantienen significativas diferencias entre los Estados miembros.⁴⁶

44. Los intereses presentes en este concreto sector tienden a favorecer la aplicación de la ley del lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado, típicamente, en la residencia habitual (o centro de intereses) del interesado⁴⁷, lo que se corresponde al menos parcialmente con la evolución que en materia de competencia judicial internacional favorece el artículo 79.2 RGPD. No obstante, en la medida en que pueda operar un criterio de alternatividad –como en ocasiones se admite en la interpretación del artículo 10.9 Cc– podrá el demandante optar por invocar como lugar del daño alternativamente el del establecimiento del responsable del tratamiento en el marco del cual se desarrolle éste.⁴⁸

45. Como elemento adicional, cabe hacer referencia a ciertos condicionantes del mercado interior. Conforme a su artículo 2.4, el RGPD debe entenderse sin perjuicio de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. El “ámbito coordinado” de esta Directiva, que según su cdo. 14 debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, incluye aspectos de Derecho privado y responsabilidad, lo que plantea la cuestión de en qué medida las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil derivada de la vulneración de las normas sobre datos personales pueden constituir restricciones a los efectos del principio de origen en

Datenprivatrecht: Baustein des Wirtschaftskollisionsrechts des 21. Jahrhunderts”, *ZVglRWiss*, vol. 117, 2018, pp. 50-82; y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict...* cit. 3.128-3.134.

⁴⁴ Vid., A. DICKINSON, *The Rome II Regulation (The Law Applicable to Non-Contractual Obligations)*, OUP, 2008, p. 40; y M. THON, ‘Transnationaler Datenschutz: Das Internationale Datenprivatrecht der DS-GVO’, *RabelsZ*, 2020, pp. 24-61, p. 39. Vid. resolución del *Rechtbank* de Ámsterdam de 30 de junio de 2021, NL:RBAMS:2021:3307, apdo. 8.21; y J. OSTER, ‘Gefällt Facebook nicht: Die Zählung eines Datenriesen durch Internationales Datenschutz-Privatrecht’, *IPRax*, 2023, pp. 198-205.

⁴⁵ Sobre ese tipo de acciones, T.F. WALREE y P.T.J. WOLTERS, ‘The right to compensation of a competitor for a violation of the GDPR’, *IDPL*, 2020, pp. 346-55, pp. 353-4. Por el contrario, quedan también al margen del Reglamento Roma II como consecuencia de su artículo 1.2.g) otras acciones sustitutivas, como las fundadas en la LO 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sobre estas últimas y su interacción con las acciones derivadas del art. 82 RGPD, vid. A. RUBÍ PUIG, ‘Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en derecho español’, *Derecho Privado y Constitución*, 2019, 34, pp. 197-232, pp. 223-226.

⁴⁶ Proponiendo la existencia de una regla de conflicto implícita sobre el particular en el RGPD que lleve a la aplicación de la ley del Estado miembro del centro de intereses de la víctima (si bien el RGPD no utiliza ese concepto), vid. E. RODRIGUEZ PINEAU y E.C. TORRALBA MENDIOLA, *Delimitación del Derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico privada de la protección de datos*, Tirant lo blanch, 2023, pp. 166-168.

⁴⁷ F. RIGAUX, ‘Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l’espace européen’, *Festschrift für U. Drobnig*, Tubinga, 1998, pp. 425-441, p. 440; D. SANCHO VILLA, *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Madrid, 2010, pp. 99-107.

⁴⁸ Vid. P. MANKOWSKI, ‘Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht’, *RabelsZ*, vol. 63, 1999, pp. 206-294, p. 283.

esa Directiva⁴⁹. De dicho principio resulta la exigencia de que los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en un Estado miembro –en los términos de la Directiva 2000/31– no estén sometidos a requisitos más estrictos que los previstos en el Derecho material del Estado miembro de establecimiento⁵⁰.

3. Evaluación de los daños y la indemnización

46. La determinación de la legislación nacional complementaria del RGPD en los aspectos en los que este puede ser especificado por los Estados miembro es relevante para establecer si el tratamiento se produce con infracción del RGPD, lo que típicamente es presupuesto del derecho a indemnización. Ahora bien, la legislación aplicable a las cuestiones no reguladas en el artículo 82 RGPD ni en el de Derecho de la Unión con respecto a la indemnización y responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos vendrá determinada, en la medida en que no se trate de una cuestión regulada por el RGPD, por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual (en España, a falta de la elaboración de normas comunes en el seno de la UE, en principio, el art. 10.9 Cc).

47. A este respecto, cabe recordar que el RGPD carece de disposiciones relativas a la cuantificación de la indemnización a la que tiene derecho el interesado cuando una infracción del RGPD le haya causado daños y perjuicios, sin perjuicio de la unificación inherente al carácter autónomo del concepto de “daños y perjuicios materiales o inmateriales” empleado en su artículo 82 (véase sección II, *supra*). Como consecuencia de la ausencia de armonización en lo relativo a la cuantificación del daño, “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los tipos de acciones que permitan garantizar” el derecho a indemnización del artículo 82 RGPD, así como los criterios para determinar la cuantía de la indemnización debida, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad⁵¹. En concreto, el principio de efectividad requiere comprobar que los criterios previstos en el Derecho del Estado miembro correspondiente para la determinación judicial de los daños y perjuicios no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho conferido por el artículo 82 RGPD.

48. El TJ ha afirmado reiteradamente, en contextos de reclamaciones sin dimensión transfronteriza, que como el RGPD carece de normas sobre la cuantificación de la indemnización a los efectos de su artículo 82, “en virtud del principio de autonomía procesal, los jueces nacionales deberán aplicar, a efectos de esta cuantificación, las normas internas de cada Estado miembro relativas al alcance de la indemnización pecuniaria, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”.⁵²

49. Si bien el TJ hace referencia a la autonomía procesal de los Estados miembros, no debe perderse de vista que cuando se trate de determinar la ley del Estado miembro aplicable en situaciones transfronterizas, cuestiones como la evaluación de los daños y la cuantificación de la indemnización, o el plazo de prescripción de la acción, son cuestiones sustantivas a determinar, en principio, conforme a la ley aplicable a la obligación extracontractual de que se trate, y no directamente por la *lex fori*, en tanto que ley que rige el proceso. Es ilustrativo a ese respecto el artículo 15.c) y h) del Reglamento Roma II, aunque no resulte aplicable a esta materia.

50. En virtud de los fueros previstos en el artículo 79.2 RGPD -y la eventual aplicación complementaria del RBiBis- (sección III, *supra*), los interesados, al ejercitar las acciones tendentes a recla-

⁴⁹ *Vid.*, por analogía, STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas*, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209; y conclusiones del AG Bobek de 23 de febrero de 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, C-800/19, EU:C:2021:124, apdos. 76-81.

⁵⁰ Véase en particular la sentencia *eDate Advertising y Martínez*, ya citada, apdo 67.

⁵¹ Sentencia *Österreichische Post*, apdo. 54.

⁵² Sentencias *Scalable Capital*, apdos. 32-33; y *juris*, apdo. 58, con referencia a las sentencias *Krankenversicherung Nordrhein* y *MediaMarktSaturn*.

mar los daños y perjuicios en virtud del artículo 82 RGPD, pueden tener la posibilidad de optar entre los tribunales de varios Estados miembros (por ejemplo, entre los del Estado miembro de la residencia habitual del perjudicado y los de cualquier Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento). Se trata de una circunstancia que debe vincularse con la diversidad normativa que subsiste en lo relativo a la fijación de la cuantía de los daños (y otras circunstancias como el plazo de prescripción de las acciones) entre los Estados miembros.

51. La opción por uno u otro foro condicionará la normativa procesal aplicable (como refleja el propio art. 82.6 RGPD). La *lex fori* resultará determinante con respecto a elementos como la admisión y al valor de los medios de prueba, por ejemplo, en relación con la prueba por parte del responsable de que los datos personales se tratan de modo que se garantiza una seguridad adecuada.⁵³ Se trata de cuestiones típicamente regidas por la ley aplicable al proceso y no al fondo (aunque no resulte aplicable en esta materia, es significativo lo dispuesto en el art. 1.3 Reglamento Roma II).

52. Asimismo, la *lex fori* será decisiva en relación con las normas de conflicto que determinan la legislación de qué concreto Estado miembro resulta aplicable para complementar lo dispuesto en el artículo 82 RGPD respecto de las cuestiones no regulada por el RGPD y que quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley rectora de la responsabilidad civil extracontractual.

⁵³ Sentencia *Natsionalna agentsia za prihodite*, apdo. 54.

El Derecho administrativo global y la energía. Hacia un Derecho transnacional de la energía

Global administrative law and the energy sector. Towards a transnational energy law

ÍÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

Recibido: 19.05.2024 / Aceptado: 15.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8926

Resumen: Para un amplio sector de los especialistas en Derecho Administrativo, el Derecho de la energía es un componente más, entre otros muchos, de la llamada parte especial del Derecho Administrativo. Sin embargo, por variadas razones, el Derecho de la energía dispone ya de sus propios principios, no estrictamente principios jurídicos, sino principios rectores que, al estar incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión Europea y al español, consiguen individualizar esta disciplina respecto del Derecho Administrativo, en cuyo seno nació. En realidad, cuando se habla de Derecho de la energía se está queriendo hablar, en un gran número de ocasiones, de regulación energética, para expresar el carácter directivo del Derecho. Los profundos procesos de liberalización y privatización de finales del siglo XX, en la medida en que multiplicaron las transacciones energéticas entre agentes privados de los sistemas energéticos, han contribuido al nacimiento de un incipiente Derecho transnacional de la energía.

Palabras clave: Derecho administrativo, derecho de la energía, regulación energética, principios del Derecho de la energía, Derecho transnacional de la energía.

Abstract: For a large sector of Administrative Law specialists, energy law is one more component, among many others, of the so-called special part of Administrative Law. However, for various reasons, Energy Law already has its own principles, not strictly legal principles, but guiding principles that, when incorporated into the legal system of the European Union and the Spanish one, manage to individualize this discipline with respect to Law Administrative, from where Energy Law (in Latin jurisdictions) has departed. In reality, when we talk about energy law, we mean, on a large number of occasions, energy regulation, to express the directive nature of Law. The profound liberalization and privatization processes of the late 20th century, to the extent that they multiplied energy transactions between private agents in energy systems, have contributed to the birth of an incipient transnational energy law.

Keywords: Administrative law, energy law, energy regulation, energy law principles, Transnational Energy Law.

Sumario: I. Introducción; II. El Derecho Administrativo Global y la energía: 1. Derecho Administrativo y Derecho de la energía; 2. Regulación energética; III. Los principios del Derecho Global de la energía: 1. Principio de seguridad del suministro: 1.1. Accesibilidad y asequibilidad de los servicios energéticos modernos. La protección de los consumidores vulnerables y la lucha contra la pobreza energética; 1.2. Principio de resiliencia; 2. Principio de eficiencia económica: 2.1. Técnicas de equilibrio de la libertad de empresa con (otras) exigencias de interés general. Planificación y regulación; 2.2. Derecho a la propiedad privada en el sector energético. El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y sus manifestaciones (dominio público y soberanía energética); 2.3. Eficiencia económica y digitalización; 3. Principio de sostenibilidad medioambiental: 3.1. La sostenibilidad medioambiental significa hoy, primariamente, descarbonización

(neutralidad carbónica): 3.2. Principio de uso prudente, racional y sostenible de los recursos naturales: 3.3. La descentralización y empoderamiento del consumidor; IV. Conclusión. Hacia el nacimiento de un Derecho energético transnacional.

I. Introducción

1. El Derecho de la energía ha ganado paulatinamente importancia, principalmente desde que en la última década del siglo XX se liberalizaron las actividades energéticas y se privatizaron los antiguos monopolios públicos. Ese proceso determinó la multiplicación de las transacciones energéticas entre empresas (y ciudadanos), lo cual, a su vez, puso las bases para el nacimiento de un Derecho transnacional de la energía. Otro vector determinante para la individuación del Derecho de la energía frente a otras ramas del ordenamiento ha sido el reto global de lucha contra el calentamiento global y el cambio climático, porque el Derecho de la energía ha venido a impulsar y ordenar esa transición hacia un nuevo modelo descarbonizado. Dado que, entre muchos especialistas en Derecho Público, el Derecho de la energía es todavía un componente del Derecho Administrativo especial (o de la Parte Especial del Derecho Administrativo), el apartado II está dedicado a mostrar si, y cómo, el Derecho de la energía ha ganado una mayor autonomía. A continuación, el apartado III analiza cuáles serían los principios del Derecho transnacional de la energía para, finalmente, ofrecer una conclusión en el apartado IV.

II. El Derecho Administrativo Global y la energía

1. Derecho Administrativo y Derecho de la energía

2. Para poder llegar a pronunciarse acerca de los contenidos de un Derecho Administrativo Global de la energía, es preciso conocer antes la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la energía. En España, al menos entre los profesores del Derecho Administrativo, parecería que hay una opinión extendida sobre que el Derecho de la energía constituye un componente de la llamada parte especial del Derecho Administrativo. Este entendimiento del Derecho de la energía como elemento integrante de la parte especial del Derecho Administrativo hunde sus raíces en la comprensión estatutaria del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el Derecho de una persona jurídica (su estatuto jurídico), la Administración Pública, un sujeto que tiene propiedades (especiales) y que interviene en sectores variados de la vida social (en realidad, en todos los sectores de la vida social). Esas propiedades especiales (el dominio público), opera particularmente sobre recursos de valor energético, como las minas, los hidrocarburos, las aguas, determinados montes... Y esa intervención del sujeto-Administración se proyecta sobre un multiforme espectro de actividades, entre ellas las actividades energéticas... Por esta razón hay una idea generalizada en España sobre la amplia extensión del Derecho Administrativo, tan extensa, casi inabarcable, como los ámbitos de la vida social, donde hay siempre una presencia de la Administración, más o menos intensa...

3. Ninguna otra rama del ordenamiento pretende un dominio casi completo sobre el Derecho de la energía, como el Derecho Administrativo, pues las actividades energéticas están sujetas, de un modo u otro, más o menos intensamente, a las potestades de alguna Administración Pública y, por exigencias del Derecho europeo, a una Administración Pública peculiar, cual es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. No existe el Derecho Administrativo de la energía, como tampoco existe el Derecho tributario de la energía, sino que existe el Derecho de la energía, a secas, una parte del ordenamiento, individualizado *ratione materiae*, que es el resultado de la suma de todas las posibles ramas del ordenamiento que afectan a la industria energética (administrativo, tributario, civil, mercantil, laboral...). Ahora bien, así individualizado, ese Derecho de la energía no sería distinto, esencialmente, a ninguno de las ramas jurídicas que se yuxtaponen por razón de la materia, salvo aquellas especialidades que puedan identificarse.

4. ¿Por qué otras realidades igualmente sujetas al Derecho no llegan a alcanzar el estatuto de una rama autónoma del ordenamiento? ¿Por ejemplo, el Derecho ornitológico? Vaya por delante que el hecho de que existan normas sobre los pájaros no supone que haya nacido una nueva rama del ordenamiento. En realidad, el Derecho de la energía no es un Derecho con sus propios principios (jurídicos), tan sólo ocurre que, a diferencia de otros ámbitos materiales donde también existen leyes específicas, la energía es un aspecto esencial, estratégico, para cada ciudadano, para toda la sociedad y, por ende, para los poderes públicos. Por esta razón puede hablarse de un Derecho de la energía, pero no se habla de un Derecho ornitológico. Para los juristas españoles, ambos Derechos (de la energía y ornitológico) se integran en la parte especial del Derecho Administrativo. Sin embargo, el Derecho de la energía, frente al Derecho de las aves, goza de una mayor visibilidad, por la mayor relevancia social, económica, estratégica, diplomática y geoestratégica de la energía. Esa relevancia explica que el número de normas jurídicas relativas a la energía es notablemente superior al de las normas sobre las aves. Esto explica que hablemos de un Derecho de la energía, pero que sea desconocido ese Derecho ornitológico (que, obviamente, existe). Muy probablemente, un ornitólogo y, en general, los medioambientalistas, discreparán al leer esta afirmación. Llevan razón, en la medida en que la razón para admitir que existe un Derecho de la energía y para negar, al mismo tiempo, que exista un Derecho ornitológico es meramente cuantitativa y no cualitativa.

2. Regulación energética

5.Cuál es la diferencia que hay entre la ley eléctrica y la ley de transportes? La diferencia estriba en sus diversas finalidades, tan dispares, tan alejadas (aun cuando confluyentes en algún punto, como la descarbonización). Aquí es donde aparece el concepto de regulación, que implica la acentuación de un aspecto del Derecho, cual es su carácter directivo o rector. Esto no es una novedad, porque el nacimiento mismo del Derecho Administrativo responde a esa función directiva del derecho, que no la había tenido hasta mediados del siglo XIX. El Derecho había sido considerado como una técnica reactiva, para la resolución del conflicto, sin propósito alguno de cambio jurídico o de empuje de la sociedad hacia un punto. Por supuesto que el Derecho ha tenido siempre una función Directiva, pero tal función directiva del Derecho se aceleró en extremo hace unos doscientos años, dando lugar al Derecho Administrativo, para mutarse en nuestros días en regulación...

6. Superficialmente, el ámbito de lo regulatorio vendría a coincidir hoy con el ámbito de aquello que nuestros maestros sistematizaron como el Derecho Administrativo especial. La palabra regulación no sería nada más que una nueva palabra para denominar aquella amalgama de intervenciones que se escondían dentro del Derecho Administrativo especial. Tratando de ir un tanto más allá de esa visión epidérmica, la palabra regulación vendría a expresar el reconocimiento de que el Derecho, en un amplio número de ámbitos, esté mezclado, contaminado, con otras ciencias y disciplinas. Es preciso un esfuerzo dirigido a deslindar ambas cosas (Derecho y regulación), en el bien entendido que no se trata de crear ningún espacio exento del Derecho. El desenmarañamiento de la madeja tiene dos finalidades principales: por un lado, contribuir a que el Derecho pueda cumplir con más eficacia su control del poder y, por otro lado, ubicar las discusiones propiamente regulatorias en las instituciones adecuadas, de manera que, perfeccionada la estructura y las funciones de determinadas instituciones, se evite que ese debate se traslade a los tribunales. De esa manera podríamos en España ir saliendo paulatinamente del agujero cavado a partir de la idea de que una buena regulación es una buena victoria en un pleito ante la Audiencia Nacional o ante el Tribunal Supremo. Resulta aquí innecesario detenerse en ponderar con detalle la relevancia del poder judicial en un Estado Social y Democrático y de Derecho. Sin necesidad de desarrollar aquí esa idea, sí es preciso subrayar cuán trascendente es para el enriquecimiento de un Estado de esa naturaleza la posibilidad de que todas las decisiones del Gobierno o de un ente regulador sean examinadas con criterios jurídicos (y, en su caso, anuladas), por un tribunal. Dado que ese examen tiene lugar ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, el Derecho Administrativo está llamado a tener un papel preponderante en el examen jurídico de las decisiones regulatorias. Sin embargo, esos mismos principios constitucionales abogan por un perfeccionamiento de la estructura regulatoria, de

manera que la regulación salga del bucle (negativo para todos los agentes de un sistema) consistente en que el órgano competente toma una decisión, la cual es impugnada antes los tribunales, quienes anulan o refrendan (varios años después de adoptada) esa decisión. Este bucle hunde sus raíces en un problema de cultura política, cual es la idea de que las empresas persiguen sólo su propio beneficio, mientras que los gobiernos persiguen el interés común o general, una dicotomía falsa que, aunque es ciertamente universal, cobra en España una especial fuerza.

7. No proliferan en España los trabajos sobre el concepto de regulación porque, en realidad, poco o nada ha cambiado en comparación con el momento en que se teorizó acerca de un Derecho Administrativo especial. En el fondo, estamos ante un mero cambio terminológico. El campo semántico que antes ocupaba el Derecho Administrativo especial es hoy ocupado por la regulación. No se siente la necesidad de hacer ningún esfuerzo conceptual de delimitación entre ambas cosas porque son lo mismo, para el entendimiento de una inmensa mayoría de especialistas. Si bien se mira, el nacimiento mismo del Derecho Administrativo acontece como una manifestación máxima de la vertiente directiva del Derecho, en el mismo momento en que la primera industrialización acelera el tránsito a una sociedad más compleja y necesitada de dirección. El Derecho Administrativo nace, precisamente, como un instrumento para ordenar esas realidades complejas y su protagonismo cristaliza con la consolidación del Estado Social en el siglo XX. El Derecho Administrativo es, pues, un Derecho regulador de la sociedad, que persigue una multiplicidad de fines económicos, sociales, culturales... Basta con examinar los contenidos de los libros escritos por los llamados *iniciadores* de la disciplina para advenir que el Derecho Administrativo está dirigido a ordenar y dirigir la vida ciudadana, a proveer la satisfacción de servicios públicos, y a la fomentación de diversas actividades. En definitiva, el Derecho Administrativo nació para que los sistemas sociales derivados de la primera revolución industrial fuesen eficientes y justos.

8. En realidad, cuando hablamos de Derecho de la energía, como algo autónomo, distinto de las demás ramas del ordenamiento, estamos realmente queriendo referirnos a la regulación de la energía, es decir, a la potenciación del aspecto directivo del Derecho, hasta convertirlo en regulación, en una ciencia distinta (no contraria, ni aislada) del Derecho. La regulación energética, en el tiempo presente, es la regulación de la transición energética, es decir, el conjunto de técnicas (entre las que sobresalen las de naturaleza jurídica), para conducir el sistema energética hacia uno descarbonizado. Esa condición directiva del Derecho en que consiste la regulación tiene hoy su máximo exponente en el hidrógeno renovable, puesto que no se trata de regular una *commodity* ya existente (el derecho, detrás de la vida, en este ejemplo, la tecnología), sino en desplegar una panoplia de instrumentos (jurídicos, también, y principalmente) para conseguir que surja un mercado de hidrógeno renovable (el derecho que crea la vida, en este caso una nueva *commodity*). La evolución que está experimentando la regulación energética de la transición es notable, porque la necesidad misma de descarbonizar se está erigiendo en un meta-principio donde la pregunta jurídica no es ya acerca de cuánta transición permiten los derechos adquiridos de las empresas, sino cuánta afectación puede admitirse sobre esos derechos adquiridos, sin llegar a dañar el Estado de Derecho, para que la transición sea posible¹.

9. Todo el planteamiento anterior (el Derecho de la energía como parte del Derecho Administrativo) sería descabellado en el ámbito anglosajón, sencillamente porque en ese sistema jurídico el Derecho Administrativo es el Derecho relativo al control judicial de la *discretion* gubernamental, o sea, la *judicial review of the administrative action*. Todo el polimórfico mundo del Derecho Administrativo se condensa en la *regulation*. Al mismo tiempo, en ese mundo anglosajón resulta meridianamente diáfano que una cosa es el Derecho (*law*) y otra cosa es la regulación (*regulation*), no como realidades opuestas,

¹ Esta idea está tomada de la ponencia presentada por la profesora Kaisa Huhta, de la *University of Eastern Finland*, titulada «Rethinking the right to property in the European low-carbon energy transition», en la 1st ELAWNET Conference “Energy Law in the light of the green transition towards net zero emissions”, los días 14 y 15 de mayo de 2024, en la Universidad de Oslo, Facultad de Derecho (Noruega).

ni independientes, sino como realidad distintas, pero unidas². De hecho, en la estructura de la mayoría de los (grandes) despachos de abogados de origen anglosajón, los departamentos de Derecho Público y de regulación están juntos.

III. Los principios del Derecho Global de la energía

1. Principio de seguridad del suministro

10. La seguridad del suministro consiste en la garantía de que todo consumidor que necesite consumir energía podrá satisfacer esa necesidad en cualquier momento. Con esa finalidad, las normas imponen diversas obligaciones a las empresas, también de inversión en mantenimiento y extensión de la infraestructura. Este principio no se refiere a la seguridad industrial, es decir, a la evitación de daños para las cosas o las personas. La seguridad industrial es importante en el Derecho de la energía, pero es un principio común a todas las actividades industriales (energéticas, o no). Cada país debe garantizar la seguridad del suministro de acuerdo con sus propias características, porque unos deben importar la mayoría de su energía y otros son exportadores. El fomento de las energías renovables, como el sol o el viento, tiene una ventaja medioambiental, pero también en términos de seguridad.

11. El art. 194, 2 (segundo párrafo), del TFUE establece que las medidas que adopte la UE para alcanzar sus objetivos energéticos no pueden afectar a las posibilidades de un Estado miembro de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético. Ahora bien, el TFUE contempla que el Consejo adopte, por unanimidad, medidas que de forma significativa a ambas cosas (art. 192, 2, letra c, del TFUE). Estas previsiones responden a lo que se ha llamado la *soberanía energética*, pero deben también ser entendidas como un reforzamiento de la soberanía estatal para garantizar la seguridad del suministro de energía en su territorio, mediante la elección de las fuentes más seguras. La soberanía está equilibrada con el principio de solidaridad, específico del Derecho europeo de la energía (art. 194 del TFUE)³.

12. Cuando la industrialización condujo a la instauración del gas natural y de la electricidad como fuentes principales de energía, la necesidad de garantizar la seguridad del suministro se hizo sentir desde el primer momento. Dado que ambas industrias energéticas se organizaron a comienzos del siglo XX como monopolios (ineluctablemente), el Derecho se vio enseguida en la necesidad de imponer sobre las empresas energéticas la obligación de prestar el servicio de forma regular y continua, algo que modernamente se designa como seguridad del suministro, inspirada en la *security of supply* anglo-norteamericana y que se expresa también como confiabilidad (*reliability*).

13. La invasión de Ucrania por parte de Rusia acentuó la importancia de la seguridad de suministro, y la respuesta de la UE, en términos energéticos, llegó con el plan *REPower EU*, el 18 de mayo de 2022⁴. Como respuesta al ataque, la UE reforzó su ambición en materia de sostenibilidad del sistema energético, con más renovables, más ahorro, más eficiencia energética y más diversificación. El plan *REPower EU* demuestra que los tres principios están interrelacionados y pueden llegar a exigirse unos a otros.

² Así, la entrada al *2023 Annual Report* en la página web del despacho de abogados *White & Case*, dice así: «Nuestro informe ofrece un nuevo modelo conceptual que demuestra cómo los desarrollos jurídicos y regulatorios acaecidos en todo el mundo están rediseñando la interconexión global».

³ El 28 de octubre de 2016, la Comisión adoptó la Decisión núm. C (2016) 6950 final, por la que se modificaron las condiciones establecida en una Decisión anterior (adoptada con fundamento en la Directivas sobre gas natural de 2003 y 2009) conforme a la cual el gasoducto OPAL (entre Alemania y la República checa, que es la sección terrestre del gasoducto *Nord Stream 1*) podía quedar exento de las normas relativas al acceso de terceros y a la normativa sobre tarifas. Impugnada por Polonia, el TJUE consideró que la Decisión vulneraba el principio de solidaridad energética: Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 10 de septiembre de 2019 (texto modificado mediante Auto de 20 de diciembre de 2019), dictada en el asunto T-883/16.

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité europeo de las regiones «Plan REPower EU55», COM (2022) 230 final, Bruselas, 18.5.2022.

1.1. Accesibilidad y asequibilidad de los servicios energéticos modernos. La protección de los consumidores vulnerables y la lucha contra la pobreza energética

14. Para la consecución de un desarrollo sostenible (particularmente en los países en vías de desarrollo), se habla desde hace ya más de veinte años de la necesidad de garantizar que todas las personas tengan acceso a unos *servicios energéticos modernos*⁵. El Objetivo de Desarrollo Sostenible número 7 de Naciones Unidas se refiere a la necesidad de asegurar que todos tengan acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna⁶. La organización internacional ‘*Sustainable Energy for All*’ (SEforALL) trabaja para que ese objetivo se consiga más rápidamente⁷.

15. El principio de acceso a unos servicios energéticos modernos es una parte esencial del principio de seguridad del suministro, pero también de los otros dos principios estructurantes, pues debe tratarse de una energía asequible (en términos económicos) y sostenible (en términos medioambientales). La seguridad del suministro es la seguridad del suministro de todos y cada uno de los consumidores del Estado, más las reservas adicionales que se dispongan en casos de escasez o de interrupciones.

16. El esfuerzo por asegurar que todos los habitantes del planeta tienen acceso a unos servicios energéticos modernos ha de ser entendido en ese contexto de seguridad del suministro. Hay todavía una gran parte de la población mundial sin acceso a fuentes de energía seguras y limpias, sobre todo en el África sub-sahariana. Debe reconocerse que se han hecho grandes progresos en los últimos treinta años. En este punto alcanza la mayor intensidad el debate acerca de si el derecho a acceder a los servicios energéticos modernos constituye un derecho humano, y el papel que los Estados y sus tribunales pueden jugar en la garantía de este derecho.

17. El esfuerzo por garantizar el acceso universal a los servicios energéticos modernos constituye el meollo de la lucha contra la pobreza energética (entendida como ausencia de acceso a la energía o como falta de recursos económicos para pagar esa energía) y de la implantación de la justicia energética. En la UE, el llamado ‘cuarto paquete’ o ‘paquete de invierno’ (que conllevó la aprobación de ocho Directivas y Reglamentos) entre 2018 y 2019, se denominó ‘energía limpia para todos’. En la UE, esta aspiración de Naciones Unidas se ha vehiculizado mediante varios instrumentos. Las normas europeas sobre el Mercado Interior de la electricidad y del gas natural imponen varias obligaciones a los Estados miembros, como la de garantizar el derecho a un servicio universal en el ámbito eléctrico, es decir, el derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios competitivos, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios⁸. La DE tiene por finalidad garantizar que los consumidores europeos paguen precios asequibles de electricidad⁹. Como se aprecia, el principio de seguridad (en su versión de accesibilidad y asequibilidad) se traduce en el establecimiento de un derecho (al servicio universal). En otras regiones la accesibilidad y/o asequibilidad de la energía eléctrica puede ser un principio (entendido como aspiración), pero en la UE es ya un derecho. Los Estados Miembros deben proteger a los clientes vulnerables, tanto en el sector eléctrico, como en sector del gas natural. Contienen previsiones expresas sobre la pobreza energética y admiten que los Estados miembros impongan sobre las empresas energéticas obligaciones de servicio público relativas a la protección de los consumidores¹⁰.

⁵ The United Nations Development Programme, The United Nations Department of Economic and Social Affairs, and the World Energy Council, *World energy assessment: energy and the challenge of sustainability*, United Nations Development Programme, Nueva York 2000, disponible en

[D:/datos/descargas/World%2520Energy%2520Assessment-2000.pdf](#)

⁶ Véase el epígrafe I, 3, período 2010-2020 y nota 21.

⁷ www.seforall.org

⁸ Art. 27 de la Directiva núm. 2019/944/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (en adelante, DE: DOUE L 158, de 14 de junio de 2019)

⁹ Art. 1 de la DE.

¹⁰ Arts. 9, 28 y 29 de la DE y art. 3 de la Directiva núm. 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio

1.2. Principio de resiliencia

18. Se habla de la resiliencia como una cualidad añadida a la confiabilidad y a la seguridad del suministro. El transporte de electricidad presenta más dificultades que el de los combustibles fósiles, porque son productos almacenables). La imposibilidad (hasta tiempos recientes) de almacenar electricidad explica el contenido de una gran parte del Derecho eléctrico de los últimos cien años. Esta circunstancia invita a prestar particular atención a la resiliencia del sistema eléctrico frente a agentes perturbadores, como las catástrofes naturales o los ciberataques. Deben realizarse más inversiones para reducir el impacto de esas interrupciones, proporcionar rutas alternativas al transporte eléctrico y facilitar una rápida vuelta a la operación normal. La masiva introducción de fuentes renovables de energía para la producción de electricidad (sol y viento, principalmente) y la desaparición de un sistema centralizado de despacho de grandes unidades de generación, imponen un reto a las redes eléctricas, porque se transita hacia la generación distribuida y, por tanto, la descentralización. Las redes deben seguir siendo resilientes.

2. Principio de eficiencia económica

19. El principio de eficiencia económica exige que el suministro de energía se haga al menor coste posible. El principio podría haberse formulado, a secas, como principio de eficiencia, pero en asuntos energéticos existe el riesgo claro de confundir la eficiencia (económica) con la eficiencia energética, algo bien distinto. La eficiencia energética es otro principio nuclear del Derecho de la energía contemporáneo, pero que persigue una reducción del consumo de energía, por ejemplo, mediante la mejora de los sistemas productivos y de las condiciones de aislamiento de edificio. El objetivo de eficiencia económica se alcanza mediante la libre competencia en el mercado y la libertad de empresa¹¹, sin perjuicio de la necesaria regulación. El primer objetivo de la UE en materia de energía es garantizar el funcionamiento del mercado de la energía (art. 194, 1, letra a, del TFUE).

20. Variadas constituciones reconocen, como derecho público subjetivo, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también, por supuesto, en el sector de la energía. La libertad de empresa y la competencia pertenecen a las libertades nucleares de un sistema constitucional democrático, porque el poder económico de los monopolios y los oligopolios no sólo es una amenaza para los usuarios y para la eficiencia económica, sino también para el propio poder político. Este derecho tiene que ser protegido y garantizado por los poderes públicos, quienes han de defender igualmente la productividad.

21. En los inicios de la liberalización, la libre competencia se proclamó sobre todas las actividades energéticas, como consecuencia de un exceso ideológico. Progresivamente, el propio ordenamiento se ha ido refinando para distinguir entre unas actividades liberalizadas y unas actividades reguladas. Están liberalizadas, por ejemplo, la producción y la comercialización de electricidad, sujetas al principio de libre competencia. Son actividades reguladas, fundamentalmente, el transporte y la distribución de gas y electricidad, donde la competencia no es posible o lo es limitadamente y han de ser objeto de regulación, como sustitutivo de la competencia, por concurrir elementos propios de un monopolio natural.

de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (en adelante, DG: DOUE L 211, de 14 de agosto de 2009).

¹¹ Entre otras muchas referencias, véase el Considerando núm. 22 del Reglamento núm. 2019/943/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019 relativo al mercado interior de la electricidad (en adelante, RE: DOUE L 158, de 14 de junio de 2019): «Los principios esenciales del mercado deben establecer que los precios de la electricidad sean determinados por la oferta y la demanda. Esos precios han de señalar cuándo se necesita electricidad, ofreciendo así incentivos basados en el mercado (...)»

2.1. Técnicas de equilibrio de la libertad de empresa con (otras) exigencias de interés general

Planificación y regulación:

22. Se ha abierto paso la expresión *interés general*, a costa de la expresión *interés público*, de manera tal que la defensa del derecho público subjetivo a la libertad de empresa (en un libre mercado donde hay competencia entre operadores) es una exigencia derivada del interés general. Otras finalidades de interés general distintas pueden imponer modulaciones, limitaciones o excepciones al disfrute de ese derecho, o al marco de libertad económica donde se ejercita. Estas limitaciones son frecuentes en el Derecho de la energía, como la planificación o la regulación¹².

23. Con la liberalización energética se abandonó el modelo anterior de planificación vinculante en la energía (por ejemplo, sobre las centrales de producción eléctrica), porque generaba sobrecapacidad e ineficiencia económica. No obstante, en materia de infraestructura de transporte se ha mantenido la planificación vinculante, porque el mercado no proporcionaría siempre las señales económicas a las empresas sobre dónde, cuándo y en qué invertir. El Derecho de la UE ha venido reforzando en años pasados la necesidad de la planificación del transporte, con una perspectiva europea, pero a partir de la planificación que hagan las propias empresas encargadas de la red de transporte (*bottom up*)¹³.

24. Precisamente por la necesaria regulación en algunos sectores energéticos he preferido designar al principio aquí analizado como *principio de eficiencia económica* más que como *principio de libre competencia*, porque en el sector energético hay algunos ejemplos de cómo la mayor eficiencia económica no se alcanza con la competencia, sino con la regulación de monopolios naturales. La competencia en el mercado alcanza de modo óptimo la eficiencia asignativa (*allocative efficiency*), contribuyendo así a la justicia conmutativa. Es el caso de los mercados de energía. A veces esa competencia no es posible (o lo es muy limitadamente) en el sector energético. La red de transporte, por ejemplo, es un monopolio natural, donde la eficiencia económica radica en la existencia de un solo prestador. En esas ocasiones surge la regulación económica como sustitutivo de la competencia en favor de la eficiencia redistributiva, que es también un tipo de eficiencia económica, y que contribuye a la justicia social.

2.2. Derecho a la propiedad privada en el sector energético. El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales y sus manifestaciones (dominio público y soberanía energética)

25. La libertad de empresa va acompañada del reconocimiento del derecho a la propiedad privada, que debe ser respetado también en el sector energético. La función social de la propiedad delimita su contenido, una función que explica la detallada delimitación legal de los derechos y obligaciones de los propietarios de activos energéticos. Es el caso de las obligaciones de acceso y de separación impuesta sobre las redes de transporte y electricidad, dada su ineludible concurrencia en la creación de un mercado de la energía.

26. De conformidad con el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esa Convención y otras normas de derecho internacional.

¹² La jurisprudencia subraya la compatibilidad entre la libre competencia y «una intervención administrativa más o menos intensa en virtud de su incidencia en intereses generales, como lo es la actividad de producción de energía eléctrica»: STS núm. 320/2020, de 12 de marzo de 2020 (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, ES:TS:2020:763).

¹³ Para los planes decenales de las redes de transporte de electricidad y de gas, véase, respectivamente, el RE y el Reglamento (CE) núm. 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1775/2005 (DOUE núm. L 211, de 14 de agosto de 2009).

27. La institución del dominio público, existente en varias jurisdicciones, es una expresión del principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales, propio del Derecho internacional público y estrechamente unido al principio democrático. También es manifestación de ese principio el art. 194, 2 (segundo párrafo), del TFUE, que establece que las medidas que adopte la UE para alcanzar los objetivos energéticos establecidos en el apartado 1 de ese precepto no pueden afectar al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos¹⁴.

2.3. Eficiencia económica y digitalización:

28. La digitalización del sector energético tiene beneficios sobre los costes energéticos y permite multiplicar la eficiencia. Mediante la digitalización se consigue, por ejemplo, que existan unas redes inteligentes y unos contadores inteligentes. Permite gestionar de manera más adecuada la generación renovable, introducir medidas de eficiencia energética, incorporar tecnologías innovadoras (por ejemplo, de almacenamiento) y, sobre todo, gestionar el consumo. La digitalización va a fomentar la respuesta de demanda (la flexibilidad de la demanda eléctrica, tradicionalmente inelástica)¹⁵, la generación flexible, la interconexión y la activación del papel del consumidor en el sistema.

3. Principio de sostenibilidad medioambiental

29. En virtud de la sostenibilidad ambiental, se ha de perseguir que el suministro de productos energéticos produzca un daño mínimo o nulo sobre el medio ambiente. En el sector energético, la sostenibilidad y la protección medioambiental son conceptos casi intercambiables. El art. 11 del TFUE manda que las exigencias de la protección del medio ambiente se integren en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. Y uno de los objetivos energéticos de la UE es fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables (art. 194, 1, letra c).

30. El Derecho medioambiental, el Derecho del cambio climático y el Derecho de la energía están interrelacionados. La industria energética es responsable de la mayoría de las emisiones de GEI y, por tanto, del cambio climático derivado del calentamiento global. El Derecho de la energía no ha conseguido una individualización tan intensa. Tanto el Derecho medioambiental, como el Derecho del cambio climático, han desarrollado algunos principios, que han sido incorporados a los ordenamientos jurídicos y son aceptados por los profesionales y empresas de ese ámbito. Para algunos especialistas, el Derecho de la energía ha nacido como una especialización del Derecho medioambiental y de los recursos naturales, pero debe defenderse la sustantividad propia del Derecho de la energía.

3.1. La sostenibilidad medioambiental significa hoy, primariamente, descarbonización (neutralidad carbónica):

31. La combustión indiscriminada de energías fósiles (hidrocarburos y carbón) durante los últimos doscientos años ha sido dañina para el medio ambiente. Concretamente, la emisión de GEI (donde la mayor responsabilidad corresponde a la industria energética), es la causa fundamental del cambio climático derivado del calentamiento del planeta. Hay una creciente y justificada alarma social ante ese fenómeno.

¹⁴ El principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales fue proclamado por la Resolución núm. 1803 (XVII) of 14 de diciembre de 1962, de la Asamblea General de Naciones Unidas y recogida en otros variados instrumentos internacionales.

¹⁵ I. HERRERA ANCHUSTEGUI, y A. FORMOSA (2019), «Regulation of Electricity Markets in Europe in Light of the Clean Energy Package: Prosumers and Demand Response». Disponible en

^SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3448434>

32. Desde la adopción del Protocolo de Kioto en 1997 hasta la aprobación del Acuerdo de París de 2015, el objetivo de la sostenibilidad se ha focalizando en la reducción de las emisiones de GEI a la atmósfera. En medio de ambos instrumentos internacionales, e impulsándolos, se encuentran otras dos iniciativas de Naciones Unidas: el Acuerdo del Milenio 2000 y la Agenda 2030 (con sus objetivos de desarrollo sostenible)¹⁶. En París se acordó mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2° C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5° C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático. Para cumplir ese objetivo se propuso una rápida reducción de las emisiones de GEI –y el consiguiente descenso del uso de combustibles fósiles- en la segunda mitad del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza. La reducción debe ir acompañada de otras medidas, como el secuestro y captura de emisiones y la compensación de carbono. En resumen, se persigue la neutralidad de carbono (que se emita la misma cantidad CO₂ a la atmósfera de la que se retira por distintas vías), para alcanzar la *huella cero de carbono*. Ese esfuerzo debe ir acompañado por la introducción masiva de fuentes renovables de energía, principalmente para la producción de electricidad, por el aumento de la eficiencia energética y la conservación de energía.

33. La descarbonización es un objetivo prioritario de la política energética de una mayoría de países del mundo, con la UE a la cabeza, que persigue convertirse en una región baja en carbono en 2050. La UE diseñó en 2015 una nueva política energética, con el nombre de Unión de la Energía (*Energy Union*, en inglés)¹⁷, donde la descarbonización es uno de los cinco pilares. En ese contexto se aprobó un ambicioso paquete normativo entre 2018 y 2019 (el llamado *paquete de invierno* o cuarto paquete), con el lema *Clean Energy for All Europeans*. Destaca, en materia de sostenibilidad medioambiental, el Reglamento de Gobernanza¹⁸, transido de la necesidad de una estrategia para la neutralidad carbónica en 2050. La Comisión Europea surgida de las elecciones de 2019 promovió un *Pacto Verde Europeo*, donde la descarbonización era también la prioridad¹⁹, y donde se anunciaba, para marzo de 2020, una Ley del Clima para que quedara consagrado legislativamente el objetivo de la neutralidad climática.

34. En diciembre de 2020, los líderes europeos acordaron incrementar el objetivo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a 2030 hasta, al menos, el 55%, respecto de 1990, frente al 40% anterior, de ahí el nombre «Objetivo 55» (*Fit for 55*). Ese compromiso se introdujo en la *Ley europea del Clima*, aprobada en 2021²⁰. Como continuación de la *Ley europea del Clima*, la Comisión adoptó el 14 julio de 2021 el conjunto de propuestas del paquete *Fit for 55*, encaminadas a revisar la normativa energética y climática europea y establecer nuevas iniciativas legislativas con vistas a cumplir con la reducción neta de gases de efecto invernadero fijado para la década 2020-2030²¹. El paquete *Fit for 55*, cuyos objetivos finales son garantizar una transición equitativa y socialmente justa, mantener y reforzar la innovación y la competitividad de la industria de la UE, garantizando al mismo tiempo la igualdad de condiciones frente a operadores económicos de terceros países y mantener la posición de

¹⁶ Véase el epígrafe I, 3, período 2010-2020.

¹⁷ *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, COM (2015) 80 final, Bruselas, 25 de febrero de 2015.

¹⁸ Reglamento núm. 2018/1999(UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima: DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018.

¹⁹ *El Pacto Verde Europeo*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM (2019) 640 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2019. Sobre los EE.UU., véase M. B. GERRARD y J. C. DERNBACH (editores) (2019), *Legal pathways to deep decarbonization in the United States*, Washington: Environmental Law Institute.

²⁰ Reglamento (UE) 2021/1119, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima») (DOUE L 243, de 9 de julio de 2021).

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones «Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática, COM (2021) 550 final, Bruselas, 14.7.2021

liderazgo de la Unión en la lucha global contra el cambio climático. El paquete previó un buen número de medidas legislativas para actualizar los objetivos de reducción de emisiones de los Estados miembros en línea con el plan de objetivos climáticos para 2030. Fueron las siguientes: revisión del régimen de comercio de derechos de emisión de la UE, revisión de la fiscalidad de la energía, despliegue de infraestructura para los combustibles alternativos, iniciativa sobre los combustibles sostenibles en la aviación, iniciativa sobre los combustibles con bajas emisiones de carbono en el transporte marítimo, regulación de las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO² de los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos, reforma del mecanismo de ajuste en frontera de las emisiones de carbono, reforma del reparto del esfuerzo entre los Estados miembros para las actividades no incluidas en el régimen de comercio de derechos de emisión, reforma de la Directiva de fuentes de energía renovables, reforma de la Directiva de eficiencia energética, revisión del Reglamento sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de GEI resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura, y la creación del fondo social para la acción climática.

35. Como consecuencia de la invasión rusa de Ucrania, la UE diseñó una respuesta, también en términos energéticos, que condujo a la adopción del plan *REPower EU*, el 18 de mayo de 2022, donde se acentúa la necesidad de alcanzar la independencia energética respecto de Rusia y, por tanto, de potenciar las fuentes de energía autóctonas, como las fuentes renovables y la mejora de la eficiencia energética. Con este documento y los que le acompañaban, se aumentó la ambición de la UE en materia de reducción de penetración de energías renovables, de eficiencia energética y de diversificación de los suministros de energía²².

36. Entre otros frutos de esas políticas se encuentran las nuevas Directivas en materia de eficiencia energética, de 2023 y 2024, respectivamente²³, así como la Directiva en materia de renovables, de 2023, que establece una cuota de al menos un 42,5 % de energías renovables en el consumo final bruto en 2030²⁴.

3.2. Principio de uso prudente, racional y sostenible de los recursos naturales

37. El Derecho internacional se refiere en variados instrumentos al principio de uso sostenible de los recursos naturales y muy particularmente en el UNFCCC y documentos ancilares. El art. 191, 1, del TFUE dispone que la política de la UE en el ámbito del medio ambiente debe contribuir a alcanzar el objetivo de la utilización prudente y racional de los recursos naturales (que incluyen los recursos energéticos).

3.3. La descentralización y empoderamiento del consumidor

38. La descarbonización y la digitalización van a tener como consecuencia la descentralización y el consiguiente empoderamiento del consumidor. En los últimos cien años los sistemas eléctricos nacionales se centralizaron, en el sentido que la demanda eléctrica se satisfacía con unas cuantas grandes y limitadas unidades de producción, de gran potencia, conectadas con los centros de consumo mediante redes de transporte y distribución. Esta realidad justificaba la atracción de la mayoría de las competen-

²² Véase la nota. 7.

²³ Por un lado, está la Directiva (UE) 2023/1791 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 relativa a la eficiencia energética y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955 (refundición) (DOUE L 231, de 20 de septiembre 2023). Por otro lado, está la Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición) (DOUE L 1275, de 8 de mayo de 2024).

²⁴ Art. 3,1 de la Directiva núm. 2018/2001/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 328, de 21 de diciembre de 2018), según la redacción que le dio la Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifica la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo (DOU L 2413, de 31 de octubre de 2023).

cias a favor del poder central. Aquellas grandes unidades de producción serán cerradas porque contaminan (centrales de carbón), o porque su uso no goza del apoyo político suficiente (nucleares). No existe futuro para nuevas grandes centrales hidroeléctricas, distintas de la existentes, por sus grandes costes económicos y medioambientales. La potencia térmica y de carbón que se vaya cerrando va a ser sustituida por ciclos combinados de gas natural, por potencia eléctrica de origen renovable, en la modalidad de centrales fotovoltaicas o eólicas grandes o, más probablemente, por autoconsumo individual o colectivo.

39. Habrá una descentralización porque el poder de decisión acerca de cuánto, cuándo y qué se consume estará cada vez más en manos del consumidor (demanda), y no en manos del productor (oferta). Esto llegará al punto que una gran cantidad de electricidad consumida habrá sido producida por el propio consumidor (autoconsumo o autoproducción). Este proceso va a cambiar el sistema centralizado, hacia uno descentralizado. La descentralización energética es primariamente un fenómeno energético, que tendrá consecuencias en la distribución de las competencias políticas sobre esta materia. En un contexto de mayor participación de las renovables, la conexión de los sistemas nacionales entre sí, mediante redes transfronterizas, sigue siendo un objetivo trascendental, para asegurar el suministro y fomentar la cooperación entre sistemas. Los sistemas eléctricos nacionales seguirán manteniendo la red interconectada. Habrá, pues, mayor interconexión mediante redes nacionales e internacionales, pero eso no significará una mayor centralización, pues el origen de la electricidad será descentralizado.

Conclusión. Hacia el nacimiento de un Derecho energético transnacional

40. El Derecho de la energía ha adquirido una gran importancia en las últimas décadas. Dudosamente puede seguir siendo considerado como un componente de la llamada parte especial del Derecho Administrativo. Esta disciplina alcanza su impulso con ocasión de los procesos de liberalización y privatización, y posterior regulación, hace treinta años. Antes de esa fecha, dado que existían monopolios verticalmente integrados, en mano pública, esta rama del ordenamiento era más fácilmente encuadrable dentro del derecho Administrativo, Por supuesto que el Derecho Administrativo se aplica profusamente sobre las actividades energéticas, pero eso no justifica ni que ese Derecho sea llamado Derecho de la energía (pues sigue siendo Derecho Administrativo), ni que el Derecho de la energía sea considerado como una parte del Derecho Administrativo. En realidad, aquello que individúa el Derecho de la energía respecto del Derecho Administrativo es la regulación energética. En realidad, cuando hablamos de Derecho de la energía, hablamos de regulación energética, para expresar una vertiente del Derecho, la directiva, que tiene en nuestros días la expresión máxima en la regulación para la transición: la regulación es la conducción del sistema energético hacia un nuevo modelo descarbonizado, basado en las energías renovables, tarea en la cual el derecho es un instrumento decisivo. Los principios del Derecho de la energía (seguridad, eficiencia económica y sostenibilidad) son principios rectores, jurídicos en la medida en que han sido incorporados al Derecho positivo. Esos principios constituyen y pueden reclamar para sí, con justicia, la naturaleza de principios de un derecho internacional transnacional. La liberalización del sector energético tuvo como consecuencia el aumento exponencial de las transacciones y, con ellas, la aparición de un conjunto de elementos propios de un Derecho transnacional de la energía. Puede ser definido como el conjunto de principios y normas surgido de la práctica comercial internacional en el sector energético, con unas fuentes propias, fundamentalmente los usos comerciales, y unos medios de solución de los conflictos de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los tribunales internacionales, a través del arbitraje²⁵.

²⁵ Diccionario panhispánico del español jurídico. Voz «Derecho internacional transnacional» <https://dpej.rae.es/lema/derecho-internacional-transnacional>

Cittadinanza italiana under evolution e cittadinanza europea *under stress*: vecchie o nuove “frontiere” mobili?

Italian citizenship under evolution and European Union citizenship under stress

ANGELA DI STASI*

*Professore ordinario di Diritto internazionale e di Diritto dell’Unione europea
Università degli Studi di Salerno*

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8927

Abstract: A più trenta anni dalla consacrazione normativa – mediante il Trattato di Maastricht – della cittadinanza dell’Unione europea, il presente contributo è finalizzato a sottoporre tale nozione ad una rilettura critica. L’obiettivo è quello di accertarne, nel divenire del processo di integrazione europea, le eventuali potenzialità espansive e (anche) il grado di permeabilità rispetto alle dinamiche evolutive che hanno interessato e continuano ad interessare la (coesistente) cittadinanza nazionale.

Quali possono essere, dunque, le dimensioni attuali e le “frontiere” di una cittadinanza nazionale permanentemente under evolution e quali quelle di una cittadinanza europea che, divenuta da tempo molto più di una market citizenship, sembra apparire under stress?

Keywords: Cittadinanza dell’Unione europea, cittadinanza nazionale, cittadinanza italiana, cittadinanza sociale, nuovi status di immigrazione regolare, soggiornanti di lungo periodo.

Abstract: The purpose of this paper is to subject European Union citizenship to a critical review, over thirty years after its legislative provision through the Maastricht Treaty. The objective is to ascertain, as the European process evolves, its possible expansive potential and (also) its degree of permeability with respect to the evolutionary dynamics that have affected and continue to affect the (coexisting) national citizenship.

What, then, may be the new “borders” of a national citizenship that is permanently under evolution, and what are the ones of a European citizenship, that, having long since become much more than a market citizenship, appears to be “under stress”?

Keywords: European Union citizenship, national citizenship, italian citizenship, irregular migration new status, long term residents.

Sumario: 1. Trasformazioni dell’istituto della cittadinanza e “fissures” nel “tempio” della cittadinanza europea e in quello della cittadinanza nazionale. – 2. Il percorso evolutivo della cittadinanza italiana – 3. La cittadinanza europea under stress. – 4. (segue) Il forzato “dinamismo” della nozione di cittadinanza europea rispetto all’emersione di nuovi status. – 5. Novae e vetero “frontiere” della cittadinanza e possibili sviluppi.

*adistasi@unisa.it.

**Il contributo, per quanto declini il tema del rapporto tra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale alla luce dell’ordinamento europeo italiano, assume come imprescindibile punto di riferimento la monumentale opera diretta da ALFONSO-LUIS CARLO CARAVACA e J. CARRASCOSA GONZALÉS, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, 2020.

1. Trasformazioni dell'istituto della cittadinanza e "fissures" nel "tempio" della cittadinanza europea e in quello della cittadinanza nazionale

1. La finalità del presente contributo destinato, come modesto tributo, agli *Studia Amicorum Carlo Caravaca*** è quella di sottoporre la nozione di cittadinanza europea ad una rilettura al fine di accertarne, nel divenire del processo di integrazione europea¹, le eventuali potenzialità espansive e (anche) il grado di permeabilità rispetto alle dinamiche evolutive che hanno interessato e continuano ad interessare la (coesistente) cittadinanza nazionale nonché di esplorare i termini di un equilibrio, permanentemente fluido, tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea².

2. Il riferimento sarà, per il concetto di cittadinanza nazionale, alla sua connotazione nell'ordinamento italiano nella piena consapevolezza delle importanti diversità che caratterizzano, sotto il profilo tecnico-giuridico, il riferimento, in altri ordinamenti di paesi europei (e in particolare in quello spagnolo), alla nozione di *nacionalidad* e a quello di *ciudadanía*³.

3. Orbene, sotto l'effetto di fattori interni ed esterni all'UE, gli sviluppi normativi più recenti – a livello di diritto derivato – e soprattutto i consistenti approdi giurisprudenziali, sembrerebbero ridimensionare la novella apportata dal Trattato di Lisbona fino a far configurare una sorta di declino della stessa nozione di cittadinanza europea⁴.

4. Invero, se quest'ultima "beyond Brexit"⁵ ha rappresentato un tema ampiamente esplorato in dottrina, nondimeno non manca di risultare di qualche interesse l'individuazione di ulteriori *novae* "frontiere" che si aggiungono alle *veteres* "frontiere" e che, caratterizzandola *ab intra* e *ab extra*, ne stanno determinando, secondo alcuni, una "existential crisis"⁶.

5. Attesa la non neutralità rispetto ai processi storici in atto degli stessi modelli di acquisto della cittadinanza nazionale, la chiave di lettura utilizzata in questo contributo si fonda, al tempo stesso, sul convincimento dello stretto rapporto intercorrente tra cittadinanza e identità nazionale⁷ ma anche sul delicato equilibrio tra cittadinanza e nuovi modelli (anche culturali) di integrazione sociale e politica, senza dimenticare il collegamento *mobile* tra cittadinanza/nazionalità e sovranità⁸.

¹ Si rinvia alle riflessioni collettanee condotte nei volumi di A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023 e di A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Atti del Convegno interinale SIDI, Salerno 18-19 gennaio 2018, Napoli, 2018. Sulla pluralità di nozioni di cittadinanza (da quella di tipo classico a quelle non strettamente giuridica) v. B. NASCIBENE, *La cittadinanza: un rinnovato interesse per i profili di diritto interno, internazionale e europeo*, in *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, n. 1, pp. 1-5.

² Sugli *ongoing developments* del concetto di *nationality*, che ha determinato «*the progress towards new forms of assimilation between alien and citizen*», v. B. NASCIBENE, *Nationality Law and the Law of Regional Integration Organisation. Towards New Residence Status*, Leiden/Boston, 2022, cap. I e in part. p. 13. Ivi v. anche il cap. II sul ruolo «*paradigmatic*» della cittadinanza europea nel definire «*a status where traditional nationality expands and evolves*» (p. 165). Sulle questioni attuali in tema di nazionalità v. A.L. CARLO CARAVACA *Prologo* al volume di A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Cuestiones prácticas actuales de Derecho de la nacionalidad y de la extranjería*, Cizur Menor, 2018, pp.15-16.

³ Si rinvia per tutti a B. ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del estado constitucional democrático*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2005, gen.-mar., pp.129-160.

⁴ Cfr. A. YONG, *The Rise and Decline of Fundamental Rights in EU Citizenship*, Oxford, 2019.

⁵ V. per tutti D. KOSTAKOPOULOU, *EU Citizenship Law and Policy. Beyond Brexit*, Cheltenham, 2020. Cfr., tra gli altri, la *Special Section "EU Citizenship in Times of Brexit"*, curata da E. MUIR, N. CAMBIEN in *European Papers*, 2018, n. 3.

⁶ V. O. GARDNER, *The Existential Crisis of Citizenship of the European Union: The Argument for an Autonomous Status*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018, n. 20, pp. 116-146.

⁷ V. R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze*, cit., pp. 215-240.

⁸ Sulla configurazione del *law of nationality* come «*the last bastion in the citadel of sovereignty*», nel quadro della progressiva affermazione di una soggettività internazionale ancorché limitata in capo all'individuo, v. B. NASCIBENE, *Nationality Law*, cit., in part. p. 165. Sia consentito anche il richiamo, con riferimento alla soggettività internazionale dell'individuo, a A. DI STASI, *La personalità internazionale dell'individuo: contenuto e limiti di una possibile "soggettività" attiva nell'ordinamento internazionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2012, pp. 191-222.

6. Alla luce di queste premesse quali possono essere, dunque, le nuove “frontiere” di una cittadinanza europea che, divenuta da tempo molto più di una *market citizenship*⁹, sembra apparire *under stress*¹⁰? E quali possono essere le “nuove” frontiere di una cittadinanza nazionale (in particolare quella italiana che costituirà oggetto di questa disamina) permanentemente *under evolution*, anche in ragione degli effetti delle migrazioni internazionali?¹¹

7. Le “*fissures*” che sembrerebbero essersi create, tanto nel “tempio” della cittadinanza europea¹² quanto – con modalità diverse – in quello della cittadinanza nazionale fino al punto di far prefigurare una sorta di declino di tale istituto giuridico, retroagiscono, peraltro, molto al di là degli attuali fattori di “criticità”¹³.

8. È noto che l’istituto della cittadinanza europea (e anche la cittadinanza nazionale) ha dovuto misurarsi da sempre – e continua a farlo – con un processo di attraversamento di confini culturali ed identitari ma anche di confini spaziali e temporali, sotto spinte di segno opposto che sovente si cumulano. Esse emergono, con evidenza, oltre che nella giurisprudenza delle Corti costituzionali, nelle giurisprudenze, talora spiccatamente “creative”, della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti umani¹⁴ nonché dalla forza “attrattiva” rappresentata dalla teorica dei diritti fondamentali¹⁵.

9. D’altra parte l’internazionalizzazione delle comunità nazionali anche per effetto delle conseguenze dei flussi migratori e la tendenziale caduta dei confini territoriali, coniugate all’emersione di ulteriori modelli culturali e sociali di vita familiare – che fanno venire in rilievo nuovi *status personae* e *familiae* (e le implicazioni inerenti, ad esempio, alla maternità surrogata o alla disciplina di conflitto delle unioni civili)¹⁶ – hanno accentuato, negli ultimi tempi, le menzionate dinamiche evolutive; al contempo hanno rafforzato l’interesse alla ridefinizione del collegamento, sempre più fluido, fra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell’UE¹⁷ mentre restano aperte – risultando potenzialmente suscettibili

⁹ Cfr. N.N. SHUIBHNE, *The Resilience of EU Market Citizenship*, in *Common Market Law Review*, 2010, n. 6, p. 1597 ss.

¹⁰ Si richiama il titolo del volume curato da N. CAMBIEN, D. KOCHENOY, E. MUIR, *European Citizenship under stress*, Leiden, 2020. Per una compiuta disamina dei diritti inerenti alla cittadinanza europea v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Torino, 2017.

¹¹ V., da ultimo, A. DI STASI, I. CARACCILO, G. CELLAMARE, P. GARGIULO, *International Migration and the Law. Legal Approaches to a Global Challenge*, London-New York, 2024.

¹² Così M. STEINFELD, in *Fissures in EU Citizenship. The Deconstruction and Reconstruction of the Legal Evolution of EU Citizenship*, Cambridge, 2022, che sottopone ad una revisione critica i “*core concepts*” della cittadinanza europea alla luce di un “*critical constructivist approach*” che, sebbene non scevro da un certo coefficiente di pessimismo, trova comunque ragioni di speranza nell’evoluzione della cittadinanza europea ma anche della stessa UE.

¹³ Intendo riferirmi agli effetti delle cd. ricorrenti “emergenze” migratorie ma anche a quelli della circolazione degli *status* familiari nonché all’affievolimento delle garanzie dei diritti sociali, in tempi di crisi, con il *favor* per la sostenibilità dei sistemi di assistenza nazionale più che per la tutela del cittadino europeo. Oltre alle conseguenze della Brexit non sembra possano dimenticarsi le “ricadute” che nuove proiezioni dello *status* di cittadino – anche sotto il profilo del rafforzamento della democrazia rappresentativa e partecipativa – sono suscettibili di comportare rispetto alla nozione classica di cittadinanza. Penso, in particolare, al potere di pre-iniziativa legislativa dei cittadini europei mediante l’ICE o alla loro partecipazione ai lavori della Conferenza sul futuro dell’Europa o alla cd. “europeizzazione” delle elezioni del Parlamento europeo.

¹⁴ Basti pensare a come lo *status civitatis*, pur in mancanza di espresa previsione normativa nella CEDU, abbia trovato, in talune circostanze e soprattutto con riferimento ai migranti, nel *case law* della stessa Corte di Strasburgo, una propria tutela nella garanzia della vita privata e familiare.

¹⁵ A fronte della scarsa rilevanza della prospettiva internazionalprivatistica. V. C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze*, cit., pp. 137-160.

¹⁶ V. M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l’acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell’Unione Europea*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 347-379 e L. RICCARDI, *La cittadinanza dell’Unione europea come strumento di tutela dei minori nel contesto di famiglie omogenitoriali: spunti di riflessione per nuovi sviluppi*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 409-437.

¹⁷ Il tema, come è noto, è stato oggetto di ampio approfondimento in dottrina. V. per tutti C. CLOSA, *Citizenship of the Union and Nationality of the Member States*, in *CML Rev.*, 1995, n. 2, p. 487; P. MENGOSI, *Il rapporto tra la cittadinanza degli Stati membri e la cittadinanza dell’Unione*, in U. DRAETTA e N. PARISI (eds.), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 435 ss.; B. BAREL, *Orientamenti della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sui limiti alla disciplina nazionale della cittadinanza per effetto della cittadinanza dell’Unione*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 381-407.

di ricadute rispetto alle metamorfosi dell'istituto della cittadinanza – ulteriori questioni di cui questo scritto non si occupa.

2. Il percorso evolutivo della cittadinanza italiana

10. L'istituto della cittadinanza, intesa classicamente come nucleo individuatore di una comunità politica (qualunque essa sia)¹⁸ e quale *status* che connota l'appartenenza di un soggetto ad una determinata comunità nazionale, a cominciare dalla celebre definizione resa dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nottebohm*¹⁹, risulta dunque, come si accennava, oggetto di rilevanti spinte evolutive²⁰.

11. Orbene, a fronte di siffatta tradizionale competenza esclusiva dello Stato – che esita nell'utilizzo, all'interno degli ordinamenti nazionali, di criteri differenziati ai fini dell'ottenimento dello *status* di cittadino (*iure sanguinis*, *iure soli*, per naturalizzazione dell'apolide o dello straniero già titolare di altra cittadinanza, ecc.) – emergono da tempo i segni dell'incidenza, in tema di cittadinanza, degli obblighi di protezione internazionale dei diritti dell'uomo nonché dell'influenza, sempre più significativa, del diritto dell'UE sulla legislazione domestica.

12. Rispetto alla sostanziale irrilevanza della cittadinanza europea (e dei suoi contenuti) con riferimento invece al Diritto internazionale privato, la cittadinanza nazionale rileva invece quale criterio di collegamento e di giurisdizione nell'impianto complessivo della legge italiana n. 218 del 31 maggio 1995, di riforma del Diritto internazionale privato. In questo contesto, la trasformazione dell'Italia da Paese di emigrazione a Paese di immigrazione è stato fattore determinante rispetto al temperamento della classica impostazione manciniana (di valorizzazione del criterio di cittadinanza, inquadrato in termini di nazionalità, in materie come quelle attinenti alle persone, alla famiglia e alle successioni) a beneficio di alcune aperture nei confronti del domicilio, quale criterio di collegamento fondato sulla localizzazione del centro degli interessi della persona, in nessun caso comparabili alla portata assunta da esso nei regolamenti europei per l'unificazione del Diritto internazionale privato.

13. Invero il criterio di collegamento della cittadinanza, ancora molto utilizzato nel nostro ordinamento (si pensi alle recenti riforme sulla filiazione e in tema di unioni civili), sembrerebbe essere divenuto parzialmente recessivo rispetto a criteri di collegamento di tipo domiciliare o rispetto alla residenza abituale laddove il suo richiamo risulta sovente accompagnato da norme che ne limitano l'operatività (con il ricorso, ad esempio, alla *lex fori* come norma di applicazione necessaria).

14. Orbene se la precedente legge italiana sulla cittadinanza del 13 giugno 1912, n. 555 – modificata con riferimento alla discriminazione tra genitori in ossequio alla sentenza della Corte Costituzionale n. 30 del 1983 – è riuscita ad “attraversare” tutto il XX secolo mostrando una sua sostanziale “impermeabilità” rispetto ai fondamentali mutamenti che hanno riguardato il nostro Paese, la legge vigente del 5 febbraio 1992 n. 91 non sembra caratterizzarsi per una reale portata innovativa, configurandosi piuttosto come un testo ricognitivo/confermativo (se non restrittivo) delle previsioni della legislazione precedente.

15. Come testimoniano una serie di proposte legislative in tema e, più ampiamente, il dibattito pubblico e parlamentare italiano, la legge vigente, ancorché modificata o integrata attraverso una serie di interventi successivi²¹, ha resistito finora ai tentativi di sostituire o temperare il criterio “principale”

¹⁸ Così R. QUADRI, *Cittadinanza*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, p. 324 ss., che evidenzia l'inafferrabilità dell'essenza della cittadinanza.

¹⁹ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 6 aprile 1955, *Nottebohm*, (*Liechtenstein c. Guatemala*).

²⁰ V. A. SHACHAR, R. BAUBÖCK, I. BLOEMRAAD, M. VINK, *Introduction: Citizenship - Quo vadis?*, in A. SHACHAR, R. BAUBÖCK, I. BLOEMRAAD, M. VINK (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford, 2017, in part. pp. 3-11.

²¹ Apportati da D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396; L. 14 dicembre 2000, n. 379; L. 8 marzo 2006, n. 124; L. 15 luglio 2009,

dello *ius sanguinis* con la valorizzazione di ulteriori criteri quali quello dello *ius soli* o del cd. *ius culturae*. Soprattutto in ragione della crescente internazionalizzazione della nostra comunità nazionale essa non risulta esente da limiti con riferimento in particolare al profilo della garanzia per i bambini stranieri nati in Italia²² del diritto ad una cittadinanza, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

3. Una cittadinanza europea *under stress*

16. È risaputo che la cittadinanza europea – che non risulta inquadrabile né nella categoria dei rapporti giuridici, né in quella relativa agli *status*²³ – presenti elementi di atipicità rispetto ai (connotati classici della) cittadinanza nazionale, modellata in riferimento all’esperienza degli ordinamenti statali²⁴. Un’atipicità che trova conferma in ulteriori elementi distintivi quali, ad esempio, l’assenza di un insieme di doveri (eventualmente anche *soft duties*)²⁵ per il cittadino europeo che si riverberano in una relazione stretta tra le traiettorie dell’integrazione europea e le capacità “espansive” della stessa nozione di cittadinanza.

17. È altrettanto noto che la cittadinanza europea, dopo la menzionata consacrazione normativa avvenuta con il Trattato di Maastricht e le modifiche apportate da quello di Lisbona (contemplate nell’art. 9 TUE e negli artt. 20-24 TFUE), abbia trovato non solo nel diritto derivato dell’UE ma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia – sebbene non priva di sensibili oscillazioni – significativi fattori di consolidamento.

18. Il collegamento “naturale” tra (diritti di) cittadinanza e diritti fondamentali nell’UE – che la fa assurgere a *cornerstone of human rights protection in the EU*²⁶ – avrebbe rinvenuto successivamente la sua codificazione nel titolo V (artt. da 39 a 46) della Carta dei diritti fondamentali dell’UE dedicato alla “Cittadinanza”.

19. Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che peraltro aveva consentito di individuare embrionali situazioni giuridiche riconducibili ad una “incipiente” forma di cittadinanza europea²⁷ ancor prima della sua consacrazione nel diritto primario, essa ha svolto un ruolo costante nello sviluppo del perimetro e dei contenuti della cittadinanza europea anche oltre le previsioni delle suddette norme²⁸.

n. 94; L. 1° dicembre 2018, n. 132; L. 18 dicembre 2020, n. 173. V. D. PORENA, *Temi e problemi della cittadinanza nazionale. Evoluzioni della normativa sull’acquisto dello status civitatis e dibattito istituzionale sulle ipotesi di revisione*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op.cit.*, pp.67-97.

²² V. L. PANELLA, *L’attribuzione della cittadinanza italiana e la sua compatibilità con il diritto europeo ed internazionale*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op.cit.*, pp. 41-65.

²³ Il tutto prescindendo dalla classica *querelle*, di contenuto eminentemente teorico, tra cittadinanza come rapporto giuridico (evidentemente di Diritto pubblico) e cittadinanza come *status* laddove quest’ultimo valorizza l’appartenenza del soggetto ad una determinata comunità da cui derivano un complesso di diritti ed obblighi. Il cittadino europeo risulta, come è noto, fruitore di una serie di diritti a cui non corrispondono veri e propri doveri ma un insieme di responsabilità nel senso di impegno al consolidamento dei principi democratici e dei valori su cui si fonda l’UE. Sul “*thin*” *concept of citizenship* v. A. J. MENÉNDEZ, E.D.H. OLSEN, *Challenging European Citizenship. Ideas and Realities in Contrast*, Oxford, 2020, cap. II. Per un approfondimento della nozione di cittadinanza alla luce del diritto internazionale cfr. *inter alia* M. GIULIANO, *La sudditanza degli individui e il suo rilievo nell’ordinamento internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, 1956, p. 36 ss.; R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Nuovissimo Digesto Italiano, Appendice*, Torino, 1980, p. 1265 ss.; Id., *La cittadinanza nell’ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1983; S. BARIATTI, *La disciplina giuridica della cittadinanza italiana*, Milano, 1989. V. per tutti L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze*, cit.; G. CATALDI, *Immigrazione e diritto alla cittadinanza nell’ordinamento internazionale: aspetti generali*, in L. BONFIELD, G. CATALDI, N. PARISI, A. VENTURI (a cura di), *Immigrazione e diritto alla cittadinanza. Immigration and the Right to Nationality*, Napoli, 2015.

²⁴ Ovviamente il richiamo alla nozione classica di cittadinanza non sarebbe stato appropriato per un ordinamento come quello europeo, fondato su regole e su caratteri strutturali particolarmente diversi da quelli degli ordinamenti nazionali tra cui, *in primis*, l’assenza di un *demos* europeo.

²⁵ Così M. FERRERA in R. BAUBÖCK (ed.), *Debating European Citizenship*, 2019, Cham, p. 181.

²⁶ V. L. MOKRÁ, *Internal Dimension of Human Rights in the EU*, Prague, 2021, p. 26.

²⁷ V. R. PLENDER, *An Incipient Form of European Citizenship*, in F. JACOBS (ed.), *European Law and the Individual*, Amsterdam, 1976, p. 39 nonché O. GARDNER, cit., p. 116, che ne sottolinea una “*incipient essence*”.

²⁸ Per la considerazione delle norme sulla cittadinanza europea “*as constitutional rights norms*” v. A. WESEMANN, *Citizenship in the European Union*, Cheltenham, 2020, in partic. p. 113.

20. Costituisce una pietra miliare il riconoscimento – nelle pronunce *Grzelczyk*²⁹ e *Baumbast*³⁰ – dello «status di cittadino dell’Unione» come «status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni al riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico»³¹. Il tutto consolidando un indirizzo che era stato anticipato a partire dalla nota pronuncia *Martinez Sala*³². In essa la Corte aveva statuito che l’effettivo esercizio della libertà di circolazione fosse sufficiente a condurre il cittadino europeo nell’ambito applicativo del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, a prescindere dalla specifica riferibilità di quella posizione soggettiva al campo di operatività delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, consentendo pertanto anche ai cittadini europei economicamente inattivi di usufruire della parità di trattamento nell’accesso alle prestazioni sociali erogate dallo Stato membro ospitante³³.

21. Varie sono state le direttrici seguite dalla Corte mediante il ricorso a soluzioni interpretative che, come si anticipava, sono riuscite talora ad arricchire il perimetro dei diritti garantiti dalla cittadinanza europea e talvolta ad utilizzare la stessa cittadinanza europea come “*constitutional right*”³⁴ ma anche a consentirle di adattarsi a situazioni di crisi³⁵.

22. Si richiamano, tra le altre, le pronunce che hanno segnato il superamento della riconduzione dei diritti di cittadinanza europea allo status di lavoratore attivo, estendendoli ai lavoratori non attivi³⁶ e a varie categorie di stranieri “privilegiati”³⁷, e l’ampliamento del campo di applicazione del diritto dell’UE, precisando i profili applicativi del cd. “*substance of rights test*”³⁸.

23. La stessa giurisprudenza ha evidenziato gli effetti della crisi economica e finanziaria internazionale (come acuiti dalla pandemia) sul contenuto dei diritti di cittadinanza e, bilanciando le esigenze di parità di trattamento dei cittadini europei e tutela degli interessi degli Stati membri, ha formulato

²⁹ Corte di giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, causa C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458. V. C. MORVIDUCCI, *La cittadinanza dell’Unione europea come status fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Dalla sentenza Grzelczyk alla sentenza JY*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op.cit.*, pp. 213-239.

³⁰ Corte di giustizia, sentenza del 17 settembre 2002, *Baumbast*, causa C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493.

³¹ Corte di giustizia, sentenza del 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, cit., punto 31.

³² Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 1998, *Martinez Sala*, causa C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217.

³³ La direttiva 2004/38/CE recepisce questo *acquis* giurisprudenziale, nella misura in cui riorganizza la disciplina della libertà di circolazione delle persone nell’Unione a partire dallo status *civitatis*, attribuendo una significativa rilevanza alla cittadinanza europea.

³⁴ V. A. WESEMANN, *Citizenship in the European Union*, cit., p. 113.

³⁵ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 dicembre 2023 (*Nordic Info BV c. Belgische Staat*, case C-128/22) La direttiva 2004/38/CE (in particolare gli artt. 27 e 29) non osta alla normativa di portata generale di uno Stato membro che, per ragioni di sanità pubblica attinenti alla lotta contro la pandemia di COVID-19, vieta, da un lato, ai cittadini dell’Unione e ai loro familiari, qualunque sia la loro cittadinanza, di effettuare viaggi non essenziali da detto Stato membro e verso altri Stati membri dal medesimo classificati come zone ad alto rischio sulla base delle misure sanitarie restrittive o della situazione epidemiologica in essi esistenti e impone, dall’altro, ai cittadini dell’Unione che non siano cittadini dello Stato membro in parola l’obbligo di sottoporsi a test diagnostici e di osservare una quarantena quando entrano nel territorio dello stesso Stato membro in provenienza da un altro Stato membro rientrante nella classificazione citata, a condizione che la normativa nazionale in discussione rispetti il complesso delle condizioni e delle garanzie di cui agli artt. da 30 a 32 della direttiva summenzionata, i diritti e i principi fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza, segnatamente quelli di proporzionalità e non discriminazione.

³⁶ V. in particolare la sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 1° agosto 2022, *S c. Familienkasse Niedersachsen-Bremen der Bundesagentur für Arbeit*, causa C-411/20, ECLI:EU:C:2022:602.

³⁷ V. a proposito degli studenti, A. PITRONE, *La circolazione degli “studenti” nell’Unione europea: cittadini privilegiati?*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op.cit.*, pp. 439-457.

³⁸ V. le pronunce a partire dal *leading case* Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza dell’8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano c. Office national de l’emploi (ONEm)*, causa C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, che aveva introdotto il concetto di “godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale” dei diritti conferiti dallo status di cittadino europeo, rilevante per l’applicazione del diritto dell’UE anche nelle situazioni “puramente interne”. Sul tema, R. PALLADINO, *Il godimento “reale ed effettivo del nucleo essenziale” dei diritti attribuiti dallo status di cittadino europeo: un decennio di applicazione della giurisprudenza Ruiz Zambrano*, in A. DI STASI, M. C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op.cit.*, pp. 265-289.

soluzioni restrittive in merito all'accesso al *welfare* sociale da parte dei cittadini economicamente inattivi³⁹, allontanandosi dal filone riconducibile alla citata sentenza *Martinez Sala*.

24. Tale *revirement* sembra rafforzare il criterio della nazionalità a discapito dell'elemento della volontaria adesione e partecipazione al sistema di regole e valori della comunità ospitante, configurando una dimensione sociale della cittadinanza dell'UE fortemente asimmetrica.

25. Ne è derivata una crescente divaricazione tra il concetto di cittadinanza sociale su cui si fondano i sistemi di *welfare* degli Stati membri dell'UE e quello di "cittadinanza sociale europea"⁴⁰ laddove, rispetto a tale approccio della Corte di giustizia, sono seguite talora politiche nazionali che ricorrono all'allontanamento dei cittadini europei divenuti un onere per il sistema sociale (si pensi al caso belga). Una divaricazione accentuata dalla crisi sociale ma ineludibile nella misura in cui la cittadinanza sociale europea si connota, geneticamente, in maniera molto diversa rispetto alla cittadinanza sociale, di stampo marshalliano⁴¹, come sviluppata alla luce delle diverse tradizioni nazionali⁴².

26. In generale la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo offre un osservatorio privilegiato sulle questioni più problematiche legate al mai semplice rapporto tra cittadinanza europea e libera circolazione⁴³: il tutto sotto il profilo della distinzione tra cittadini stanziali e non stanziali, con riguardo alla tutela dei soggetti vulnerabili nonché al rapporto tra cittadinanza e immigrazione ma anche con riferimento al perfezionamento di uno *status alio* quale è quello del soggiornante di lungo periodo⁴⁴.

27. Con riferimento alla cd. stanzialità merita di essere ricordata la sentenza della Grande Sezione *Toufik Lounes*⁴⁵ in cui è stato chiarito che la direttiva 2004/38/CE⁴⁶ va interpretata nel senso che, laddove un cittadino dell'UE che abbia precedentemente esercitato il proprio diritto di circolazione recandosi e soggiornando in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, del quale abbia poi acquisito la cittadinanza conservando al contempo anche quella del Paese d'origine, abbia poi contratto matrimonio con un cittadino di uno Stato terzo con il quale continui a risiedere nel territorio dello Stato membro già "ospitante", quest'ultimo, quale soggetto "extracomunitario", non può beneficiare del diritto di soggiorno derivato nello Stato membro in questione.

28. La sentenza *Chavez-Vilchez* del 10 maggio 2017 (causa C-133/15) parrebbe invece segnare il ritorno ad una giurisprudenza "propulsiva" nella direzione della tutela di soggetti potenzialmente vulnerabili come i minori. In essa è stato affermato che la valutazione della privazione del "godimento effettivo del contenuto essenziale" dei diritti conferiti dall'art. 20 TFUE ad un minore cittadino dell'UE

³⁹ V. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 11 novembre 2014, *Elisabeta Dano e Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*, causa C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358; e sentenza del 15 settembre 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Alimanovic*, causa C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597, in forza delle quali gli Stati membri possono escludere da talune prestazioni sociali cittadini dell'Unione economicamente inattivi che vi si rechino, rispettivamente, al solo fine di beneficiare di un aiuto sociale o per trovare lavoro. Sul tema, M. MESSINA, *I cittadini europei inattivi e le condizioni per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale in uno Stato membro ospitante: quale lezione dall'ordinamento USA?*, in *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n.3, pp.44-86.

⁴⁰ V. per tutti A. NATO, *La cittadinanza sociale europea ai tempi della crisi economica*, Bari, 2020 nonché P. GARGIULO, *La cittadinanza sociale europea tra mito e realtà*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011, p. 229 ss.

⁴¹ Cfr. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, traduzione italiana a cura di S. MEAZZA, Roma-Bari, 2002.

⁴² Sulla diversa visuale caratterizzante l'ordinamento comunitario v. S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, n. 4, p. 12 ss.

⁴³ V. per tutti M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE (eds.), *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden, 2008, e M.C. BARUFFI, I. QUADRANTI (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012..

⁴⁴ V. *infra* par.4.

⁴⁵ Corte di giustizia, sentenza del 14 novembre 2017, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, causa C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862.

⁴⁶ Relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

impone un'adeguata considerazione della relazione esistente tra il genitore cittadino dell'UE e il genitore cittadino di un Paese terzo, non essendo di per sé sufficiente la considerazione che il primo sia realmente capace e disposto ad assumersi l'onere del minore⁴⁷.

29. Tali profili sono stati sviluppati anche in *Subdelegación del Gobierno en Toledo*⁴⁸ ove emerge la stretta interconnessione tra i diritti conferiti dall'art. 20 TFUE e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed in specie la garanzia del diritto al rispetto della vita familiare, quale enunciato all'art. 7 della Carta da leggersi in combinato disposto con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore, riconosciuto all'art. 24, par. 2, della Carta stessa.

30. Più di recente nella sentenza resa dalla Grande Sezione *X c. Udllændinge-og Integrationsmisteriet*⁴⁹ la Corte, con riferimento all'art. 20 TFUE, letto alla luce dell'art. 7 della Carta di Nizza, ha sancito che non osta alla corretta interpretazione del diritto dell'UE l'applicazione della normativa di uno Stato membro secondo la quale i suoi cittadini nati al di fuori del proprio territorio e che non vi abbiano mai risieduto né soggiornato in condizioni che dimostrino un collegamento effettivo con tale Stato membro, perdano *ipso iure* la cittadinanza all'età di 22 anni, dal che discende, per coloro che non siano anche cittadini di un altro Stato membro, la perdita del loro *status* di cittadino dell'UE e dei diritti ad esso connessi.

4. (segue) Il forzato “dinamismo” della nozione di cittadinanza europea rispetto all'emersione di nuovi *status*

31. Altro elemento di forzato “dinamismo” della nozione di cittadinanza europea riposa nell'applicazione «estensiva» del già citato principio di non discriminazione, come garantito dall'art. 19 TFUE e dall'art. 21 della Carta di Nizza/Strasburgo anche a favore di soggetti quali gli immigrati regolari (qualora contrassegnati dal possesso di determinati requisiti che comprovino il «carattere non episodico e di non breve durata» del soggiorno) nonché nell'applicazione del principio di parità di trattamento.

32. Ora se il diritto opera, sovente, la consacrazione in strumenti normativi di alcune sensibilità collettive emerse nel corpo sociale non vi è dubbio che risulta avvertita, da tempo, l'esigenza di consacrazione, accanto alla cittadinanza «legale», di espressioni, in senso sostanziale e non formale, di una cittadinanza *de facto* o di una «cittadinanza civica», riconducibili ad una sorta di cosiddetta «cittadinanza sociale» o «attiva» o «di residenza»⁵⁰.

33. Proprio la crisi economica-sociale seguita alla pandemia potrebbe costituire un fattore idoneo a conferire nuovi significati alla ormai risalente esigenza di una corretta regolamentazione di alcuni segmenti della migrazione legale con la messa a punto di strumenti normativi atti a superare le incoerenze evidenziate, *inter alia*, nell'applicazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo⁵¹, atto di cui il Patto sulla migrazione e l'asilo del

⁴⁷ Tale valutazione deve essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del minore, dell'insieme delle circostanze del caso di specie e, segnatamente, della sua età, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva con entrambi i genitori, nonché del rischio che la separazione dal genitore cittadino del Paese Terzo comporterebbe per il suo equilibrio.

⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del 5 maggio 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo c. XU, QP*, cause riunite C-451/19 e C-532/19, ECLI:EU:C:2022:354.

⁴⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 5 settembre 2023, *X c. Udllændinge-og Integrationsmisteriet*, causa C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626.

⁵⁰ Esse risultano costruite non già sul legame etnico della nascita ma trovano il loro fondamento nel contributo fornito dallo straniero allo sviluppo dei valori civili della comunità ospitante. V. ancora B. NASCIBENE, *Nationality Law*, cit., cap. II, sez. II dedicata a “*Citizen status and residential citizenship*”.

⁵¹ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, del 25 novembre 2003, in GUUE L 16 44 del 23 gennaio 2004. V. D. ACOSTA ARCARAZO, *The Long Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship. An Analysis of Directive 2003/109*, Leiden/Boston, 2011. Cfr., inoltre, tra i contributi più recenti, D. ACOSTA ARCARAZO, *Civic Citizenship Reintroduced? The Long-Term Residence Directive*

settembre 2020⁵² ha invocato la revisione, in quanto «attualmente sottoutilizzato» e comunque non idoneo a conferire un diritto *effettivo* alla mobilità all'interno dell'UE⁵³. Sulla base di tale istanza, nell'aprile 2022, la Commissione europea ha adottato una proposta di modifica della direttiva in questione al fine di definire un quadro giuridico complessivo atto a superare le perduranti resistenze rinvenibili nelle prassi nazionali rispetto al soddisfacimento dell'obiettivo primario della garanzia *effettiva* di uno *status* di soggiornante di lungo periodo dell'UE⁵⁴.

34. Peraltro, le difficoltà degli Stati nel recepire correttamente la direttiva europea sui soggiornanti di lungo periodo avevano trovato conferma nel significativo contenzioso sviluppatosi davanti alla Corte di giustizia a partire dal caso *Kamberaj*⁵⁵, nel cui contesto sono state censurate normative nazionali ritenute in contrasto con lo scopo ultimo della direttiva 2003/109 – la reale «integrazione» dei cittadini di Paesi terzi stabilitisi nell'UE legalmente e su base duratura – e pertanto suscettibili di privarla del suo «effetto utile». In particolare la Corte, in *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) c. VR*, ha censurato la normativa italiana che, nel determinare il diritto dei lungo soggiornanti all'assegno per il nucleo familiare, non prendeva in considerazione l'esistenza di loro familiari non residenti nel territorio dello Stato⁵⁶ e, in *Land Oberösterreich c. KV*, ha affermato che in talune ipotesi, anche qualora le autorità competenti si siano avvalse della facoltà di deroga *ex art.* 11, par. 4, la direttiva osta ad un trattamento differenziato per i soggiornanti di lungo periodo⁵⁷.

35. Invero proprio la prassi applicativa relativa alla direttiva 2003/109/CE e quella giurisprudenziale testimoniano che definire normativamente un compiuto «statuto» del c.d. immigrato di lungo perio-

as a Post-National Form of Membership, in *European Law Journal*, 2015, n. 2, p. 200 ss.; P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli "stranieri lungo soggiornanti" fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 33 ss.; A. DI STASI, *La "sfida" dell'integrazione dei soggiornanti di lungo periodo nella giurisprudenza della Corte di giustizia ed in quella delle Corti italiane*, in L. PANNELLA (a cura di), *Le sfide dell'Unione europea a 60 anni della Conferenza di Messina*, Napoli, 2016, pp. 291-314; A. PITRONE, *Lo status giuridico del lungo soggiornante: i limiti della direttiva 2003/109/CE*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Napoli, 2020, pp. 491-506; A. DI STASI, *L'(in)effettività dello statuto del soggiornante di lungo periodo. Verso la riforma della direttiva 2003/109/CE fra criticità applicative e prassi giurisprudenziale*, in *Papers di Diritto europeo*, 2021, n. 2, pp. 9-44; ID., *La prevista riforma della direttiva sul soggiornante di lungo periodo: limiti applicativi e sviluppi giurisprudenziali*, in I. CARACCIOLLO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, pp. 435-465.

⁵² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609 final. V. il numero monografico di *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, n. 2, *Verso un quadro comune europeo ed una nuova governance della migrazione e dell'asilo – Towards a Common European Framework and a New Governance of Migration and Asylum* (Presentazione di A. DI STASI, Editoriale di P. PINTO DE ALBUQUERQUE, Saggi, articoli e commenti di M.C. CARTA, E. CELORIA, M. COMETTI, F. DI GIANNI, C. FRATEA, F. GAUDIOSI, L. MARIN-E. PISTOIA, D. MUSMECI, F. R. PARTIPILO, F. PERRINI, N. RUCCIA, T. RUSSO, P. SALVATI, A. SARDU, C. SCISSA, S. VILLANI), reperibile *online* al sito internet <http://www.fsjeurostudies.eu/2021,-n.-2-.html>. Sulla base delle linee tracciate dal *Patto*, sono state formulate, nel corso degli anni successivi, diverse proposte legislative, dieci delle quali, aventi ad oggetto una riforma globale del Sistema europeo comune di asilo, hanno appena ottenuto la definitiva approvazione del Consiglio e dovranno essere attuate dagli Stati membri entro i prossimi due anni.

⁵³ V. p. 29 del *Patto*.

⁵⁴ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (rifusione)*, Bruxelles, 27 aprile 2022, COM(2022) 650 final, successivamente modificata dalla Commissione stessa. Il 28 novembre 2023, all'esito di una riunione del COREPER, gli Stati membri hanno conferito al Consiglio il mandato alla negoziazione della proposta col Parlamento europeo. Nel documento contenente il mandato è stato riportato il testo emendato della proposta: v. Consiglio, dossier interistituzionale n. 2022/0134(COD), Bruxelles, 28 novembre 2023.

⁵⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano*, causa C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233. V. S. PEERS, *The Court of Justice lays the foundations for the Long-Term Residents Directive: Kamberaj, Commission v. Netherlands, Mangat Singh*, in *CML Rev.*, 2013, n. 50, pp. 529-552 e R. PALLADINO, in A. DI STASI, R. PALLADINO, *La perdurante frammentarietà dello "statuto" europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale*, in *Studi integr. eur.*, vol. 2-3, 2012, pp. 375-409

⁵⁶ Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-303/19, *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) c. VR*, ECLI:EU:C:2020:958.

⁵⁷ Corte di giustizia, sentenza del 10 giugno 2021, *Land Oberösterreich c. KV*, causa C-94/20, ECLI:EU:C:2021:477.

do significherebbe uscire dalla perdurante logica di attenzione «difensiva» al problema dell'immigrazione attraverso il rafforzamento di quella reciproca fiducia fra Stati membri, presupposto per il perfezionamento di un compiuto spazio di libertà, sicurezza e giustizia e per la ricerca di una maggiore coerenza sistematica nella consacrazione di nuovi diritti di mobilità. Significherebbe, al tempo stesso, «denazionalizzazione»⁵⁸ del tema dell'immigrazione con la progressiva riduzione della giurisdizione domestica alla luce della maggiore residualità possibile delle competenze nazionali configurando, accanto alla cittadinanza «legale», forme di una cittadinanza *de facto* riconducibile ad una sorta di «cittadinanza sociale» o «di residenza».

5. *Novae e vetero* “frontiere” della cittadinanza e possibili sviluppi

36. Come si anticipava la ricerca condotta è stata diretta ad analizzare gli effetti delle nuove “frontiere” di una cittadinanza europea che sembra apparire *under stress* e di una cittadinanza nazionale (italiana) perennemente *under evolution*.

37. È indubitabile che, nel divenire del processo di integrazione europea, la cittadinanza europea sembra aver esercitato talora un ruolo di “accompagnamento” del complesso percorso di costruzione di un *corpus* di valori identificativi dell'identità europea. Tale funzione ne giustifica la “fisiologica” parabola evolutiva rendendone, per certi versi, preconizzabile l'azione, talora spiccatamente “creativa”, esplicita dalla Corte di giustizia⁵⁹.

38. Se la riflessione condotta in questo scritto si riconduce al perdurante dibattito sui contenuti “espansivi” della cittadinanza europea, al tempo stesso l'indagine non può ignorare il simmetrico dibattito sviluppato negli ordinamenti degli Stati europei che si misurano sovente con riforme mancate delle legislazioni nazionali, che rende il “caso italiano” un “caso diffuso”.

39. La cittadinanza europea continua ad essere “*paradoxical in nature*”⁶⁰ nella misura in cui, da un lato, risulta oggetto di consacrazione normativa nel diritto dell'Unione e, dall'altro, appare dipendente dal diritto nazionale.

40. Rispetto a questa *paradoxical nature*, atteso l'innequivocabile rapporto intercorrente tra la cittadinanza europea e la cittadinanza nazionale, in che misura un (eventuale) diverso atteggiarsi della seconda potrebbe determinare effetti sulla prima? E, visto che, *ex art. 20 TFUE*, la cittadinanza europea si aggiunge a quella nazionale – acquistandosi in via derivativa con le inevitabili conseguenze che discendono dall'esplicazione delle singole sovranità nazionali in materia – in che misura un (eventuale) diverso atteggiarsi della prima potrebbe comportare effetti sulla seconda?

41. Orbene, se la Corte di giustizia ha costantemente affermato (come emerge nella citata sentenza *Rottmann*, oggetto di conferme nel *case law* successivo ed in particolare nella più recente pronuncia resa nel caso *Tjebbes e a.*⁶¹) la subordinazione della normativa statale sulla cittadinanza al rispetto del diritto dell'UE, nondimeno la competenza esclusiva degli Stati membri dell'UE in materia non riduce le delicate questioni legate alla (forse comprimibile ma non eliminabile) dipendenza della cittadinanza europea da quella nazionale⁶².

⁵⁸ Con riferimento ad una cittadinanza cosmopolita priva di nazionalità v. L.S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2006, II ed., p. 116 ss.

⁵⁹ In quest'ottica, sarà interessante monitorare la sorte delle argomentazioni avanzate della Commissione europea nel deferire Malta innanzi alla Corte (ricorso proposto il 21 marzo 2023, causa C-181/23) per aver – tramite i programmi di acquisizione della cittadinanza nazionale per investimenti – «minato l'essenza e l'integrità della cittadinanza dell'Unione» in violazione dell'art. 20 TFUE e disatteso il principio di leale cooperazione *ex art. 4, par. 3, TUE*.

⁶⁰ Così J. SHAW, *EU citizenship: Still a Fundamental Status?*, in R. BAUBÖCK (ed.), *Debating European*, cit., pp. 1-17.

⁶¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 2 marzo 2010, *Rottmann*, causa C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104 e sentenza del 12 marzo 2019, *Tjebbes e a.*, causa C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189.

⁶² V. Corte di Giustizia, sentenza del 22 giugno 2023, *X c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, causa C-459/20, ECLI:EU:C:2023:499.

42. Come nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia la nozione di cittadinanza europea continua ad evidenziare una sorta di frammentazione rispetto a *status alii* e a fattispecie differenziate meritevoli di tutela, all'interno di atti normativi di diritto derivato, così negli ordinamenti nazionali emergono nuove o diverse sensibilità collettive e nuovi bisogni giuridici che rendono insufficienti gli strumenti legislativi esistenti.

43. Se la Corte di Giustizia, pur particolarmente attiva in tema di cittadinanza europea, ha evitato di affrontare le delicate questioni inerenti al rapporto fra cittadinanza europea e cittadinanza nazionale, nondimeno il godimento dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione in tema di libera circolazione e il possesso di una cittadinanza nazionale (come conseguenza del ricorso a tecniche di procreazione che ciascuno Stato disciplina in maniera autonoma) determina non poche discrasie sul piano giuridico⁶³.

44. Al tempo stesso i *follow up* di fatti quali le ricorrenti “emergenze” migratorie, il post Brexit ma anche la perdurante crisi economica e sociale rischiano di arrivare fino al punto di porre in antitesi cittadinanza e identità nazionale.

45. Ulteriore fattore suscettibile di incidere, *ab extra*, sulla cittadinanza dell'UE è dato dalle conseguenze della Brexit per i cittadini britannici che si trovano sul territorio dell'UE e per i cittadini dell'UE residenti nel Regno Unito. Si tratta di un fatto che comporta significativi approfondimenti anche alla luce della configurabilità di ulteriori “statuti” cd. di residenza – che si ricollegano ad elementi fattuali (*in primis* la residenza) – idonei a compensare per i primi la perdita della cittadinanza europea, per i secondi l'acquisizione da parte del Regno Unito dello *status* di Paese terzo.

46. Ora è noto che, nel periodo di transizione (terminato il 31 dicembre 2020), i cittadini britannici hanno rinvenuto nell'Accordo di recesso la possibilità di conservare alcuni diritti ma sappiamo altresì che sono stati privati di altri corollari essenziali della (perduta) cittadinanza europea quali, ad esempio, il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nel loro Stato membro di residenza. Sotto questo profilo si inquadra la recente prassi di conclusione di accordi bilaterali tra il Regno Unito e singoli Stati membri volti a garantire, a condizione di reciprocità, l'esercizio del diritto di voto alle elezioni locali dei propri cittadini che siano residenti nell'altro Stato laddove la recente pronuncia resa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia, nella causa *Préfet du Gers*⁶⁴, ha confermato l'esclusione, in capo ai cittadini britannici, del godimento del diritto all'elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali nello Stato membro di residenza⁶⁵.

47. In conclusione, in tale contesto estremamente fluido e variegato, sembra non semplice il perfezionamento di soluzioni normative e giurisprudenziali (tanto sul piano nazionale che su quello europeo) capaci di declinare la cittadinanza e le cittadinanze alla luce di un adeguato bilanciamento tra i valori della solidarietà e della progressiva integrazione del non cittadino nelle comunità ospitanti e quelli della salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, ma anche idonee ad assicurare un corretto temperamento delle identità nazionali con una sempre più articolata identità europea.

⁶³ V. ancora M. C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione Europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 347-379.

⁶⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 9 giugno 2022, *EP. c. Préfet du Gers, Institut National de la Statistique et des Études Économiques*, causa C-673/20, ECLI:EU:C:2022:449. V. G. NADDEO, *L'impatto della Brexit sulla dimensione politica della cittadinanza europea: focus sul diritto di voto alle elezioni locali nello Stato di residenza*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI e L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 543-562. Si vedano anche le sentenze del 15 giugno 2023, *Silver e a. c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-499/21 P, ECLI:EU:C:2023:479; *Shindler e a. c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-501/21, ECLI:EU:C:2023:480 e *Price c. Consiglio dell'Unione europea*, causa C-502/21, ECLI:EU:C:2023:482.

⁶⁵ Anche qualora siano altresì privati, in forza del diritto dello Stato di cui sono cittadini, del diritto di voto alle elezioni indette da quest'ultimo Stato.

El maltrato psicológico como causa de desheredación de hijos y descendientes*

Psychological abuse as a cause for disinheritance of children and descendants

SILVIA DÍAZ ALABART
Catedrática emérita
Unuversidad Complutense de Madrid

Recibido: 01.03.2024 / Aceptado: 02.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8928

Resumen: Se examina la desheredación de hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias (art.853, 2ª CC) con especial atención a la interpretación jurisprudencial del TS del artículo que deja atrás la interpretación restrictiva tradicional y incluye el maltrato psicológico como un tipo de maltrato de obra, y se entra en los requisitos que aquel debe cumplir para ser justa causa de desheredación.

Palabras clave: Desheredación, justa causa, testador, legitimarios, hijos y descendientes, maltrato psicológico, injurias.

Abstract: This text examines the disinheritance of children and descendants due to mistreatment or insults (art.853, 2nd CC) with special attention to the jurisprudential interpretation of the SC of the article, which leaves behind the traditional restrictive interpretation and includes psychological mistreatment as a type of mistreatment and goes into the requirements that must be fulfilled for it to be considered a just cause for disinheritance.

Keywords: Disinheritance, testator, testator, testamentary, children and descendants, psychological abuse, insults.

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones generales sobre la desheredación de hijos y descendientes. 1. Los deberes legales de los hijos con respecto a sus ascendientes. 2. La interpretación de los tribunales respecto de la naturaleza de los deberes de los hijos respecto de sus ascendientes. 3. Algunas cuestiones que se plantean a la vista de la aplicación de las reglas de desheredación del Código Civil por la jurisprudencia. A) La interpretación restrictiva. B) La inexistencia de una exigencia legal de reiteración de las conductas que permiten una justa desheredación. C) La remisión indebida a conceptos o categorías penales. D) Intencionalidad e imputabilidad del ofensor. III. La desheredación de descendientes por las causas del art. 853, 2ª CC. 1. El reconocimiento por el TS del maltrato psicológico como un tipo de maltrato de obra. 2. La jurisprudencia del TS sobre el maltrato psicológico a día de hoy. A) La STS 258/2014 de 3 de junio. B) La STS de 30 de enero de 2015. C) La STS de pleno, 401/2018 de 27 de junio. D) La STS 267/2019 de 13 de mayo. E) La STS 419/2022 de 24 de mayo. F) STS 556/2023 de 19 de abril. IV. El concepto jurisprudencial de maltrato psicológico.

*Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación PID2022-139281NB-100 (financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE): "Desafíos actuales del derecho de sucesiones (II): reformas inminentes y cuestiones pendientes", dirigido por M.T. Álvarez Moreno y P. Represa Polo.

I. Introducción

1. Es ya un lugar común referirse a la crisis de la actual regulación de Código Civil (C.C.) sobre el sistema de legítimas¹, cuando no del sistema de legitimas en sí mismo². A día de hoy, parece indiscutible la necesidad urgente de llevar a cabo una reforma³, aunque dadas las circunstancias políticas que confluyen en la actual legislatura, no parece que sea sencillo que se llegue a aprobar en ella una ley en ese sentido.

2. Una institución que forma parte del sistema legitimario es la desheredación, y desde luego también sobre ella en particular es imprescindible una reflexión seria y probablemente una reforma que evite dudas sobre las causas para una justa desheredación. Entre los datos que abonan la idea de esa necesidad de cambio es la gran cantidad de sentencias sobre desheredación. El mayor número, lógicamente, corresponde a sentencias de jurisprudencia menor, pero también las hay, en número suficiente, del T.S.

3. La gran mayoría de esas sentencias se refieren a supuestos de desheredación de hijos y descendientes. Se han señalado dos razones justificativas de ese elevado índice de litigiosidad. Por una parte, el que la cuota legitimaria de hijos o descendientes es la más elevada. Por otra parte, se apunta a la crisis de la institución familiar que se manifiesta en la debilitación de los vínculos entre sus componentes⁴, así como a la frecuencia de separaciones o divorcios que frecuentemente dan lugar a situaciones de distanciamiento y mala relación entre los hijos y uno de sus progenitores⁵.

4. En cambio, las relacionadas con la desheredación de cónyuges son bastante más escasas. La razón de esta desproporción es que, si un cónyuge incurre en causa de desheredación el testador, dada la gravedad de las causas que la permiten, difícilmente deseará seguir conviviendo con el ofensor. Dado que, desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, ha quedado patente que la mera separación conyugal de hecho priva del derecho a la legítima, con ella basta y no hay necesidad de desheredarlo. Ahora bien, también puede suceder que en el caso concurren razones que excluyan la posibilidad de separación⁶. En la mayor parte de las sentencias la causa de desheredación del cónyuge que se

¹ En este sentido se manifiestan, entre otros muchos más: A.L. REBOLLEDO VARELA, “La actualización del Derecho sucesorio español ante los cambios sociológicos y jurídicos de la familia: conclusiones de una investigación”, en *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, coordinado por A.L. Rebollo Varela, Dykinson, Madrid 2009, que defiende la necesidad de cambios en el conjunto del Derecho sucesorio p. 23 J.M. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA “Reflexiones sobre la legítima”, en *Estudios de derecho de Sucesiones. Liber Amicorum, T. F. Torres*, dirigido por A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio, La Ley, Madrid 2014, p.987. Absolutamente escéptico en cuanto a que se puedan reformar las legítimas por razón de que no existe verdadero interés del legislador por hacerlo se muestra J.M. CARRAU CARBONELL, “La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, abril. V. MAGARIÑOS BLANCO, *Libertad para ordenar la sucesión. Libertad de testar*, Dykinson, Madrid 2022 o R. VERDERA SERVER, “Contra la legítima”, Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia 2021.

² En estos momentos, de acuerdo con la orden ministerial de 4 de febrero de 2019, la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación está trabajando sobre una posible modificación del sistema de legítimas, así como sobre su posible eliminación.

³ La cuestión no es puramente jurídica, sino que incide y mucho en el ámbito social. Recientemente se ha publicado un estudio muy interesante de carácter sociológico-económico de L. AYUSO SÁNCHEZ, “Herencias en la sociedad digital. La gestión familiar de las transferencias intergeneracionales y el patrimonio en la España del s. XXI”, Fundación BBVA, noviembre 2023 (uma.es/media/files/Fundación_BBVA.xps.pdg), el estudio aborda la cuestión de las legítimas con una amplia encuesta realizada a personas de más de 60 años.

⁴ Entre otros, E. ROCA TRÍAS, “Libertad y familia”, Discurso de toma de posesión como académica de la RAJL, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, V. MAGARIÑOS BLANCO, ob. cit., pp.365-371.

⁵ De hecho, en muchas de las sentencias sobre desheredación aparece que la mala relación, injurias o maltrato se inicia con la crisis conyugal de los progenitores.

⁶ Ejemplo de un caso de este tipo es el de la reciente SAP de Madrid (secc. 9ª) 75/2022 de 10 de febrero (JUR/2022/140861). La causante incluye en su testamento una cláusula de desheredación a su marido por los continuos incumplimientos de los deberes conyugales lo que ha supuesto un maltrato psicológico. Son varios los testigos que acreditan que durante los 48 años que convivieron la testadora y su marido, fueron muchas las graves vejaciones y desatención que sufrió aquella, incluyendo el no dejarla manejar ningún dinero, o dejarla los veranos con sus familiares mientras él se iba de vacaciones. Pese a todo este comportamiento insoportable la testadora nunca se quiso separar en razón a sus convicciones religiosas.

alega por los testadores es “Haber incumplido grave y reiteradamente los deberes conyugales” (art.855, 1ª CC), o bien la negativa de alimentos⁸, si bien esta última podrá, generalmente, subsumirse en la anterior.

5. Las sentencias sobre la desheredación de los ascendientes son también bastante escasas⁹. Por una parte, los ascendientes solamente son legitimarios si su descendiente fallece sin descendencia. Cuando esos nietos o bisnietos existan los ascendientes no serán legitimarios. Por otra parte, lo habitual es que los descendientes sobrevivan a sus ascendientes. Por ello es raro que un descendiente se plantee siquiera la posibilidad de desheredar a sus padres, pues piensa sobrevivirles.

6. En este trabajo me limitaré a tratar la desheredación de los hijos y descendientes y, solamente la que se apoya en haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra a sus ascendientes (art.853, 2ª CC), que son las causas que se aducen en la generalidad de los casos. Es más, frecuentemente se alegan ambas causas conjuntamente.

7. En una primera parte abordaré algunas cuestiones generales sobre la desheredación de los descendientes a la luz de la jurisprudencia (la de audiencias y la del TS), y en la segunda, tocaré esta desheredación concreta tal y como se trata por el TS desde 2014, año en el que por primera vez el Supremo menciona el maltrato psicológico como causa de desheredación, hasta el día de hoy.

II. Consideraciones generales sobre la desheredación

8. Antes de entrar en concreto en el maltrato y las injurias como causa de desheredación de hijos y descendientes, es pertinente situarnos en la institución.

1. Los deberes legales de los hijos con respecto a sus ascendientes¹⁰

9. Si bien el sistema de legítimas no puede quedar al capricho o grave intolerancia de los obligados a respetarlo, tiene que quedar claro que no se establece a favor de quienes incumplen gravemente sus deberes legales para con el testador.

10. Deberes que nacen precisamente de la misma relación que les otorga el carácter de legitimarios; la filiación. Esos deberes están recogidos en el art 155 CC.

11. Esto es, el deber de “obediencia mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarlos¹¹ siempre. Mientras convivan con los padres contribuir equitativamente al levantamiento de cargas familiares”. El que no sean deberes cuyo cumplimiento se pueda imponer al obligado no les priva de ese carácter de obligación, como sucede por ej. entre esposos con el de fidelidad u otros.

12. Como se ha dicho, “El respeto exigible será la atención y consideración que han de merecer los padres de acuerdo con los usos sociales y las circunstancias. Consecuentemente, todo trato desaten-

⁷ Esos deberes son los recogidos en los arts. 67 y 68 CC.

⁸ Así, a título de ejemplo la SAP de Valladolid de 22 de mayo de 2012 (AC 23025/2012) que contempla el caso de una señora que de forma prolongada mantuvo un comportamiento de total pasividad, desatención y abandono para con su marido ya anciano y enfermo, en la última época que convivió con él.

⁹ Aunque también hay alguna, pero más que desheredación es frecuente el uso de las causas de indignidad que también lo son de desheredación, en particular de las recogidas en el apartado 2º del art. 756 CC, y entre ellas el abandono de familia y menores. A título de ejemplo,

¹⁰ En este apartado trato el tema sintéticamente, para un tratamiento más extenso y detallado vid. S. DÍAZ ALABART, “Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares” en Revista de Derecho Privado, septiembre-octubre 2015, pp.35-68.

¹¹ Atención, consideración o deferencia son sentidos de la palabra respeto.

to, degradante, desmerecedor o que pueda desprestigiar, denigrar o atentar a la dignidad de los padres, determina un incumplimiento de este deber¹².

13. El Código al conceder al testador la facultad de desheredación cuando concurren determinados supuestos que implican graves faltas de respeto (las causas legales que no son sino concreciones del deber de respeto del art. 155 CC) y cumpliendo ciertas formalidades (hacerlo en testamento y mencionando la causa), le permite sancionar el incumplimiento de esos deberes con la desheredación.

14. La SAP de Valencia de 8 de octubre de 2004 (JUR 2005/8552), pone en relación el art 155 CC y la desheredación y dice con claridad que los deberes contemplados en ese precepto no son morales sino jurídicos, aunque carezcan de una coercibilidad directa: “dado que las expresiones injuriosas existen y deben calificarse como injurias graves [se refiere a las que las hijas profirieron contra su padre], y deben ser examinadas en el ámbito de las relaciones paternofiliales en el que nos hallamos, atendiendo a que el art. 155 del CC establece que los hijos deben respetarles siempre y, como entiende la doctrina, este deber moral que la ley eleva a jurídico, si bien no tiene una coercibilidad directa, su incumplimiento puede llevar aparejado como sanción la desheredación o la indignidad para suceder”.

15. Así pues, cuando hablamos de desheredación estamos hablando de una sanción civil¹³ y no meramente social o moral¹⁴. Aunque la sanción aquí no es algo automático, en cuanto que cuando se produce la ofensa no conlleva la sanción, como por ej. sucedería si se hubieran pactado unas arras para penalizar la rescisión del contrato (art. 1454 CC), sino que aquí la consecuencia es dejar en manos del ofendido la posibilidad de sancionar con la desheredación. Lo mismo que sucede cuando un donatario incurre en una conducta ingrata con respecto a su donante (art.648 CC)¹⁵. En tal caso, tampoco queda automáticamente revocada la donación, sino que únicamente se abre la posibilidad de que el donante ejercite la acción de revocación.

2. La interpretación de los tribunales respecto de la naturaleza de los deberes de los hijos respecto de sus ascendientes

16. No obstante lo dicho en el apartado anterior, durante bastante tiempo, desde la STS de 30 de septiembre de 1975 (RJ 1975/3408), ha habido muchas sentencias como por ej., la del TS 675/1993 de 28 de junio (RJ 1993/4792), que dice que la falta de relación afectiva y comunicación de la hija con su padre, abandono sentimental en su última enfermedad, ausencia de interés con sus problemas, “son circunstancias que, de ser ciertas, corresponden al campo de la moral y escapan de la apreciación y valoración jurídica y están solo sometidos al tribunal de la conciencia”. Este razonamiento muchas veces de forma literal lo recogen innumerables sentencias de jurisprudencia menor¹⁶, como forma cómoda para el juzgador de declarar una desheredación injustificada, lo que ciertamente en algunos casos puede ser la decisión correcta¹⁷, pero no por semejante argumentación. Puede ser que la desheredación sea in-

¹² H. DIEZ GARCÍA, “Comentario al art. 155 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R Bercovitz Rodríguez-Cano, T.II, Tirant lo blanch, Valencia 2013, p.1584.

¹³ Vid. J.A. DORAL GARCÍA, “La sanción civil”, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, T.I, coordinado por J.M. González Porrás y F. Méndez González, Colegio de registradores de España y Servicio de publicaciones de la universidad de Murcia, Murcia 2004, pp.1333-1360.

¹⁴ Lo que no quiere decir que, junto a la pura sanción civil que supone el posible ejercicio de la facultad de desheredar, no exista simultáneamente una cierta sanción social-moral en cuanto que ser desheredado por los ascendientes la lleva aparejada sociológicamente.

¹⁵ Tiene sentido el paralelismo ya que en los dos casos se trata de transmisiones a título gratuito y también tienen similitudes las causas de desheredación y de revocación de donaciones.

¹⁶ Por ejemplo, la SAP de Alicante (sección 6ª) de 28 de enero de 2014 (AC /2014/567).

¹⁷ Lo era en el caso de la mencionada STS 675/1993 de 28 de junio, pues no se pudo probar más injuria o malos tratos que la existencia de un distanciamiento afectivo y de relación entre padre e hija, y en la declaración de la hija en el procedimiento de divorcio de sus padres cuando al se interrogada sobre la condición única de empleada en la empresa paterna de una señorita,

tificada porque no se pudo probar la actuación imputada al legitimario, porque esa actuación carece de gravedad, por falta de imputabilidad del legitimario, porque la actuación probada no encaja realmente con ninguna causa legal, porque falta alguno de los requisitos establecidos en los arts. 848 y 849 CC, o porque ha existido posterior reconciliación entre el ofensor y el ofendido (art. 856 CC).

3. Algunas cuestiones que se plantean a la vista de la aplicación de las reglas de desheredación del CC por la jurisprudencia¹⁸

A) La interpretación restrictiva

17. Uno de los problemas esenciales que se presentan en la aplicación por los tribunales de las causas de desheredación es la arraigadísima idea, aplicada casi constantemente¹⁹, se diga expresamente por el juzgador en el caso concreto o no, de que, las normas que regulan esta figura al ser normas sancionadoras²⁰ han de interpretarse restrictivamente²¹. Y este pensamiento tiñe todo y da lugar a que casos claros de desheredación justificada se decidan como si realmente carecieran de esa justificación²².

19. Con esta forma de aplicar la norma se consigue privar a la facultad de desheredación de la fuerza que le quiso dar el legislador con una interpretación que la constriñe sin dejarle que ocupe el espacio que le corresponde. Es más, *de facto*, esto significa muchas veces que se le aconseje al testador que ni siquiera lo intente y que se conforme con emplear los medios legales que le permiten dejar al descendiente ofensor la legítima estricta, mejorando a otros hijos o nietos, o incluso que el ascendiente busque otros medios para defraudar a sus legitimarios²³.

Es más, ese denominado como principio interpretativo (incluso a veces se le califica como principio general del derecho) de ampliar la interpretación de las leyes favorables y restringir las odiosas, no es tal, sino que forma parte de, “una amalgama de brocados o refranes jurídicos²⁴, repetidos incluso por el Tribunal Supremo, pero no por ello ciertos”²⁵.

aclaró que no era cierto pues además de empleada era la amante de su padre. El TS señaló que debía contestar la verdad y que la respuesta carecía de ánimo de ofender. En cualquier caso, está claro que no había justa causa para la desheredación pretendida.

¹⁸ En este apartado al hablar de jurisprudencia no lo hago en sentido estricto, sino que también incluyo las sentencias de las audiencias.

¹⁹ También hay sentencias que no solo interpretan correctamente la desheredación y sus causas, sino que critican esa interpretación restrictiva. Así la SAP de Asturias (sección 6ª) de 12 de marzo de 2007 (JUR 2008, 47395) que afirma que la interpretación de la figura de la desheredación, “no puede significar una exigencia de tal calibre que en la práctica vengan a impedirse los legítimos efectos derivados de la desheredación, convirtiendo sus causas en algo más teórico que real por extremar o minimizar la prueba a fin de respetar el derecho legitimario del heredero, sin que ello tampoco suponga presumir la realidad de la causa de desheredación, pues esta debe quedar acreditada”.

²⁰ La sentencia que se cita universalmente es la STS 30 de septiembre de 1975 (RJ 3408/1975), cuando dice: “sobre todo cuando estas causas [las de desheredación] deben interpretarse restrictivamente por aplicación del principio general del derecho *odiosa sunt restringenda* y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido en favor de los hijos”.

²¹ Este problema ya se ha señalado por la doctrina moderna, REBOLLEDO VARELA, A.L., ob. cit., p.457, quien pone el acento como problema básico en la interpretación tan restrictiva que suelen hacer los tribunales de la apreciación de la prueba de la existencia de justa causa de desheredación. En el mismo sentido, J. BARCELÓ DOMENECH, “La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, marzo-abril 2004, p. 475, T. ECHEVARRÍA DE RADA, ob. cit., p.25

²² Puede servir de ejemplo la SAP de León de 16 de octubre de 1998 (AC/1998), en la que pese a que se probó que las hijas del causante no visitaron al testador en su última enfermedad, ni tampoco a su funeral, que su esposa e hijas le habían expulsado del hogar familiar con lo puesto y que tuvo que irse a vivir con un familiar, el tribunal llega a la conclusión que no ha habido maltrato de obra y que lo único que se aprecia de forma indubitada es un reflejo de la hostilidad de las relaciones entre el testador y sus hijos.

²³ M.P. REPRESA POLO, *Negocios entre cónyuges en fraude de legitimarios*, Reus Madrid 2019, pp. 13-14, quien señala que estos negocios cuando se emplean en fraude de legitimarios, lo habitual es que se trate de descendientes. Entre los negocios que trata con detenimiento esta autora y que son los más utilizados están, la liquidación fraudulenta del régimen económico matrimonial, o la modificación de la naturaleza de los bienes privativa o ganancial por autonomía de la voluntad de los cónyuges.

²⁴ Para ver con mayor detenimiento lo relativo a estos refranes jurídicos, C. ROGEL VIDE, “Los principios y reglas de Derecho y su relatividad”, en RDP enero -febrero 2024, pp.1-16.

²⁵ J. ATAZ LÓPEZ, “Comentario al art. 3 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano,

20. Como se ha dicho, dentro de las causas de desheredación pueden incluirse hechos distintos a los típicamente previstos en la norma siempre y cuando guarden relación con aquellos en el sentido de recoger el reproche moral que justifica cada una de aquellas como causa de privación de la legítima por infringir los deberes más esenciales de respeto, colaboración y ayuda mutua propios de las relaciones familiares²⁶.

21. Ciertamente que el art. 848 CC deja claro que, “la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”, pero eso no significa que las señaladas expresamente en el art. 853 CC hayan de interpretarse sin atender a las reglas y criterios de interpretación que el propio CC establece en su art. 3²⁷.

22. La interpretación tiene que ser la correcta²⁸ ni restrictiva ni amplia, como ocurre con respecto a otras figuras jurídicas de las que también se predica este tipo de interpretación, como sucede por ej. con la revocación de donaciones por ingratitud del donatario (art.648 CC).

23. Ante un testamento con una cláusula de desheredación es preciso comprobar que en el testamento se identifica correctamente al legitimario a quien se quiere desheredar, que la conducta del ofensor se dio realmente, que éste la llevó a cabo intencionalmente y que le era imputable, que la ofensa tuvo gravedad (bien por sí misma, bien por el modo en el que se produjo), que dicha conducta entra dentro de las causas legales de desheredación y que el testador la identificó en su testamento, y que en ningún momento hubo reconciliación entre ofensor y testador. Todo esto, si el desheredado no se allana a la sanción lo tendrán que probar los herederos, lo que no resulta nada sencillo para los herederos²⁹. Lo cual evidentemente es una garantía de que no es fácil lograr una desheredación efectiva cuya causa sea el capricho o el rencor del testador.

24. La interpretación hecha conforme establece el art. 3 CC, no permite que el testador prive de la legítima a capricho, pero también permite que el testador utilice su facultad tal como la estableció el legislador.

B) La inexistente exigencia legal de reiteración de las conductas que permiten una justa desheredación

25. En ocasiones, el tribunal pide para entender justa la desheredación requisitos que la ley no menciona, me refiero por ejemplo a la exigencia de reiteración en el maltrato que no está en el art. 853, 2^a³⁰. La no existencia de reiteración sirve en múltiples ocasiones para declarar que la desheredación ha

T.I, Tirant lo blanch, Valencia 2013, p.122. Este autor señala también que, “en la práctica estas pretendidas reglas se usan como argumento unido a otros que apuntan en la misma dirección.

²⁶ M. ALBALADEJO GARCÍA, “Comentario al art. 756 CC”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo García y s. Díaz Alabart, T.X, vol.1º, Edersa, Madrid, p.209, M. P. REPRESA POLO, *La desheredación en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2016 pp.63-64

²⁷ Llevándolo al extremo sería tanto como decir que el texto del art. 853, 2ª CC, al señalar literalmente como causa de desheredación el haber injuriado gravemente al ascendiente de palabra, impide que pueda considerarse causa justificada cuando las injurias son escritas y se publican en un periódico o en una red social.

²⁸ Como señala M. ALBALADEJO GARCÍA, , *Derecho Civil I. Introducción y Parte general*, 19ª ed., revisada y puesta al día por S. Díaz Alabart, Edisofer, Madrid 2013, p. 114, “En toda norma, sea favorable o sea odiosa, lo que hay que buscar es su verdadero espíritu, sin partir de preferencias de ampliarlo o achicarlo; y lo que realmente se debe querer significar con la expresión ser de interpretación restrictiva o extensiva, es que en caso de duda o inseguridad no se dé una interpretación amplia, o no se dé la estricta, a normas en las que, por ser odiosas o favorables tal interpretación perjudicaría los intereses que las normas en cuestión tutelan.

²⁹ En este sentido, aunque en la regulación de la desheredación no se pide al testador otra cosa que no sea expresar en el testamento la causa legal en la que se funde aquella, sin que se le pida que aporte más datos ni pruebas, probablemente lo práctico sería que o bien adjuntara alguna prueba o al menos que el testador se las facilitara a los herederos.

³⁰ Esa reiteración, en cambio, aparece en otros casos como un requisito legal, como por ej. en el art. 756, 1º, cuando califica

sido injustificada, y cuando se prueba, el tribunal la emplea como argumento para amparar la justicia de la desheredación. Es un criterio inventado, que favorece la desestimación de la validez de la desheredación.

26. A modo de ejemplo, porque son muchas más, la STS 401/2018 de 27 de junio considera que la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas por la hija en las redes sociales es un hecho puntual que no integra un maltrato reiterado³¹.

27. El maltrato o las injurias lo son realizadas una sola vez³² o varias, lo mismo que quien comete un solo acto delictivo es un delincuente, sin necesidad de que cometa una pluralidad³³.

28. El único supuesto en el que la reiteración puede ser esencial es el de que la ofensa en sí misma no tenga el grado de gravedad necesario para considerarla suficiente, pero que su reiteración en el tiempo la dote de esa gravedad.

29. Así pues, lo que determine que la desheredación esté justificada debe ser la gravedad de la ofensa, no su reiteración o no.

30. Es más, puede haber conductas ofensivas que en sí son solo un acto, pero sus consecuencias directas se amplían y multiplican posteriormente. El hijo que, por ej., hace manifestaciones injuriosas o vejatorias sobre uno o ambos progenitores en un periódico, o acude a un programa de televisión y actúa de forma similar. La actuación es una sola, pero con el efecto expansivo que tienen los medios de comunicación social, y no digamos ya si se emplean las redes sociales, las consecuencias pueden ser devastadoras para la buena fama y la imagen de los progenitores. Como se ha señalado la publicidad de la injuria agrava esta³⁴.

Ejemplo de caso en el que no se pide reiteración es el de la SAP de Cádiz de 7 de junio de 2004 (JUR 2004/213106). El hijo desheredado había escrito un artículo en un periódico local en el que achaca a su padre culpas y comportamientos relativos a la vida familiar. El sacarlos a luz pública con la voluntad de escarnecerlo se consideró justa causa de desheredación. El Auto del TS de 11 de abril de 2018 estima justa causa de desheredación de una hija el acusar a la madre de todo tipo de malos comportamientos hacia ella incompatibles con su condición maternal en un programa de televisión.

C) La remisión indebida a conceptos o categorías penales

31. Otra exigencia indebida es entender que los términos injuria y calumnia deben entenderse en su sentido legal-penal, cuando hay que entenderlos en su acepción vulgar y amplia, y su gravedad será apreciada por los tribunales. Tampoco los malos tratos necesitan acreditarse con una sentencia condenatoria, ni siquiera acreditar la existencia de denuncias previas de los mismos³⁵, aunque lógicamente la existencia de cualquiera de esas actuaciones penales, sobre todo la primera, hagan muy sencilla la prueba de la causa de desheredación.

de indigno a quien haya ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante o a sus familiares más cercanos, o en el art 855 1ª, CC, que para considerar causa justa de desheredación del cónyuge el incumplimiento de los deberes conyugales exige que el incumplimiento haya sido grave o reiterado.

³¹ De igual modo, la SAP de Valencia (secc.4ª) 31/2008, de 21 de enero, el hijo injuria a su padre y le propina un empujón que le produce una pequeña lesión en la mano, el Tribunal, habla de desheredación injustificada “porque no puede descartarse que se trate de un suceso puramente puntual y sin la entidad suficiente para justificar la desheredación”.

³² Si pensamos en violencia de género, además de incluir tanto la física como la psicológica, no existe una exigencia de reiteración en las conductas violentas (L.O. 1/2004, de 28 de abril).

³³ La SAP de Valencia, sección 7ª, de 14 de enero de 2005 (JUR 2005, 64436), dice que: “Las injurias graves o malos tratos pueden producirse en un solo acto, es decir en un momento concreto y determinado, o pueden ser el fruto de una conducta continuada o constante”.

³⁴ M. ORDÁS ALONSO, *La desheredación y sus causas*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid 2021, p.305.

³⁵ A. L. REBOLLEDO VARELA, ob. cit., p.408

32. En consecuencia, no es necesario para una desheredación justificada que vaya precedida de previa sentencia final condenatoria. Las injurias graves o el maltrato muchas veces se producen en el ámbito estrictamente familiar lo que dificulta la presentación de denuncias contra las personas tan cercanas, hay reticencias a hacerlo por ese vínculo afectivo y por el qué dirán³⁶. También esa circunstancia hace más difícil la prueba. La SAP de Córdoba secc. 1ª 256/2016 de 18 de mayo³⁷, en línea con la exclusión de categorías penales cuando no lo exige expresamente la norma³⁸, asevera que la ausencia de actuaciones penales por maltrato (lesiones, vejaciones, o amenazas), incluso la absolución del demandado no obliga al tribunal civil a descartar la concurrencia de la causa de desheredación³⁹.

D) Intencionalidad e imputabilidad del ofensor

33. Para considerar que existe una intencionalidad ofensiva que pueda tomarse en cuenta es preciso que el legitimario tenga una madurez suficiente para tener conciencia y deseo de ofender. En sentido contrario, no se entenderá que existe esa intencionalidad, y por tanto tampoco causa justa de desheredación, cuando el legitimario por razón de su corta edad o por sufrir alguna discapacidad psíquica grave carezca de esa madurez intelectual y volitiva.

34. Aunque generalmente la intencionalidad, el propósito de ofender o vejar se ve con toda claridad, en algunos casos, en razón a las circunstancias personales del ofensor, los tribunales optan por declarar injustificada la desheredación. Así, cuando los legitimarios son menores o con algún tipo de discapacidad.

35. El mero hecho de ser menor de edad no significa que una persona no sea responsable de sus actos hasta que con 18 años no alcance la mayoría de edad. Tampoco que las personas que sufren cualquier tipo de discapacidad psíquica no respondan. Aunque se pueden fijar unas líneas generales, habrá que ir caso por caso.

36. En el ámbito del Derecho civil, como es bien sabido, los menores de edad tienen su ámbito de actuación por sí mismos, y lo mismo sucede respecto de las personas con discapacidad, en particular después de los cambios que trajo consigo la Ley 8/2021, de 2 de junio de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

37. Por otra parte, conviene recordar otra vez que la desheredación es una sanción civil y que por tanto carece de sentido hacer referencia a la imputabilidad penal del menor⁴⁰. Se trata de campos distintos.

38. Entre las sentencias que contemplan supuestos en los que el legitimario ofensor es menor de edad o sufre de algún tipo de discapacidad están las siguientes:

La SAP de Pontevedra de 15 de diciembre de 2010 tampoco atiende a la causa de desheredación del hijo porque los hechos en los que ésta se basa, según calcula el tribunal debieron ocurrir cuando el hijo tenía 12 años y la relación entre padre e hijo no existía ya, por lo que parece que la intención precisa de ofender es difícil que existiera⁴¹.

³⁶ En este sentido la SAP León, secc. 1ª núm. 328/2013 de 22 de julio señala la existencia de muchos casos de maltrato familiar, reiterados durante muchos años y que no se denuncian hasta que se produce un suceso luctuoso, sin que por ello se tenga que descartar de plano la realidad del maltrato por no haberse presentado denuncia con anterioridad.

³⁷ También la SAP de Barcelona de 14 de enero de 2016 (JUR 2016/50847).

³⁸ Tal como establece el art. 756 CC, en sus apartados 1º y 2º (esta causa también lo es de desheredación por remisión del art. 853, primer párrafo) al exigir sentencia firme sobre la conducta que hace indigno a quien la lleva a cabo.

³⁹ En cambio, hay otras sentencias que ante una sentencia penal absolutoria por entender que no se habían probado los hechos causa de la desheredación, que eso determina la inexistencia de causa justificada, así la SAP de Madrid, de 7 de marzo de 2000.

⁴⁰ J. BARCELÓ DOMENECH, ob. cit., p.501, nota 66.

⁴¹ Es un supuesto especialmente claro el de la SAP de marzo de 2007(JUR 2008/43795). Un abuelo deshereda a su nieta

En línea similar la SAP de Murcia, secc. 4ª 266/2000, de 5 de octubre, que señala que los insultos de la hija a su madre se produjeron cuando aquella tenía no más de 15 años, es decir, señala el tribunal, menor de edad penal, lo que hace inaplicable al caso la desheredación conforme la doctrina del TS 16 julio 1990.

Igualmente, la SAP de Ciudad Real, secc. 1ª, 311/2016, de 1 de diciembre. En el caso se constató que la testadora madre de la legitimaria, padeció graves enfermedades, primero un ictus y luego un cáncer de mama. No obstante, fue abandonada sin que se le prestasen cuidados por quien era su esposo en ese momento, ni por la hija con 17 años de edad, teniendo que ser la abuela quien se la llevara a su casa para atenderla en sus enfermedades. Pese a todo esto la sala consideró que resultaba complejo imputarle esa conducta a la hija pues aún era menor, y dado que el conflicto conyugal ya se había iniciado⁴², se consideraba posible que la actuación de la hija no fuera totalmente voluntaria, sino inducida por el padre.

39. En líneas generales hay que recordar que dentro de la minoridad hay diferentes situaciones. Desde luego a los menores de corta edad no se les puede achacar intencionalidad real, pero coherentemente con la capacidad que les van otorgando las leyes civiles según van acercándose a la mayoría de edad las cosas van cambiando. A partir de los 14 años la persona puede testar y también desheredar, y no digamos ya a partir de los 16. Aunque sea preciso ver caso por caso, a partir de esa segunda edad me parece indudable que es lógico entender que es una persona responsable de sus actos (puede entre otras muchas cosas, contraer matrimonio, abortar, decidir tratamientos médicos, o modificar en el Registro Civil la mención de sexo, etc.) y por lo tanto que si ha incurrido en causa de desheredación puede ser desheredado⁴³.

40. Resulta especialmente llamativo que en estos casos en que los legitimarios se escudan en su falta de madurez en el momento de injuriar o maltratar, después, más mayores, cuando ya tienen esa madurez, nunca hayan manifestado a sus progenitores su arrepentimiento por su conducta pasada.

41. De algún modo así lo hace notar la SAP de Badajoz de 20 de abril de 2020, se prueba que el hijo desheredado no sabía nada de su padre ni de su salud, que le llamaba por teléfono un par de veces al año, comportamiento que hacía sufrir a su padre. El hijo se defendió diciendo que cuando sus padres se separaron él tenía 11 años y se fue a vivir con unos tíos -abuelos, pero en Tribunal declara justificada la desheredación y señala que ya no tiene esa edad sino 41 años.

42. En lo que respecta a las personas discapacitadas, también hay que examinar caso por caso, pero tampoco cualquier tipo de discapacidad psíquica impide de por sí la desheredación⁴⁴.

43. Hay casos claros de inimputabilidad del legitimario como el del supuesto de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de diciembre de 2015 (AC/2016/383). En ella hija desheredada tenía modificada su capacidad de obrar tanto en el ámbito patrimonial como en el personal y aportó en la causa un informe médico forense que decía que sufría un grave deterioro mental (cuantificado en un 90%) por lo que no se le podía imputar una conducta dolosa respecto de su progenitora.

Otros no resultan tan claros⁴⁵.

y a la hija de esta (ambas descendientes de una hija premuerta) tanto por injurias como por maltrato y negación indebida de alimentos. No prospera la desheredación respecto de la bisnieta por cuanto en el momento en que el abuelo la desheredó solo tenía seis años, por lo que realmente no pudo incurrir en causa de desheredación.

⁴² La SAP de Tarragona de 17 de octubre de 2003 (JUR 2003/259597), sobre la desheredación de una madre a su hija que la había injuriado, golpeado y menospreciado en público, aunque el conflicto entre madre e hija surge con la separación de los padres, y la depresión que ello ocasiona a la madre, ello no es óbice para que el tribunal entienda que existió justa causa de desheredación.

⁴³ En este sentido, M. ORDÁS ALONSO, ob. cit., p. 296.

⁴⁴ La SAP de Barcelona de 22 de abril de 2014 pone de manifiesto la necesidad de tomar en consideración que el desheredado “debe reunir suficientes condiciones mentales para ser considerado responsable de sus propios actos”

⁴⁵ Así, la SAP de Asturias, secc. 7ª, 312/2018 de 22 de junio, toca el caso de una hija que se introdujo en el mundo de la droga desde joven, creando conflictos con sus padres a los que amenazaba y vejaba, con expresiones como, “ojalá os muráis”,

III. La desheredación de descendientes por las causas del art. 853, 2ª cc

1. El reconocimiento por el TS del maltrato psicológico como un tipo de maltrato de obra

44. Respecto de la desheredación de descendientes la causa más frecuentemente alegada en particular, después de las SSTs de 3 de junio de 2014 y de 30 de enero de 2015 que, aunque previamente existiera alguna otra de Audiencia que también lo menciona⁴⁶, son las del TS que incluyen como un tipo del maltrato de obra que menciona el CC en el art. 853, el denominado maltrato psicológico, cuyo concepto inicialmente algo difuso, en base a la jurisprudencia recaída después de las dos sentencias mencionadas y las que les han seguido, ya puede concretarse.

45. Aunque esas dos primeras sentencias se recibieron por gran parte de la doctrina como un giro radical de la jurisprudencia del TS, en cuanto que el maltrato psicológico no está mencionado específicamente como causa de desheredación en el art. 853 CC, y fueron criticados los otros argumentos manejados por el TS, sin duda, argumentos manifiestamente mejorables.

46. Para algún autor este cambio jurisprudencial implica una “tendencia a ampliar las causas de privación de la legítima en España, con particular atención a la hipótesis en que los legitimarios son los hijos” y añade que la STS, 1ª, de 3 de junio de 2014 sanciona con la privación de la legítima un comportamiento no tipificado legalmente —el abandono o despreocupación por los problemas del testador— que, a criterio de los jueces, merece ser elevado a la categoría de “maltrato psicológico y que el problema es que el CC español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos europeos, no contempla tal causa de desheredación”⁴⁷.

47. Evidentemente en el art. 853, 2ª CC no se menciona literalmente el maltrato psicológico, pero sí el maltrato de obra, en el que aquel tiene cabida, ya que el maltrato psicológico se da por acciones y omisiones irrespetuosas y vejatorias de los descendientes respecto de sus descendientes y el abandono lo es, cuando reúne los requisitos que se siguen de la jurisprudencia del TS, que más adelante veremos.

48. Lo que, si ha supuesto un cambio importante del TS, concretado en la doctrina de las dos repetidas dos sentencias y otras posteriores, es el interpretar el art. 853, 2ª sin aplicar ese criterio restrictivo exagerado mencionado. El TS ha buscado, sin más, interpretar el texto de ese artículo, según el sentido propio de sus palabras, y con atención fundamental al espíritu y finalidad de la norma.

49. El maltrato de obra es una expresión muy amplia dentro de la cual, sin hacer ninguna interpretación extensiva ni analogía, caben muchas posibles conductas. Lo que carece de sentido es limitar su concepto a la violencia física, pues sería reducir exageradamente sin razón para ello, el ámbito de esta causa, que ya existe en concreto en la indignidad, aunque con la exigencia de que exista una sentencia condenatoria firme (art. 756, 1ª y 2ª).

50. Maltratar es tratar mal. Otra acepción del diccionario de la RAE es menoscabar (para una persona menoscabar su dignidad, su autoestima, su buena fama), y eso puede hacerse de muchas formas, con violencia física o verbal o incluso con una pasividad de actuación cuando lo obligado sea actuar.

u “ojalá te dé un cáncer”. Pronto la joven abandonó el domicilio familiar y solo volvía esporádicamente para pedir dinero. No mantenía con ellos vinculación ninguna y, no se preocupó para nada de la enfermedad del testador, pero la Audiencia entendió que no se trataba de un maltrato voluntario e intencionado, sino de una conducta derivada de la esquizofrenia paranoide padecida por la hija que le alteraba la percepción de la realidad.

⁴⁶ SAP Palencia 20.4. 2001 habla de menoscabo físico o psíquico del testador, otra sentencia más, la de 2011 de la SAP Málaga, cita las dos Esther.

⁴⁷ E. ARROYO AMAYUELAS, Y E. ARNÓS AMORÓS, E., “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿a quién prefieren los tribunales?”, InDret, abril 2015.

2. La jurisprudencia del TS sobre el maltrato psicológico a día de hoy

51. Después de esas dos primeras sentencias del TS, ha habido otras varias más y, merece la pena verlas todas sintéticamente, y comprobar que la entronización del maltrato psicológico como sub-tipo del maltrato de obra, no ha supuesto en absoluto, dar cobertura a una desheredación al libre albedrío del causante.

52. Empecemos por recordar las dos sentencias iniciales⁴⁸.

A) La STS 258/2014 de 3 de junio (RJ 2014/3900)

52. En el caso de esta sentencia pionera, el padre deshereda a sus dos hijos, *ex art.* 853, 2ª CC. Para ambos las causas se concretan en haberle maltratado de obra y, por insultos y menosprecios reiterados. El testador nombra heredera universal a su hermana. Las conductas de los hijos se califican por la sentencia de primera instancia como, “un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar”.

53. El primer argumento del TS (F. de D. segundo, núm.3), dice que, “en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (art. 848 CC) y, ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo”. Con esta doctrina es claro que se puede entender que el maltrato psicológico tiene cabida dentro del maltrato de obra.

54. Continúa el TS, que las causas de desheredación, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. La conducta de unos hijos que se comportan como los del caso, con una actuación continuada de vejaciones y abandono a su padre enfermo, es evidente que produce el menoscabo o lesión del estado anímico del causante, es un claro maltrato grave producido por sus acciones y omisiones.

55. Luego la STS puntualiza que, “fuera de un pretendido “abandono emocional”, como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo, e incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios” (F. de D. segundo, núm.6).

56. El Supremo apreció que la causa de desheredación era justa por maltrato psicológico.

57. Con respecto a los argumentos que suma al principal el TS para justificar esta moderna interpretación son dos. Por una parte, el necesario empleo en la interpretación de las causas de desheredación del art.853, 2ª del criterio sociológico del art. 3,1, CC de atender a, “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas [las normas]”. Y, por otra, el “*favor testamenti*”.

58. El uso del criterio sociológico aquí es innecesario, aunque resulta útil para justificar el cambio en la interpretación que ahora hace el TS del art. 853, 2ª CC. El maltrato de cierta gravedad de los

⁴⁸ Ambas con el mismo ponente, J. Orduña Moreno.

descendientes a sus ascendientes, en todas sus posibles variantes siempre ha sido considerado sociológicamente maltrato, ya en el momento en el que se promulgó el Código, lo sigue siendo en el siglo XX y también en el XXI.

59. La única cuestión a plantearse en cada caso es si la conducta del legitimario constituye o no un maltrato o una injuria graves.

60. En cuanto al argumento basado en el *favor testamenti*, simplemente es algo fuera de lugar⁴⁹.

B) La STS de 30 de enero de 2015 (RJ 639/2015)

61. La testadora deshereda a su hijo y a sus dos nietos hijos de éste por las causas del art. 853, 2ª CC. En el mismo testamento manifestó que tenía en marcha un litigio (en ese momento pendiente de sustanciar en casación). En dicho litigio solicitaba la revocación de unas importantes donaciones que efectuó a esos descendientes, por haberlo hecho bajo engaño y coacción. Instituye como heredera universal a su otra hija.

62. El maltrato de obra que justificaba la desheredación era que precisamente con esas donaciones le habían privado prácticamente de todo su patrimonio⁵⁰, sin tener ingresos suficientes para abordar con dignidad la última etapa de su vida.

63. El juzgado entendió que la conducta del hijo y de los nietos constituyó maltrato de obra y también psicológico por el sufrimiento que ese despojo permaneció hasta su muerte ocurrida 6 años después.

64. La audiencia, en cambio, aun reconociendo el grave daño psicológico padecido por la testadora no aprecia justa causa de desheredación en base a la interpretación restrictiva del art. 853 y de la integridad de las legítimas. Esto es, se hace eco de la interpretación más tradicional de la desheredación.

65. El TS pone de manifiesto la gravedad del maltrato psicológico que ha supuesto la conducta del hijo y los nietos que se ha prolongado durante años y concluye que hay justa causa de desheredación. Repite los mismos argumentos coadyuvantes de la STS de 3 de junio de 2014.

66. Poco antes de esta sentencia el TS había dictado sentencia favorable a la revocación de las donaciones que acabo de mencionar. En ella se reconocía, además del daño material de la privación de sus bienes, el grave daño emocional sufrido por la testadora.

67. Después de estas dos SSTS ha habido otras cuatro más⁵¹:

C) STS de pleno, 401/2018 de 27 de junio⁵²

67. Las circunstancias de hecho de este caso resultan bastante confusas, tanto con respecto a las actuaciones del padre y como a las de la hija.

⁴⁹ E. ARROYO AMAYUELAS, Y E. FARNÓS AMORÓS, ob. cit., p.8, lo califican de “sorprendente” y no es para menos.

⁵⁰ El hijo y nietos desheredados al oponerse a la existencia de justa causa lo hacen porque temen que, como sucedió posteriormente, se revoquen las donaciones viciadas. De otro modo, dado que en el momento de su muerte la testadora prácticamente carecía de patrimonio, no les hubiera preocupado gran cosa ser desheredados.

⁵¹ Me refiero a sentencias del Tribunal Supremo que han recaído en concreto sobre la desheredación por las causas del art. 853, 2ª, puesto que además de las que examino ha habido otras sentencias sobre otras cuestiones relacionadas con la desheredación. Así la STS de 25 de septiembre de 2019 (ROJ 2917/2017) cuyo objeto es el plazo de ejercicio de la acción de desheredación injusta.

⁵² Ponente, M.ª A. Parra Lucán.

68. El testador deshereda a su hija, pero no recoge de manera expresa -como exige el art.849 CC, la concreta causa legal en la que funda la desheredación se limita a decir “conforme con lo dispuesto en el art.848 y ss. CC”, hace solo una mera referencia genérica a la regulación de la desheredación. A su testamento abierto incorpora el testador dos documentos, de los que el TS estima que se podría inferir la causa legal de desheredación⁵³. Se trata de la copia de una carta que el padre dirigió a su hija expresando en ella su deseo de volver a reanudar la relación paternofamiliar, que se cortó con la crisis matrimonial entre los dos progenitores cuando la hija tenía 9 años. El otro, es una denuncia por injurias y malos tratos físicos que interpuso el padre contra su hija ya adulta y que fue archivada. Asimismo, se plantea si antes del fallecimiento del testador después de la carta y de la denuncia, existió o no, una reanudación de la relación familiar, lo que se argumentaba un intercambio de mensajes entre padre e hija en redes sociales.

69. Se ha probado que en redes sociales la hija había vertido opiniones especialmente duras con respecto a su padre.

70. El juzgado declara injusta la desheredación efectuada, tanto porque falta la mención de su causa legal concreta, como porque la hija aporta una carta posterior a la denuncia archivada de la que podría inferirse un perdón del testador.

71. El TS señala que las mencionadas declaraciones vejatorias que hace la hija en Facebook son un hecho puntual y no pueden considerarse un maltrato reiterado. Además, que en este caso la posible eficacia desheredatoria se desvirtúa con los posteriores cordiales mensajes en redes entre ambos, así como la falta de mención de causa legal concreta en el testamento.

72. Por lo que respecta a la falta de relación familiar afectiva el TS entiende que para que pueda considerarse causa de desheredación debe ser continuada y solo imputable al desheredado.

D) STS 267/2019 de 13 de mayo (ROJ 1523:2019)⁵⁴

73. En el caso la causante deshereda a sus dos hijos por maltrato psicológico e injurias y nombra heredero universal a su tercer hijo, en su caso sustituido por sus descendientes.

74. Justifica la desheredación por injurias reiteradas proferidas contra ella por ambos y abandono en una situación de enfermedad incapacitante, lo que alega que constituyó maltrato psicológico. Uno de esos dos hijos residió con ella en la vivienda familiar los últimos meses de su vida, porque materialmente no tenía donde ir. El segundo hijo, se conduce de forma muy similar, con un comportamiento de menosprecio y falta de atención a su madre, a la que negaba tal condición, sin querer tener ninguna relación con ella. El tercer hijo instituido heredero, aporta una amplia prueba testifical y documental, del comportamiento de ambos hermanos y, del sufrimiento de su madre.

75. El TS, como previamente habían hecho los tribunales de instancia, declaró justa la desheredación, por el maltrato psicológico a su madre de los dos hijos desheredados a lo largo de los años, en particular en los últimos de su vida. Así mismo se desestima la pretensión de que la convivencia de uno de esos hijos durante los últimos meses de vida en la vivienda de la testadora fuera prueba de que había existido reconciliación, ya que dicha convivencia se debió a necesidad económica del hijo y que durante la misma el maltrato continuó.

⁵³ Aunque pudiera concluirse de esos documentos la causa concreta de desheredación parece que la el art 849 contiene una clara exigencia formal para la eficacia de la desheredación de mencionar expresamente la causa o causas legales en las que aquella se fundamenta. En este sentido la RDGRN de 25 de mayo de 2017, que, al recordar los requisitos de la desheredación, señala: “La expresión de la causa legal, ha de ser una de las tipificadas por la ley y ha de ser anterior al otorgamiento del testamento, si bien la expresión de la causa puede hacerse, bien por referencia a la norma que la tipifica, bien mediante la imputación de la conducta tipificada”.

⁵⁴ El ponente de esta sentencia es el misma de las dos sentencias pioneras; J. Orduña Moreno.

E) STS 419/ 2022 de 24 de mayo⁵⁵

76. En este caso las desheredadas son las nietas de la causante, hijas de un hijo premuerto (ya separado de su esposa). La causa alegada por la testadora era el maltrato de obra con falta de relación absoluta con el padre y toda su familia, desde la separación de sus progenitores⁵⁶. Sus otros hijos son instituidos, una como heredera y los otros dos como legatarios.

77. Quedó claramente probado que existía un alejamiento entre abuela y nietas, iniciado por el conflicto conyugal entre sus progenitores, pero no se acredita el maltrato a la abuela, en general ni el psicológico en particular (no hay datos de conductas concretas ni mención de los momentos en que esas se habrían producido). Además, tampoco se ha probado el daño psicológico que alegaba la abuela, y si, que en esa falta de relación familiar ha colaborado la conducta y actitud de la misma abuela.

78. El TS no aprecia causa de desheredación justificada y fija una doctrina clara sobre el maltrato psicológico.

79. Comienza señalando que en los últimos años la jurisprudencia de la sala ha llevado a cabo una interpretación flexible del art. 853, 2ª CC, y para justificar esta menciona otra vez más la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicada la norma, así como que esta interpretación trata de dar respuesta a las situaciones de menosprecio y abandono a las que pueden verse expuestas las personas vulnerables de edad avanzada. Reitera el concepto de maltrato psicológico que se viene repitiendo en sentencias anteriores, y que queda comprendido dentro del maltrato de obra.

80. Recuerda que en la STS 401/2018 de 27 de junio, se afirmó además que, “Una falta de relación continuada imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría configurarse como una causa de privación de la legítima.

81. Y finaliza su argumentación general diciendo que en el sistema legal vigente no toda falta de la relación afectiva o trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad suficiente para poder reconducirlo a la causa legal del maltrato de obra del art. 853 Cc”. Deja bien claro que : “sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante”.

F) STS 556/2023 de 19 de abril⁵⁷

82. Los hechos son los siguientes: El padre deshereda a sus dos hijos por maltrato de obra e injurias e instituye heredera a su pareja. De los dos hijos, solo la hija demanda motejando de injusta la causa de desheredación alegada, por lo que la apreciación del recurso de casación no afecta al otro hermano que no demandó.

⁵⁵ Ponente Mª A. Parra Lucán, que ya lo fue de la 401/2018, de 27 de junio.

⁵⁶ Como es habitual cuando se incluye una cláusula de desheredación existiendo una pluralidad de herederos, la testadora dispuso que para el caso de que no se apreciara la justicia de la desheredación, las nietas solo deberían percibir la legítima estricta.

⁵⁷ Ponente Mª A. Parra Lucán.

83. El testador alega que tras la crisis de su matrimonio fue maltratado e injuriado, y los hijos cortaron todo tipo de relación con su padre.

84. El testamento no contiene una descripción detallada de las conductas de sus hijos que supuestamente constituyeron los maltratos de obra, ni las expresiones por las que el testador se consideró gravemente injuriado de palabra, ni las concretas circunstancias de tiempo o lugar en que las mismas se produjeron, por lo que correspondería a la heredera, la pareja del testador, probar esas circunstancias. No obstante, curiosamente la heredera no se ha personado en autos, ni ha propuesto prueba alguna para acreditar la causa de desheredación contradicha, por lo que, la falta de prueba sobre los citados maltratos de obra e injurias graves debe perjudicar a esta última. Por ello, se desestiman las injurias o maltrato físico como causa de desheredación.

85. En cambio, la Audiencia aprecia la falta de relación con los hijos durante 16 años (desde su separación hasta su muerte), sin que siquiera conozca sus domicilios, con un absoluto desinterés de ellos a su padre y lo considera maltrato psicológico como variante del maltrato de obra, y da por supuesto el sufrimiento padecido por el testador.

86. El TS reproduce literalmente en el F. de D. tercero los argumentos de su sentencia 419/2022 que, aplicados al caso de esta última sentencia, al no concurrir los requisitos establecidos, supone la declaración de que no hay desheredación válida al no concurrir justa causa.

IV. El concepto jurisprudencial de maltrato psicológico

87. Todas estas sentencias del Supremo han construido el concepto de maltrato psicológico, a base de establecer los requisitos necesarios para que pueda entenderse que se ha producido:

- No solo se trata de un comportamiento de vejaciones, abandono, o insultos, sino que debe haber producido un sufrimiento, angustia o zozobra en el testador. Las sentencias en ocasiones dicen⁵⁸ que el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador. En este sentido, conviene matizar, que ese modo de expresarse es excesivo, no se trata de que le haya producido en sentido estricto una enfermedad mental, sino un apreciable nivel de sufrimiento o angustia. Esto es más fácil de probar cuando en el momento del abandono o insultos el testador era vulnerable por su edad avanzada o enfermedad.
- El comportamiento ha de poder calificarse de grave y debe haberse realizado intencionalmente y, solo por parte del legitimario desheredado y no por el testador.
- No es suficiente la mera falta de relación por un tiempo más o menos largo, un mero debilitamiento del vínculo afectivo tolerado por ambas partes.

⁵⁸ Las dos primeras de 2014 y 2015, y se citan estas en las otras, la 401/2018, la 267/2019.

Una década de la Directiva 2014/104/UE, de acciones de daños *antitrust*, a través de las sentencias del TJUE

A decade of Directive 2014/104/EU on antitrust damages actions through the judgments of the EUCJ

FERNANDO DíEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil
Universidad Nebrija*

ORCID ID: 0000-0002-5011-0051

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 27.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8929

Resumen: Una vez cumplida una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE de daños derivados de ilícitos anticompetitivos, si bien los principios que la inspiran están ya firmemente asentados, su aplicación práctica ha encontrado un sinnúmero de problemáticas, tanto sustantivas como procesales. En este comentario se analiza la jurisprudencia del TJUE en estos diez años perfilando la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE, principalmente al hilo de las cuestiones prejudiciales que se le han ido planteando con motivo de las reclamaciones derivadas del conocido como “cártel de los camiones”.

Palabras clave: Aplicación privada, acciones de daños, jurisprudencia, TJUE.

Abstract: A decade after the adoption of Directive 2014/104/EU on damages arising from antitrust infringements, although the principles that inspire it are now firmly established, its practical application has encountered a host of problems, both substantive and procedural. This commentary analyses the case law of the CJEU over the last ten years, outlining the private application of competition law in the EU, mainly in the light of the preliminary rulings that have been submitted to it on the occasion of the claims arising from the so-called “trucks cartel”.

Keywords: Private enforcement, damages actions, jurisprudence, EUCJ.

Sumario: I. Introducción: una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, de daños antitrust. II. Principales problemáticas surgidas estos años, sustantivas y procesales. 1. Complementariedad entre aplicación pública y privada. 2. Cuantificación del daño, informes periciales y exigencias probatorias. 3. La facultad de estimación judicial. 4. El concepto de “empresa” a efectos de imputación de responsabilidad. 5. La prescripción y el *dies a quo*. III. Valoración final.

“La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su Apdo. 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia”

TJCE Sentencia Courage, 2001 (Apdo. 26).

I. Introducción: una década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, de daños *antitrust*

1. Cuando en el año 2001 la histórica sentencia del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) en el asunto *Courage c. Crehan*¹ reconoció como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos, se puso en marcha un proceso de radical transformación de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE.

2. Poco tiempo después, en el año 2006, su pronunciamiento en el asunto *Manfredi*² desarrollaría aún más este principio de indemnidad de los perjudicados, estableciendo que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta *antitrust*. Desde los primeros análisis que se hicieron de este proceso de privatización del derecho de competencia³ se puso de manifiesto que si bien existían cauces procesales para reclamar una indemnización por el daño sufrido, su efectividad real era prácticamente nula, debido a los múltiples obstáculos existentes que impedían la realidad de un “marco normativo realmente eficaz para obtener la reparación de los daños causados por infracciones al Derecho de la competencia”⁴.

3. Este proceso experimentó, hace ahora una década, un renovado y definitivo impulso con la aprobación de la Directiva⁵ 2014/104/UE en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia. En España, esta profunda transformación se incorporó a nuestro derecho interno por Real Decreto-Ley⁶ 9/2017, de 26 de mayo.

4. La incorporación de la Directiva de daños al derecho interno de los Estados miembros de la UE, y su aplicación por los jueces y tribunales nacionales en estos primeros compases de su vigencia, ha experimentado las fases típicas de todo proceso legislativo novedoso: desconcierto inicial, pronunciamientos contradictorios, consolidación y maduración del sistema. A la postre, una de las herramientas que más ha contribuido a clarificar aquellos aspectos dudosos -tanto en el plano sustantivo como en el procesal-, ha sido el planteamiento al TJUE por parte de los órganos jurisdiccionales de cuestiones prejudiciales.

5. En estas páginas se analizarán, de forma conjunta -y necesariamente no exhaustiva- algunos de los principales pronunciamientos dictados por el Tribunal de Luxemburgo en esta década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE. Aunque la perspectiva será eminentemente la comunitaria, atendiendo al conjunto de la UE, será inevitable la referencia continua a los casos en España, si quiera porque nuestro país ostenta el récord indiscutido en el número de cuestiones prejudiciales planteadas sobre esta materia.

6. Para el desarrollo de este trabajo se seguirá el siguiente esquema. Tras este epígrafe de introducción se examinarán, en el apartado II, cuáles han sido las principales problemáticas surgidas a raíz de la aplicación, en los diferentes Estados miembros, de las normativas nacionales de transposición de la Direc-

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, Rec. 2001 p. I-6297.

² Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de julio de 2006, Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

³ C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El Libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 3, Año 2008.

⁴ C. FERNÁNDEZ-VICIÉN, “La eficiencia real del Derecho de la Competencia: la indemnización de los daños causados”, en S. MARTÍNEZ-LAGE y A. PETITBÓ JUAN (Dir.), *La modernización del Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons – Fundación Rafael del Pino, Madrid 2005, pág. 171.

⁵ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del Derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, D.O.U.E. L349/1, de 5 de diciembre de 2014, pp. 5 a 19.

⁶ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, *B.O.E.* núm. 126, pág. 42820, de 27 de mayo de 2017.

tiva 2014/104/UE. Al hilo de dichas problemáticas prácticas se analizarán los pronunciamientos con los que el TJUE ha ido perfilando y aclarando los rasgos y condiciones de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en la UE, en lo que al ejercicio de acciones de daños derivados de conductas anticompetitivas se refiere. Nos centraremos en los asuntos que se han suscitado en el marco del conocido como “cártel de los camiones”. Finalmente, en el apartado III se ofrece una valoración global de las cuestiones examinadas.

II. Principales problemáticas surgidas, sustantivas y procesales

7. En esta fase inicial de aplicación privada del Derecho de la Competencia se han planteado, entre otras, las siguientes problemáticas⁷ de interpretación del derecho nacional conforme a la Directiva 2014/104/UE: complementariedad entre la aplicación privada y la pública; jurisdicción competente para conocer de las demandas; legitimación activa y pasiva; efecto vinculante de la decisión de la Comisión; plazo de prescripción de la acción de daños y determinación del *dies a quo*; litisconsorcio pasivo necesario; presunción de daño *in re ipsa*, valoración de los dictámenes periciales; estimación judicial del daño; valoración de la defensa *passing-on*; etc. Naturalmente, excedería con creces el ámbito de este comentario entrar a analizar en detalle cada una de esas temáticas; nos centraremos en las principales, y que han motivado -debido al planteamiento de una cuestión prejudicial- un pronunciamiento por parte del TJUE.

8. No sorprende, en absoluto, que la herramienta de la cuestión prejudicial ante el TJUE haya sido empleada tan abundantemente en esta materia, dado que las dificultades que hemos reseñado estaban frustrando precisamente el objetivo principal de la Directiva: facilitar el ejercicio de acciones de daños derivados de conductas anticompetitivas. Ante un recurso de apelación planteado ante la Audiencia Provincial de Barcelona, este órgano suspendió el procedimiento y planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto⁸ de fecha 24 de octubre de 2019. Es interesante que la primera razón que da la AP (apartado 10) para justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial es precisamente por las dificultades a las que tienen que enfrentarse los reclamantes de daños. Se dice que equivalen en la práctica a una suerte de falta de tutela judicial efectiva; en terminología muy propia del derecho antitrust, llega a calificar estas dificultades como de... ¡“una importante barrera de entrada en el procedimiento para los perjudicados”! (apartado 27).

9. Así, y solamente en el contexto de las reclamaciones de daños derivados del cártel de los camiones (que será en el que centraremos nuestro análisis) el TJUE lleva resueltas siete cuestiones prejudiciales, habiendo al momento de escribir estas páginas todavía dos pendientes de pronunciamiento:

Órgano judicial	Sentencia del TJUE	Magistrado ponente
Győri Ítéletábla (Hungria)	C-451/18, <i>Tibor- Trans c. DAF</i> ECLI:EU:C:2019:635	C. Toader
Audiencia Provincial Barcelona (sec. 15)	C-882/19, <i>Sumal c. Mercedes</i> ECLI:EU:C:2021:800	D. Šváby
Juzgado mercantil nº 2 de Madrid	C-30/20, <i>RH c. Volvo</i> ECLI:EU:C:2021:604	M. Safjan
Audiencia Provincial León (sec. 1)	C-267/20, <i>Volvo AB & DAF Trucks</i> ECLI:EU:C:2022:494	A. Arabadjiev
Landgericht Hannover	C-588/20, <i>Landkreis Northeim & Daimler</i> ECLI:EU:C:2022:607	A. Arabadjiev
Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona	C-163/21 <i>AD c. DAF</i> ECLI:EU:C:2022:863	N. Wahl
Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia	C-313/21, <i>Tráficos Manuel Ferrer</i> ECLI:EU:C:2023:99	N. Wahl
Tribunal Supremo	C-632/22, <i>Transsaqui c. Volvo</i>	
Audiencia Provincial de Pontevedra	C-285/21, <i>Dalarjo c. Renault</i>	

⁷ Para una visión general de estas problemáticas iniciales, con referencia expresa al cártel de los camiones, permítase la referencia a F. DÍEZ ESTELLA, “Problemáticas prácticas en las acciones de daños derivados de cárteles en España”, en AA.VV., *No vedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ / J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS), Aranzadi, 2019, págs. 687-732.

⁸ Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 775/2019, de 24 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:9370A).

1. Complementariedad entre la aplicación pública y privada

10. En todos los debates previos a la aprobación de la Directiva 2014/104/UE se insistió infatigablemente en la complementariedad entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia, como sistemas que no están llamados a ser sustitutivo uno del otro. Esto corresponde al entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

11. Ello no impidió que desde el primer momento se cuestionara si el previsible desarrollo de las acciones de daños llevaría a un detrimento del *public enforcement*: “la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma”⁹. Así, en la sentencia *Sumal c. Mercedes*¹⁰ señala el TJUE que:

“al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (*public enforcement*), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (*private enforcement*) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos” (apartado 37).

12. Esta categórica afirmación se apoya explícitamente en la sentencia *Skanska*¹¹, que también resuelve una cuestión prejudicial al hilo de las reclamaciones de daños antitrust. Como puede deducirse de la literalidad de la expresión, asigna a la aplicación privada la función disuasoria que siempre se ha considerado como propia (¿y exclusiva?) de la aplicación pública del Derecho de la Competencia. En sus conclusiones a otro asunto similar, ya había manifestado el A.G. Wahl con toda rotundidad que: “Al utilizar expresiones categóricas como derechos y eficacia del Derecho de la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia recalcó especialmente la función disuasoria de las demandas de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión”¹².

13. El actual sistema de *enforcement* “bifurcado” (público y privado) persigue por tanto la disuasión como objetivo principal, y también la compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas de las prácticas anticompetitivas, que tiene efectos disuasorios. Como señala el AG Wahl, en las Conclusiones en *Skanska*: “Ello se debe a que una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios, al igual que la aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito público por las autoridades de defensa de la competencia, también persigue —aunque por un mecanismo distinto— disuadir a las empresas de llevar a cabo comportamientos contrarios a la competencia. En efecto, como Vantaan kaupunki señaló, la aplicación en el ámbito público y la aplicación en el ámbito privado del Derecho de la competencia de la Unión forman parte de un sistema completo, aunque con dos ramas, que ha de considerarse como un todo.” (Apartado 76).

14. Es más, como acertadamente señala el TJUE en el párrafo nº 41 de *Tráficos Manuel Ferrer*, “el legislador de la Unión partió de la apreciación de que la iniciativa del sector público, es decir, de

⁹ D. CASTRO-VILLACAÑAS, “La transposición de la Directiva de Daños de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 445.

¹⁰ STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *Sumal, S. L., contra Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, As. C-882/19 (ECLI:EU:C:2021:800).

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* (ECLI:EU:C:2019:204), apartado nº 45.

¹² Conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, Asunto C 724/17, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asphaltmix Oy* (ECLI:EU:2019:100), apartado 29.

la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia, para combatir los comportamientos contrarios a la competencia no era suficiente a efectos de garantizar el pleno respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y de que debía facilitarse al sector privado la posibilidad de contribuir al cumplimiento de ese objetivo”. Este razonamiento está en el trasfondo del pionero pronunciamiento de 20 de febrero de 2019¹³ del Magistrado Pastor, que integra en delicado equilibrio los principios de efectividad e indemnidad, junto con los de debido respeto al derecho de defensa del demandado.

15. Aplicación pública y privada son, por tanto, dos dimensiones de una misma realidad: la existencia de conductas contrarias a la libre competencia, que causan un perjuicio al mercado, a las empresas competidoras de las infractoras, y en última instancia -y en todo caso- a los consumidores. Citando la jurisprudencia *PACCAR* y otros¹⁴, lo sintetiza el TJUE en el apartado 42 de su sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*: “Esta participación del sector privado en la sanción pecuniaria y, por ende, en la prevención de comportamientos contrarios a la competencia es tanto más deseable si se tiene en cuenta que no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alegue haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados”.

16. Como ha señalado en una publicación doctrinal el magistrado que elevó la cuestión prejudicial que dio lugar a la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*, “de alguna manera, debe considerarse también que la aplicación privada del derecho de la competencia coadyuva a la consecución de los fines de la aplicación pública de este derecho, que son los de inhibir conductas ilícitas”¹⁵. Otros autores van aún más allá, llegando a afirmar que la función disuasoria “es la que vertebra el sistema de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia”¹⁶.

2. Cuantificación del daño, informes periciales y exigencias probatorias

17. El tema que va a ser objeto de análisis en este apartado es, como se ha puesto de manifiesto¹⁷, el que más dificultades ha planteado en esta década desde la aprobación de la Directiva 2014/104/UE:

- 1) n primer lugar, porque esta cuantificación no puede hacerse -como en otros ámbitos de la responsabilidad civil por daños- midiendo el quebranto patrimonial cierto y determinado, sino recreando un escenario hipotético contrafactual: estimando cuál sería el precio que habría pagado el adquirente del producto cartelizado en condiciones de un mercado competitivo;
- 2) En segundo lugar, la complejidad de la cuantificación del daño se deriva de la evidente asimetría de información existente entre las partes en conflicto. No obstante, como veremos en el epígrafe siguiente, relativo a la facultad de estimación judicial, para el TJUE, en *Tráficos Manuel Ferrer* (apartado 54), el concepto de asimetría de información pese a que “está en el origen” de la adopción del art. 17.1 de la Directiva 2014/104, sin embargo “no juega ningún papel”¹⁸ en el ejercicio de esta facultad.

¹³ Sentencia del JMerc. nº 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

¹⁴ STJUE de 10 de noviembre de 2022, As. C-163/21 (ECLI:EU:C:2022:863), apartado nº 56 y ss.

¹⁵ E. PASTOR MARTÍNEZ, “Acciones «follow on»: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 317 (2020), pág. 16.

¹⁶ J. MARTÍ MIRAVALLS, “Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles”, en *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Ed. Ateliers, Valencia 2021, pág. 18.

¹⁷ Permítase la referencia a F. DíEZ ESTELLA: “De nuevo la batalla por la cuantificación del daño y la estimación judicial: La STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, pp. 1187-1212.

¹⁸ Con razón se ha dicho que en este punto el TJUE se está contradiciendo a sí mismo, ya que es precisamente la existencia de asimetría informativa la *raison d'être* de las herramientas para paliarla, entre las que se encuentra la facultad de estimación judicial; *vid.*, a este respecto, L. HORNKOHL, “Of Adequate Cost Rules, Judicial Damages Estimation, and Fundamental Principles of Antitrust Damages Actions”, *Kluwer Competition Law Blog*, 17 February 2023. Disponible en: <https://competitionlaw->

- 3) Y, en tercer lugar, hay un obstáculo si se quiere más “prosaico”, pero no por ellos menos significativo que los dos anteriores, a la hora de erigirse en una barrera para el efectivo ejercicio de acciones de daños, y es el coste económico que estas reclamaciones comportan.

18. A este respecto, sigue siendo válida y perfectamente aplicable la temprana doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia¹⁹ de 7 de noviembre de 2013, recaída en las acciones de daños causados por el cártel del azúcar, cuyo FD 7º marcó el modo de proceder para estas reclamaciones: “*comparando la situación real, consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia, y la ‘situación hipotética contrafáctica’, esto es, la que hubiera acaecido de no producirse la práctica ilícita*”.

19. A estos efectos, la herramienta probatoria clave es el informe pericial²⁰ (que, en el caso de las acciones ejercidas en España, ha de cumplir con todas las exigencias de la carga probatoria en nuestro proceso civil conforme al art. 217 LEC) del reclamante, que -sigue señalando el TS- debe estar elaborado de modo que “*formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos*”. Para ello, además de la propia *expertise* de los peritos, existe como es sabido una Guía Práctica de la Comisión Europea sobre cuantificación del daño en demandas por infracción de los artículos 101 y 102 TFUE. Pero, tal y como la propia Guía reconoce, y de esto se hace eco cualquier pronunciamiento judicial que tenga que conocer de una acción de daños de estas características “*es imposible saber con certeza cómo habría evolucionado exactamente un mercado si no se hubiera producido la infracción*”²¹.

20. Respecto a las exigencias probatorias del art. 217 LEC, ya la jurisprudencia ha recordado, en este ámbito concreto de las acciones de daños antitrust y en una interpretación conforme a la Directiva 2014/104/UE, éstas se “invierten” en favor del demandante, como ha señalado, por ejemplo, la ya Sentencia²² del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 19 de febrero de 2019:

“por la aplicación de la regla a un proceso follow on en concordancia con asunciones razonables traídas del caso en cuestión, sí se lograba una interpretación flexible de los materiales probatorios que podían permitir, hipotética pero fundadamente, reconocer la existencia del daño seguido de la infracción, con alteración de las cargas probatorias para exigir al demandado la tarea de enervar la eficacia de la presunción” (FD 5º, 59).

21. Sin embargo, y aun contando con esta “flexibilización” del estándar de prueba, es evidente que, como ha reconocido la jurisprudencia “*ninguna recreación de un mercado no cartelizado será capaz de proporcionarnos otra cosa que una conjetura razonable*”²³. Y esta conjetura no siempre convence al juzgador, ni siempre puede hacerse de forma que no admita refutación. Y siempre conlleva una gran dificultad para el reclamante de los daños. Aquí es entonces donde entra en juego la facultad de estimación del daño por parte del juez.

blog.kluwercompetitionlaw.com/2023/02/17/of-adequate-cost-rules-judicial-damages-estimation-and-fundamental-principles-of-antitrust-damages-actions-trafficos-manuel-ferrer-c-312-21/ (último acceso el 10 de mayo de 2024).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 651/2013, de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5819).

²⁰ Sobre la valoración que se ha hecho de la prueba pericial en las más de 400 sentencias dictadas en primera instancia, y más de medio centenar en apelación, hasta diciembre de 2020 (ahora son ya muchas más), y analizando también en profundidad la facultad de estimación judicial a partir de estos pronunciamientos, consideramos imprescindible el estudio publicado por F. MARCOS: “Cuantificación del daño causado el cártel de los fabricantes de camiones. Exigencias probatorias y estimación judicial”, en el blog *Almacén de Derecho*, el 5 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/cuantificacion-del-dano-causado-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones> (última consulta el 30 de abril de 2024).

²¹ Sentencia de la AP Coruña, núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APC:2021:21), FD 6º, apartado 33.

²² Sentencia núm. 34/2019 del Juzgado Mercantil nº 3 de Valencia, de 19 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).

²³ Sentencia de la AP de A Coruña núm. 42/2021, de 8 de febrero de 2021 (ECLI:ES:APC:2021:21), FD 6º, n. 38.

3. La facultad de estimación judicial

22. Comentando la histórica STS de 7 de noviembre de 2013, en el *cártel del azúcar*, señala²⁴ en una publicación doctrinal la Magistrada Purificación Martorell (AP de Valencia) las siguientes claves para entender la figura de la estimación judicial: 1) No a las soluciones salomónicas carentes de justificación; 2) Flexibilidad en la apreciación de la prueba no es igual a arbitrariedad y carencia de motivación; 3) No se acepta, como argumento válido de moderación, la falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación del demandante de intentar mitigar el daño sufrido.

23. En efecto, ya en algún pronunciamiento había recalcado que “*no se trata de sustituir la pericia por la discrecionalidad, con el riesgo que ello entraña de banalización del proceso y de supresión del principio de carga de la prueba del año que incumbe al perjudicado*”²⁵. El Tribunal Supremo, en la que ya se conoce como “primera ola” de sentencias sobre el cártel de los camiones, también se pronuncia sobre este concreto aspecto, señalando categóricamente que “*la recurrente alega que la Audiencia ha incurrido en arbitrariedad al hacer la estimación del daño y fijar su cuantía en el 5% del precio de adquisición de los camiones. Ya dijimos entonces que esta alegación confunde motivación manifiestamente irrazonable o arbitrariedad con arbitrio judicial*”²⁶.

24. Esta facultad, todo hay que decirlo, no es totalmente desconocida o novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. De esto también da cuenta nuestro Tribunal Supremo, en sus sentencias de junio de 2023, al recordar que “*la facultad del juez de fijar la indemnización del daño producido por la conducta infractora del Derecho de la competencia mediante una estimación ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia necesaria del principio de indemnidad del perjudicado propio del art. 1902 CC y del art. 101 TFUE, antes incluso de la entrada en vigor de la Directiva y de la transposición al Derecho interno del art. 17.1 de dicha Directiva*”²⁷. A este respecto, es muy clarificador en la lectura del ya citado Auto del Juzgado valenciano los calificativos con los que adjetiva la estimación judicial, ya que son indicativos de la naturaleza que esta facultad tiene para el magistrado remitente de la cuestión prejudicial: se la califica como de “facultad alternativa” (apartado 35), y su ejercicio como “subsidiario” (apartado 48). Otra jurisprudencia la califica como una solución de “último extremo”²⁸. Y el TJUE, en la Sentencia *Volvo AB y DAF Trucks* se refiere a ella como una “facultad particular”²⁹.

25. Para hacer efectivo el derecho a la reclamación de los daños de un perjudicado por una infracción *antitrust*, y por tanto no sólo para subsanar la asimetría informativa, se han arbitrado una serie de medios, enunciados en el apartado 44 de la STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*, que son los tipos de instrumentos los que se arbitran para facilitar el ejercicio de acciones, y que llevan a que la relación de fuerzas entre las partes en conflicto “*pueden terminar reequilibrándose*” (apartado 45), en función del uso que se haga de ellos: exhibición de prueba, estimación judicial, y las presunciones que conllevan una inversión de la carga de la prueba.

26. El tribunal de Luxemburgo delimita los contornos de esta facultad de estimación judicial con cuatro grandes negativas, que en algún caso rectifican o matizan el planteamiento de las preguntas formuladas por el tribunal remitente de la cuestión prejudicial:

- 1) La mera existencia de incertidumbres, que son, por otra parte, inherentes a cualquier litigio de daños, *no* justifica el recurso a la facultad de estimación judicial ex art. 17.1 Directiva 2014/104/UE (apartado 52).

²⁴ P. MARTORELL ZULUETA, “Culpabilidad y daños: cuantificación y reparación integral”, en *Acciones Follow-on. Reclamaciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, pág. 95.

²⁵ Sentencia de la AP de Valencia (Sección 9ª), de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APV:2019:4152).

²⁶ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 13.

²⁷ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 14.

²⁸ Sentencia de la AP de Barcelona, de 10 de enero de 2020, Ponente: Jose Mª Ribelles, FD 7º, n. 60 (ECLI:ES:APB:2020:58).

²⁹ STJUE de 22 de junio de 2022, As. C-267/20, apartado 83 (ECLI:EU:C:2022:494).

- 2) El concepto de asimetría informativa *no* justifica, por sí mismo, el recurso a la facultad de estimación judicial (apartado 54).
- 3) La puesta a disposición de datos por parte del demandado, y con independencia de que el demandante haya hecho uso de ella o lo haya declinado, *no* es un factor determinante en la decisión del juez de hacer empleo de su facultad de estimación del año (apartado 59).
- 4) El hecho de que la reclamación se dirija contra una de las empresas destinatarias de la Decisión de la Comisión pero que sólo ha comercializado parte de los bienes afectados por el cártel *no* influye en la facultad de estimación judicial del daño (apartado 64).

27. Por tanto, y según el TJUE en su sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*, el ejercicio de esta facultad está restringido a cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) El punto de partida ineludible (esto no cambia en absoluto con esta sentencia, ni con las anteriores) es la condición expresada en el art. 76.2 LDC: “*Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles*”.
- 2) En segundo lugar, tiene que haber un mínimo esfuerzo probatorio por el demandante; la facultad de estimación judicial no puede -ni debe- suplir su inactividad o negligencia. Lo señala la sentencia del TJUE en su apartado 57: “*En efecto, en el supuesto de que la imposibilidad práctica de evaluar el perjuicio se deba a la inactividad de la parte demandante, no corresponderá al juez nacional sustituir a esta parte ni suplir su falta de acción*”.
- 3) En tercer lugar, y en paralelo con el requisito anterior, el juez tiene también que desplegar una actividad de asimilación y comprensión de los informes periciales remitidos por las partes, que lógicamente serán contradictorios, y hacer un esfuerzo por asumir íntegramente la cuantificación que uno de los dos ofrece, o asumirla parcialmente, o a partir de dichos informes y contrainformes (y su ratificación si se celebra vista oral) y del resto de pruebas obrantes en el expediente, realizar una cuantificación de los daños, moderando o ponderando las propuestas por las partes.

28. En definitiva, indica el propio TJUE en su pronunciamiento, una facultad respecto de la que hay que poner todos los medios para no llegar a emplearla: “*(...) juez nacional, que, gracias a la peritación y al consiguiente contraperitaje, esclarecido por la divulgación de la información en que aquella se basa, dispone de datos que permiten acreditar la realidad del perjuicio sufrido por la parte demandante y determinar después la extensión de este, lo que puede evitarle tener que realizar una estimación judicial del perjuicio*” (apartado 58). Y, desde luego, es encomiable en este sentido la recepción por parte de los jueces españoles de la jurisprudencia emanada del TJUE, que inmediatamente incorporan esta doctrina en sus pronunciamientos³⁰, resolviendo en las reclamaciones de daños derivada del “cártel de los fabricantes de automóviles”.

29. El Tribunal Supremo, por su parte, incorpora íntegramente esta doctrina en su jurisprudencia en sus sentencias de junio de 2023, y la condensa en el concepto de “inactividad del perjudicado”, como factor que condiciona el válido empleo por parte del juez de su facultad de estimación del daño en una reclamación derivada de una conducta anticompetitiva. Así, señala que “*Para decidir si el ejercicio de facultades de estimación del daño realizado en la sentencia apelada ha sido correcto, hay que valorar, siguiendo los criterios fijados en la STJUE de 16 de febrero de 2023 citada, si la imposibilidad práctica de valorar el daño se debió a la inactividad del perjudicado. Y para realizar esta valoración no bastan las consideraciones generales o abstractas, sino que hay que atender a las circunstancias concretas del litigio*”³¹.

³⁰ SJMerc. nº 15 de Madrid, núm. 22/2023, de 4 de abril de 2023 (ECLI:ES:JMM:2023:577).

³¹ Sentencia núm. 947/2023, de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2480), FD 10º, apartado 17.

4. El concepto de “empresa”, a los efectos de imputación de responsabilidad

30. La Sentencia³² de 6 de octubre de 2021 del TJUE en el Asunto C-882/19, *Sumal, S.L. c. Mercedes Benz Trucks España, S.L.* resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona respecto a la legitimación pasiva en una reclamación de daños derivados del cártel de los camiones.

31. Para poder responder la cuestión prejudicial, y decidir si una empresa filial es responsable civilmente por los daños ocasionados por una conducta ilícita de su matriz, en la que no ha tenido parte -por lo menos directamente-, el TJUE entra de lleno a analizar uno de los conceptos más confusos de todo el Derecho de la Competencia: el concepto de “empresa”³³, precisamente el destinatario de las normas contenidas en los artículos 101 y 102 TFUE.

32. En efecto, “aunque la jurisprudencia comunitaria ha aportado recientemente algunas aclaraciones sobre la imputación de responsabilidad y el concepto de empresa en la aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia, así como una base jurídica explícita y útil para el análisis de la aplicabilidad de estas formas de responsabilidad, sigue existiendo una evidente falta de claridad con respecto a algunas cuestiones clave”³⁴.

33. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, parafraseando la célebre cita³⁵ de Isaac Newton, “el Tribunal construye su argumentación sobre la aplicación privada sobre los hombros fuertes de la aplicación pública, implícitamente rechazando de este modo las potenciales divergencias entre ambas herramientas”³⁶. En este aspecto el TJUE se separa un poco de la propuesta del AG Pitruzzella, que en el apartado nº 52 de sus conclusiones había planteado lo que él mismo califica como “modelo reconstructivo de la unidad económica”, y se apoya -para que la imputación de responsabilidad pueda realizarse no sólo en sentido *ascendente* (de la filial a la matriz) sino también *descendente* (de la matriz a la filial)- en el principio de efectividad o el hecho de que las autoridades nacionales tienen que facilitar el ejercicio de acciones, sin que haga falta para esto que sean requeridas por el derecho de la UE.

34. En el caso concreto que dio lugar a la cuestión prejudicial la demandante es Mercedes Benz Trucks España, una sociedad filial del grupo Daimler, cuya sociedad matriz es Daimler. Está acreditado que entre 1997 y 1999, dicha empresa adquirió dos camiones de MBTE a través de una entidad concesionaria del grupo Daimler, la sociedad Stern Motor, S. L. A raíz de la Decisión de la CE de 2016, y como recoge el TJUE (apartado nº 11): “Sumal presentó una demanda de resarcimiento por daños y perjuicios ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona por la que reclamaba a Mercedes Benz Trucks España el pago de 22.204,35€, correspondiente al sobre coste de adquisición que, según ella, había soportado debido al cártel en el que Daimler, sociedad matriz de Mercedes Benz Trucks España, había participado”.

³² STJUE (Gran Sala), de 6 de octubre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:800).

³³ En inglés, *undertaking*, y por tanto distanciándose de otros términos parecidos al uso en el momento de redactarse los Tratados, que pudieran tener más contenido legal, como podrían ser los de “compañía”, “firma”, “corporación”, “sociedad”, etc.

³⁴ P. WHELAN, “Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability” (April 11, 2022), en F. MARCOS, B. RODGER Y M. SOUSA (eds), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU* (Elgar Publishing, forthcoming), pág. 2. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080911

³⁵ “Somos como enanos sentados sobre los hombros de gigantes para ver más cosas que ellos y ver más lejos, no porque nuestra visión sea más aguda o nuestra estatura mayor, sino porque podemos elevarnos más alto gracias a su estatura de gigantes”, I. NEWTON, Letter from Sir Isaac Newton to Robert Hooke, 1675.

³⁶ M. ARAUJO BOYD, “Of undertakings, legal entities and groups of companies. The CJEU’s judgment in Sumal (C-882/19)”, *Blog Chilling Competition*, 7 de octubre de 2021 (traducción propia). Disponible en: <https://chillingcompetition.com/2021/10/07/of-undertakings-legal-entities-and-groups-of-companies-the-cjeus-judgment-in-sumal-c-882-19/> (última consulta el 30 de abril de 2024).

35. Dicho Juzgado, mediante sentencia³⁷ de 23 de enero de 2019 desestimó la demanda, ya que consideró que la demandada carecía de legitimación pasiva, pues la única responsable de la infracción -y, por tanto, responsable civilmente- era su matriz, Daimler, la entidad mencionada en la Decisión de la CE como infractora de la conducta antitrust de la que se derivó el daño. Sumal interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, quien suspendió el procedimiento y planteó al TJUE una cuestión prejudicial a través de un Auto³⁸ de fecha 24 de octubre de 2019.

36. Señala el Auto (apartado nº 18) que conforme a la sentencia *Akzo*³⁹, “el Tribunal de Justicia ha reiterado en diversas resoluciones que los autores de los Tratados optaron por utilizar el concepto de ‘empresa’ para designar al autor de una infracción del art. 101 TFUE (...) dentro de ese concepto se encuentra toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y modo de financiación”. Esta referencia se completa (apartado nº 19) con la jurisprudencia -bien conocida en nuestro país- *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*⁴⁰, que añade a la anterior que ese concepto de empresa designa una “unidad económica”, y que a estos efectos es irrelevante que dicha unidad esté constituida por varias personas físicas o jurídicas.

37. Y, apuntando lo que va a constituir el núcleo de la STJUE en *Sumal*, apunta (apartado nº 20) la AP de Barcelona que si el fundamento único de esta extensión de responsabilidad de las filiales a las matrices (la “ascendente”) es el poder de control que éstas ejercen sobre aquellas, ese argumento no se sostiene si queremos invertir la extensión, y hacer responder a las filiales por la conducta de las matrices (la “descendente”). En efecto, apunta que ese poder de control “es poco verosímil que también pueda existir a la inversa” ya que, concluye con un punto de ironía “no tenemos ninguna evidencia de que la filial española ostente poder de control sobre la matriz alemana”. Para salvar el escollo acude una vez más a la jurisprudencia comunitaria, en concreto a la sentencia del TG en el asunto *Biogram*⁴¹ (pendiente de recurso ante el TJUE) que justifica la extensión de responsabilidad en ambas direcciones, la ascendente y la descendente.

38. Por su parte, el TJUE señala en el apartado nº 39 de su pronunciamiento cómo ha de categorizarse el concepto de “empresa” en el ámbito del Derecho de la Competencia: “Pues bien, de la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, resulta que los autores de los Tratados optaron por utilizar este concepto de «empresa» para designar al autor de una infracción del Derecho de la competencia, sancionable con arreglo a dicha disposición, y no otros conceptos como los de «sociedad» o de «persona jurídica”.

39. Además, unos meses antes de *Sumal*, el TJUE ya se había pronunciado sobre casi todas estas cuestiones, en su no menos trascendental pronunciamiento en el asunto *Skanska*⁴², dictada el 14 de marzo de 2019. En ella dictaminó que el círculo de personas responsables del perjuicio resultante de un comportamiento anticompetitivo debe determinarse con arreglo al con el art. 101 TFUE. Así, el concepto de “empresa” debe aplicarse tanto a la aplicación pública como a la privada.

40. A partir de los anteriores precedentes, la STJUE de 6 de octubre de 2021, en el asunto *Sumal c. Mercedes Benz*, señala que el que la filial y la matriz pertenezcan a la misma unidad económica a efectos de la infracción específica en cuestión debe analizarse a partir de un doble test: (i) la existencia de vínculos económicos, organizativos y jurídicos, tal y como se resume en el apartado nº 58 de *Akzo (vínculos generales)*; (ii) la existencia de un vínculo específico entre la actividad económica de esa fi-

³⁷ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, núm. 899/17, de 23 de enero de 2019.

³⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 775/2019, de 24 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:9370A).

³⁹ STJUE de 27 de abril de 2017, asunto *Akzo Nobel*, C-516/15 P.

⁴⁰ STJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto *CEEES*, C-271/05, Rec. p. I 11987, apartado 40.

⁴¹ STG de 12 de diciembre de 2018, asunto *Biogram*, T-677/14.

⁴² Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2021, *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and others Obero* sterreich, Asunto C724/17 (ECLI:EU:C:2019:204).

lial y el objeto de la de la infracción de la que se responsabiliza a la sociedad matriz. Para demostrar la existencia de este vínculo específico *in casu*, se requerirá que la infracción que lleva a cabo la empresa matriz “se refiera” a los mismos productos que los comercializados por la filial, tenga lugar en el ámbito de la misma actividad económica.

41. Esta es, en nuestra opinión⁴³, la gran novedad de *Sumal*, y se formula en el apartado nº 51 de la sentencia del TJUE:

“Sin embargo, solo podrá considerarse responsable a esa sociedad filial si la víctima demuestra, basándose en una decisión adoptada previamente por la Comisión con arreglo al artículo 101 TFUE o por cualquier otro medio —en particular, si la Comisión no se ha pronunciado sobre este extremo en la referida decisión o si aún no ha adoptado decisión alguna—, que, habida cuenta, por un lado, de los vínculos económicos, organizativos y jurídicos a los que se hace referencia en los apartados 43 y 47 de la presente sentencia, y, por otro lado, de la existencia de un vínculo concreto entre la actividad económica de dicha sociedad filial y el objeto de la infracción de la que se ha declarado responsable a la sociedad matriz, la referida filial constituía, con su sociedad matriz, una unidad económica”.

42. Desde luego, el concepto de “empresa” que aporta este pronunciamiento es el concepto clave de *Sumal*, y de ahí que la doctrina⁴⁴ más atenta que ya se ha ocupado de analizarla hable de un antes y un después de esta sentencia del TJUE. Aunque el alcance concreto del test propuesto deberán irse perfilando por los tribunales y las autoridades de la competencia de la UE, y desde luego tiene un punto novedoso, también es cierto que está perfectamente en sintonía con medio siglo de jurisprudencia comunitaria, ya que esencialmente reitera el requisito de “realizar la misma de la misma conducta en el mercado” que el derecho de la competencia de la UE había establecido desde *Imperial Chemical Industries* de 1972 y que se ha denominado explícitamente “objetivo económico específico” en la más reciente *Knauf Gips*, de 2010.

43. Con independencia, pues, del grado de “novedad” que se le quiera dar a esta categorización de la empresa y la unidad económica, y reconociendo que *Sumal* introduce una cierta ambigüedad⁴⁵ en el concepto, que generará inseguridad jurídica, lo cierto es que a efectos del Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente de aplicación pública como privada, ésta es la base sobre la que el TJUE responde a la cuestión prejudicial que le plantea la AP de Barcelona, y permite extender a las filiales la responsabilidad de los actos cometidos por las matrices⁴⁶.

44. Así mismo, hay que señalar que esta problemática sobre competencia internacional en el ejercicio de acciones para la reparación de los daños y perjuicios entra de lleno en el ámbito del Derecho Internacional Privado, reviste un cierto grado de complejidad, y su análisis excede con creces el objeto de este trabajo, por lo que nos limitaremos aquí a dejarla apuntada, y nos remitimos para su estudio a recientes publicaciones⁴⁷ que la abordan con exhaustividad y rigor.

⁴³ F. DíEZ ESTELLA, “En búsqueda de un concepto de “empresa” en el Derecho de la competencia: la STJUE *Sumal c. Mercedes Benz*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14 (2), septiembre de 2022, págs. 319-347.

⁴⁴ M. PEDRAZ CALVO, “The concept of “undertaking” in EU competition law: Before and after the *Sumal* judgment of the ECJ”, *Concurrences*, nº 1, 2022, pp. 36 y ss.

⁴⁵ P. WHELAN, *op.cit.*, pág. 8.

⁴⁶ B. FREUND, “Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law”, *GRUR International*, Vol. 70 (8), 2021, pp. 731-743.

⁴⁷ A.-L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, “Cuestiones de derecho internacional privado y acción de daños derivados de ilícitos antitrust”, en *Acciones Follow-on. Reclamación de daños por infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant Lo Blanch – CGAE, Valencia (2018), págs. 127 y ss.; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 7-178.

5. La prescripción y el *dies a quo*

45. La Sentencia del TJUE en el asunto *DAF Trucks y AB Volvo*⁴⁸, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada⁴⁹ por la Audiencia Provincial de León, aborda el tema de la prescripción, en relación con las disposiciones transitorias de la Directiva 2014/104/UE y el sin duda “tortuoso” régimen transitorio que establece⁵⁰, al establecer diferentes escenarios para las normas sustantivas y las procesales. La solución aportada por el TJUE ha sido, en efecto, de una formulación un tanto laberíntica, y en ella considera que el artículo 74 LDC (que recoge el art. 10 de la Directiva), en cuanto norma de carácter *sustantivo* es aplicable a las acciones de daños y perjuicios derivadas del cártel de los fabricantes de camiones, y por tanto los demandantes disponían de un plazo de prescripción de cinco años (en lugar del plazo de prescripción de un año previsto en nuestro régimen antes de la incorporación de la Directiva).

46. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de junio de 2023 de la “primera ola” se limitan a constatar este plazo de prescripción de cinco años, lo que le lleva a corroborar que no estaban prescritas cuando se ejercieron, pero no se pronuncia sobre otra de las cuestiones que también ha generado discusión⁵¹: si las comunicaciones dirigidas a las empresas que habían cometido la infracción, pero que en términos postales habían sido enviadas a los domicilios de las empresas que habían realizado las ventas de los camiones (sus filiales) eran válidas a los efectos de interrupción del plazo de prescripción.

47. Queda, pues, esperar a los dos pronunciamientos del TJUE que están pendientes de resolver, como se ha dicho en la introducción, sobre las cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Pontevedra para una solución algo más definitiva a esta problemática. También sería deseable aclarar un poco más qué se entiende por consolidación de la “situación jurídica”, el concepto sobre el que se apoya la Directiva 2014/104/UE para establecer este marco inter-temporal de sus disposiciones sustantivas, y que recoge la Sentencia *DAF Trucks y AB Volvo* (nn. 31 a 34).

48. Respecto a cuándo empieza a contar el plazo, y como ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta, “si bien el *dies a quo* en las reclamaciones de daños y perjuicios tras una decisión firme de la Comisión Europea queda ya claro, restan dudas en cuanto al cómputo del plazo de prescripción si se inician acciones consecutivas a una decisión no firme de la autoridad nacional de defensa de la competencia y son muchos los infractores sancionados cuyos recursos contencioso-administrativos tienen una tramitación y solución individualizada (cuestión en la que, los tribunales mercantiles han adoptado posiciones divergentes en los litigios por daños y perjuicios del cártel del automóvil)”⁵².

49. En efecto, la delimitación de ese momento, antes de la entrada en vigor de la Directiva de daños, es una cuestión de derecho interno (en nuestro país, está recogido en el art. 1968.2 del Código Civil, y se entiende como el momento en que el reclamante tuviera o hubiera podido tener conocimiento del daño reclamado), respetando, naturalmente, los principios de equivalencia y efectividad. Sobre esta cuestión pronunció en detalle la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid, hace años: “En materia de prescripción la finalidad de la Directiva, expuesta en el citado considerando 36, es clara: los plazos no deben ser un obstáculo indebido al ejercicio de la acción. Teniendo en cuenta dicha finalidad junto a la regulación de la interrupción de la prescripción consecuencia de la Directiva, es apropiado concluir

⁴⁸ STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, As. C-267/20 (ECLI:EU:C:2022:494).

⁴⁹ Auto de la Audiencia Provincial de León (Secc. 1ª), de 12 de junio de 2020 (ECLI:ES:APLE:2020:291A).

⁵⁰ F. MARCOS FERNÁNDEZ: “Prescripción y daño en las reclamaciones de daños por conductas anticompetitivas: Luces y sombras de la sentencia del Tribunal de Justicia UE de 22/6/22 (C-267/20 DAF Trucks NV & AB Volvo/RM)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 30 (2022).

⁵¹ *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis de F. MARCOS FERNÁNDEZ: “La litigación de daños por el cártel de camiones en el Tribunal Supremo: Comentario a las sentencias n.º 926/23-928/23, 939/23-942/23 y 946/23-950/23”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 32 (2023).

⁵² F. MARCOS FERNÁNDEZ: “La indemnización de los daños del cártel de camiones: Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo nº 926/23 a 928/23, 939/23 a 942/23 y 946/23 a 950/23”, 15 de julio de 2023, pág. 8. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4536499>

que el *dies a quo* en caso de resoluciones administrativas de autoridades de la competencia nacionales debe comenzar a computarse cuando éstas alcancen firmeza, momento en que realmente el perjudicado se encuentra en una verdadera ‘aptitud para litigar’⁵³.

III. Valoración final

50. De todo lo dicho anteriormente se puede constatar -una vez más- la complejidad del Derecho de la Competencia, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, complejidad que se ve acentuada en este contexto de litigación civil, que obliga a poner en conexión el ordenamiento administrativo sancionador con el estrictamente privado de resarcimiento de daños. Para añadir más dificultad, a la dimensión puramente jurídica, hay que añadirle la económica, necesaria en toda la tarea de cuantificación del daño, análisis de efectos, etc. La transposición de la Directiva 2014/104/CE a los diferentes Estados miembros de la UE, y el ejercicio de las correspondientes acciones de daños en casos como el conocido “cártel de los camiones” han hecho aflorar un sinfín de dificultades prácticas de aplicación e interpretación. Con independencia de las vacilaciones iniciales, o los errores judiciales que hayan podido cometerse, lo cierto es que la labor llevada a cabo es muy digna de encomio, por el esfuerzo de estudio y comprensión de estas novedosas materias por los jueces nacionales, y la guía que en todo momento supone el TJUE a través de sus pronunciamientos resolviendo las cuestiones prejudiciales que se le plantean.

⁵³ Sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Madrid, de 18 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:JMM:2019:1321)

Algunas reflexiones acerca de la respuesta jurisprudencial al *Dieselgate*

Some thoughts about the case law response to *Dieselgate*

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Murcia
ORCID ID: 0000-0003-4774-1191

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 27.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8930

Resumen: La extraordinaria repercusión que, desde muy diversos puntos de vista (económico, medioambiental, político, etc.) ha tenido en los últimos años el famoso escándalo conocido como *Dieselgate* ha alcanzado también al terreno jurídico, dando lugar a un gran número de procedimientos administrativos y judiciales en el ámbito nacional, europeo e internacional. El desarrollo del asunto ante las instancias judiciales está poniendo a prueba la capacidad de los mecanismos tradicionales del Derecho privado -singularmente, los relacionados con el Derecho de contratos y el Derecho de daños- para dar una respuesta satisfactoria a los particulares afectados; y plantea la conveniencia de abordar este tipo de problemas, de cara al futuro, con instrumentos parcialmente distintos, como los que hoy en día ofrecen las normas sobre competencia desleal.

Palabras clave: *Dieselgate*, consumidores, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, falta de conformidad, competencia desleal.

Abstract: The extraordinary impact that the famous scandal known as *Dieselgate* has had in recent years, from very different points of view (economic, environmental, political, etc.), has also reached the legal field, giving rise to a great number of administrative and judicial procedures at both the national, European and international levels. The development of the matter before the judicial authorities is testing the capacity of the traditional mechanisms of private law -particularly those related to contract law and tort law- to provide a satisfactory response to the affected individuals; and raises the convenience of addressing this type of problem, in the future, with partially different instruments, such as those offered today by the rules on unfair competition.

Keywords: *Dieselgate*, consumers, contractual liability, extracontractual liability, lack of conformity, unfair competition.

Sumario: I. Antecedentes. II. El *Dieselgate* en Estados Unidos y en Alemania. III. El *Dieselgate* en el TJUE. IV. El *Dieselgate* en los tribunales civiles españoles. V. El *Dieselgate* en el Tribunal Supremo español. VI. Valoración crítica. VII. Una posible vía alternativa: las acciones por prácticas comerciales desleales.

I. Antecedentes

1. Los antecedentes del caso son bien conocidos y han sido expuestos con suficiente claridad y detalle en numerosos trabajos y resoluciones¹. A modo de síntesis, cabe recordar que en el año 2014 se descubrió que, desde 2008, el Grupo Volkswagen había estado fabricando y comercializando vehículos *diesel* (alrededor de once millones vendidos en todo el mundo) equipados con un dispositivo informático que activaba el sistema de control de emisiones cuando detectaba que el vehículo estaba siendo sometido a pruebas de homologación, pero lo desactivaba durante la circulación ordinaria. Una vez detectado el fraude, y a la vista del escándalo generado, el propio fabricante, ya en 2015, reconoció los hechos y, a requerimiento de las autoridades, se ofreció a realizar, a través de sus servicios técnicos y de manera gratuita, las reparaciones pertinentes mediante la actualización del correspondiente *software*. La modificación realizada consistió en sustituir el dispositivo original (el llamado “sistema de conmutación”) por otro distinto que, ciertamente, hacía funcionar el sistema de control de emisiones también durante la circulación del vehículo, pero solo era plenamente eficaz cuando se daban determinadas condiciones ambientales de temperatura y altitud (sistema de “ventana de temperaturas”) que no son las más habituales durante la mayor parte del año en muchos de los países afectados².

II. El *Dieselgate* en Estados Unidos y en Alemania

2. Simultáneamente al inicio por parte de las autoridades de los distintos países de actuaciones orientadas a exigir a los responsables la adopción de las medidas necesarias para corregir el fraude, y a imponer las sanciones administrativas y penales procedentes, cientos de miles de compradores afectados ejercitaron acciones civiles individuales y colectivas ante los tribunales con objeto de obtener algún tipo de compensación, más allá de las reparaciones gratuitas ofrecidas por la empresa³.

3. Especialmente rápida y contundente fue la respuesta del sistema estadounidense. Los múltiples procedimientos individuales y colectivos iniciados ante los tribunales, unificados a través de una institución peculiar del Derecho procesal norteamericano conocida como *Multidistrict Litigation*, concluyeron ya en 2016 con la adopción de varios acuerdos extrajudiciales en virtud de los cuales el Grupo Volkswagen,

¹ Entre los trabajos que se han ocupado del tema, vid. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “El ‘dieselgate’ ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva”, en *Indret*, 3/2020, pp. 27 y ss.; PLANA ARNALDOS, M.C., “Responsabilidad por software fraudulento. Diferentes remedios para un mismo problema”, en ATAZ LÓPEZ y COBACHO GÓMEZ (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Prof. Dr. Roca Guillamón*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, t. III, pp. 1.165 y ss.; CARRASCO PERERA, Á., y GARCÍA MONTORO, L., “Batalla legal contra Volkswagen: el desmedido interés de los afectados en obtener un beneficio económico del escándalo Dieselgate”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 18/2016, pp. 1 y ss.; CARRASCO PERERA, Á., “Más allá del *Dieselgate*: el insostenible caso en favor de remedios sostenibles en las ventas al consumidor”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 45/2023, pp. 2 y ss.; VECINA AZNAR, Á., “El TJUE abre las puertas a la resolución contractual en los vehículos afectados por el Dieselgate (Tres sentencias del TJUE de 1 de julio de 2022)”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 43/2022, pp. 35 y ss.; LLAMAS POMBO, E., “*Dieselgate*: un caso de responsabilidad contractual”, *Práctica de Derecho de Daños*, n. 147, Sección Editorial, segundo trimestre de 2021, Wolters Kluwer (*LA LEY* 7820/2021), pp. 1 y ss.; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M^a, “Análisis del *Dieselgate* desde el Derecho civil (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio)”, en *ADC*, t. LXXV, 2022, fasc. II (abril-junio), pp. 637 y ss.; de la misma autora, “El *Dieselgate* y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022)”, en *ADC*, t. XXVI, 2023, fasc. II (abril-junio), pp. 729 y ss. Vid. también la detallada y documentada descripción de los hechos que se recoge en la S. n. 36/2021, de 25 enero, del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Madrid (*JUR.* 2021/25275), reconociéndoles una “notoriedad absoluta y general”.

² Concretamente, el sistema estaba diseñado para funcionar solamente cuando la temperatura exterior se situaba entre 15 y 33 grados Celsius, y cuando la altitud era inferior a 1.000 metros.

³ Sobre la aproximación de los distintos sistemas (en Estados Unidos, Europa, y en particular España) al *Dieselgate*, vid. ORMAZÁBAL, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; TUCCARI, E., “Verso una disciplina consumeristica ‘sostenibile’ del settore automotive”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 18, febrero 2023; LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 2; PLANA ARNALDOS, *op. cit.*, pp. 1.165 y ss.; García Montoro, L., “¿Son los compradores de Volkswagen en Europa clientes de segunda clase?”, en *Publicaciones jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 17 mayo 2016, pp. 1 y ss.; y RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Análisis...”, *cit.*, pp. 684 y ss.

además de comprometerse ante las autoridades al pago de sanciones de elevada cuantía y a la adopción de otras medidas orientadas a prevenir episodios similares en el futuro y a reparar los daños medioambientales causados, se obligaba a ofrecer a los particulares afectados la posibilidad de optar entre la recompra del vehículo, su sustitución o reparación, o la rescisión de los contratos de arrendamiento financiero, además de reconocerles el derecho a obtener una compensación económica de entre 5.000 y 10.000 dólares en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios, con un importe total de 9.200 millones de dólares.

4. Más lenta y dubitativa ha sido la respuesta de los tribunales europeos⁴. Como caso emblemático, se suele citar el de Alemania, sede de la empresa matriz, donde se han seguido diversas vías procesales para dar respuesta a las reclamaciones de los particulares afectados. Por un lado, a instancias de una organización nacional de consumidores se inició una acción colectiva a través del mecanismo procesal conocido como “proceso modelo”, que llegó a agrupar a más de 400.000 usuarios, y en el que se alcanzó -ya en 2020- una transacción extrajudicial por la que se reconocía a los consumidores que se adherieron al acuerdo (unos 235.000) una compensación cuya cuantía variaba entre los 1.350 y los 6.257 €, en función del tipo de vehículo y la fecha de su adquisición, con un importe total de 620 millones de euros. Por otro lado, un buen número de compradores recurrieron a sus seguros de asistencia jurídica para plantear demandas contra la empresa fabricante y contra los concesionarios, obteniendo compensaciones por un valor total aproximado de 3.300 millones de euros. Finalmente, muchos compradores optaron por hacer una cesión fiduciaria de sus derechos al cobro de indemnizaciones a una entidad especializada. Precisamente, una demanda iniciada por una de estas entidades habría de dar lugar al primer pronunciamiento del TS federal alemán (*Bundesgerichtshof*) sobre el asunto *Dieselgate*, en una sentencia de fecha 25 mayo 2020 por la que, confirmando la de instancia, se condena a Volkswagen a reembolsar al comprador el precio de compra a cambio de la entrega del vehículo, aunque con un descuento por el tiempo de uso de este.

5. La principal vía argumental seguida por los tribunales alemanes (entre ellos, el propio BGH en la sentencia citada) para compensar a los particulares afectados ha sido la de la responsabilidad extracontractual, y más concretamente la que proporciona el § 826 BGB, que impone la obligación de indemnizar a quien de manera dolosa y contraria a las buenas costumbres (en este caso, la empresa fabricante) causa daños a otra persona, sin sujeción al principio de tipicidad del daño que consagra el § 823 BGB, y que constituye una peculiaridad del sistema alemán de responsabilidad extracontractual⁵. A través de este cauce, los tribunales alemanes han alcanzado un resultado que en la práctica se aproxima al que se derivaría del éxito de una acción de nulidad del contrato⁶, modulando los efectos restitutorios mediante la compensación del uso del vehículo con objeto de evitar posibles enriquecimientos injustos.

6. El pasado 26 junio 2023, el BGH adoptó una nueva resolución⁷ por la que se decidía que los compradores afectados por el *Dieselgate* tienen derecho a reclamar una indemnización de daños por haber comprado el vehículo a un precio demasiado elevado, considerando los riesgos asociados al dispositivo ilegal (p. ej., las posibles restricciones oficiales respecto al uso de aquel), en comparación con la hipotética situación que se daría si no se hubiera producido la infracción. Entiende el Tribunal

⁴ Una reflexión acerca del diferente tratamiento que los ordenamientos nacionales europeos han dado a unos hechos sustancialmente idénticos, pese a la existencia de un marco jurídico parcialmente armonizado, puede verse en TUCCARI, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

⁵ Sobre las peculiaridades que presenta el Derecho alemán en materia de responsabilidad extracontractual y su incidencia sobre los procesos seguidos a raíz del *Dieselgate*, vid., en particular, CARRASCO PERERA, Á., “*Dieselgate*: soluciones contractuales y extracontractuales”, en *Gómez-Acebo y Pombo. Análisis*, julio de 2020 (<https://www.ga-p.com/publicaciones/dieselgate-soluciones-contractuales-y-extracontractuales/>), p. 5; y “El TJUE decide que los compradores del *Dieselgate* han de ser indemnizados”, en *Publicaciones jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 14 abril 2023, p. 8. Señala el autor que, en la mayoría de los casos, la jurisprudencia alemana ha condenado a Volkswagen por la vía del § 826 BGB, entendiéndose que en este tipo de supuestos la existencia de una conducta claramente fraudulenta determina que la propia celebración del contrato sea el daño indemnizable.

⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN, “Análisis...”, cit., p. 688; CARRASCO, “*Dieselgate*...”, cit., p. 5.

⁷ Vid. KRÜGER, C., “Minimum damages under EU Law in Antitrust Damages Actions? Conclusions from the Recent Case Law of the German Supreme Court”, 1 febrero 2024 (<https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/02/01/minimum-damages-under-eu-law-in-antitrust-damages-actions-conclusions-from-the-recent-case-law-of-the-german-supreme-court/>).

que la cuantía de este daño “diferencial” debe situarse entre un mínimo del 5% y un máximo del 15% del precio de venta, sin necesidad de una prueba específica de los daños⁸; basa su decisión en la doctrina previamente establecida por el TJUE en su sentencia de 21 marzo 2023⁹ acerca de la necesidad de garantizar el principio de efectividad del Derecho europeo mediante el establecimiento de sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas.

III. El *Dieselgate* en el TJUE

7. El planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de jueces y tribunales de los diferentes países europeos encargados de resolver procedimientos relacionados con el *Dieselgate* han permitido al TJUE pronunciarse en diferentes ocasiones acerca de algunos de los problemas interpretativos suscitados a propósito de diferentes normas de Derecho europeo: en particular, las que regulan los requisitos de homologación de los vehículos en relación con los sistemas de control de emisión de gases contaminantes¹⁰, y las que integran el régimen de responsabilidad por falta de conformidad de los bienes en las ventas de consumo¹¹. Es importante recordar que los criterios establecidos por el TJUE tienen un carácter vinculante para los tribunales nacionales, aunque solo en lo que se refiere a la interpretación del Derecho europeo, ya que, como es sabido, tanto la determinación de los hechos como la interpretación y aplicación del Derecho nacional corresponde a los órganos judiciales de los Estados miembros.

8. Según el TJUE, tanto el sistema de conmutación¹², como el sistema de ventana de temperaturas¹³, deben considerarse como “dispositivos de desactivación” prohibidos por las normas europeas que regulan los sistemas de control de emisiones. Es indiferente, a estos efectos, que el dispositivo estuviese integrado originalmente en el vehículo o haya sido incorporado en un momento posterior, con ocasión de la reparación realizada, teóricamente, para ponerlo en conformidad¹⁴. El Tribunal descarta que el uso de tales dispositivos pueda justificarse apelando a ninguna de las excepciones previstas en las propias normas europeas; excepciones que, en todo caso, habrían de ser interpretadas restrictivamente. En particular, se entiende que su uso solo se justificaría por la necesidad de proteger el motor frente a la eventualidad de accidentes o averías que pudieran suponer un riesgo concreto para la circulación segura del vehículo, pero no cuando su finalidad -como sucede en el presente caso- sea simplemente proteger el motor frente al deterioro y envejecimiento inherentes a su funcionamiento normal¹⁵. Además, la “necesidad” de un dispositivo de ese tipo solo existiría cuando, en el momento de la homologación, no existiera ninguna otra solución técnica que permitiera evitar los riesgos descritos¹⁶; y aun en tal caso, sería contrario a la finalidad de la norma que el dispositivo en cuestión estuviese diseñado para funcionar, en condiciones reales de circulación, durante la mayor parte del año¹⁷.

⁸ Aunque en posteriores resoluciones se señala que tales límites podrían ser revisados si sobrevienen circunstancias -como la actualización del *software*- que supongan una efectiva reducción del daño.

⁹ A la que nos referimos en el apartado siguiente.

¹⁰ En particular, el Reglamento 715/2007, y la Directiva 2007/46 (Directiva marco). Esta última norma, aplicable a los litigios que dan origen a las diversas cuestiones prejudiciales en atención a la fecha en que se produjeron los hechos, ha sido posteriormente sustituida por el Reglamento (UE) 2018/858.

¹¹ Las normas vigentes al producirse los hechos eran las derivadas de la transposición de la Directiva 1999/44, posteriormente sustituida por la Directiva 2019/771, cuya transposición al Derecho español tuvo lugar por medio del RDLey 7/2021, de 27 de abril.

¹² STJUE (Sala Primera) de 9 julio 2020 (asunto C-343/19, *Verein für Konsumenteninformation* contra *Volkswagen AG*); y STJUE de 17 diciembre 2020 (asunto C-693/18, *CLCV* y otros).

¹³ STJUE (Gran Sala) de 14 julio 2022 (asunto C-134/20, *IR* contra *Volkswagen AG*); y STJUE (Gran Sala) de 14 julio 2022 (asunto C-128/20, *GSMB Invest GmbH&Co KG* contra *Auto Krainer GesmbH*).

¹⁴ STJUE de 14 julio 2022 (C-134/20).

¹⁵ STJUE de 17 diciembre 2020 (asunto C-693/18, *CLCV* y otros).

¹⁶ STJUE (Gran Sala) de 8 noviembre 2022 (asunto C-873/19, *Deutsche Umwelthilfe eV* y *Bundesrepublik Deutschland*, con intervención de *Volkswagen AG*).

¹⁷ STJUE (Gran Sala) de 14 julio 2022 (asunto C-145/20, *DS* contra *Porsche Inter Auto GmbH & Co KG* y *Volkswagen AG*); STJUE de 14 julio 2022 (C-128/20); y STJUE de 8 noviembre 2022 (C-873/19).

9. El hecho de que un vehículo que ha obtenido la homologación y el certificado de conformidad previsto por las normas europeas esté equipado con un dispositivo prohibido por esas mismas normas constituye un “falta de conformidad” en el sentido que tal expresión asume en las Directivas sobre ventas de consumo (art. 2.2.d) de la Directiva 1999/44), ya que aquel no presenta el nivel de calidad y prestaciones que el consumidor puede fundadamente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del bien y las declaraciones públicas del vendedor y/o fabricante¹⁸; y todo ello, con independencia de que no existan cláusulas contractuales al respecto. En consecuencia, debe reconocerse al comprador la posibilidad de recurrir a los distintos remedios previstos para tal supuesto. Entiende el Tribunal que la falta de conformidad existe con independencia de que el vehículo haya conservado la homologación para poder circular; y no se atribuye ninguna relevancia al hecho de que aquel, aun con el dispositivo en cuestión, pueda ser utilizado normalmente sin ver reducidos sus niveles de seguridad o prestaciones, o incluso que presente un nivel de emisiones comparativamente similar o inferior al de otros modelos.

10. La presencia de los citados dispositivos constituye, según el TJUE, una falta de conformidad que no puede ser considerada “de escasa importancia” a los efectos previstos en la Directiva sobre ventas de consumo (art. 3.6 Directiva 1999/44¹⁹). Por consiguiente, no puede descartarse *a priori* que su presencia pueda dar lugar a la resolución del contrato a instancias del comprador²⁰, siempre y cuando el tribunal nacional competente entienda que concurren los demás requisitos exigibles. Es indiferente, a estos efectos, que el consumidor haya admitido que habría adquirido el vehículo aun cuando hubiera tenido conocimiento de tal falta de conformidad.

11. Considera el Tribunal que las normas europeas que regulan los sistemas de control de emisiones en los vehículos de motor, si bien tienen por objeto principal la protección de intereses generales (los relacionados con la seguridad vial, la salud, el medio ambiente, la eficiencia energética y la protección contra usos no autorizados), también protegen los intereses particulares del comprador individual frente al fabricante cuando el vehículo está equipado con un dispositivo de desactivación prohibido²¹. En consecuencia, las citadas normas establecen “*un vínculo directo entre el fabricante de automóviles y el comprador individual de un vehículo de motor que tiene por objeto garantizarle que dicho vehículo cumple la legislación pertinente de la Unión*”: en la medida en que la utilización de un dispositivo pro-

¹⁸ STJUE (Gran Sala) de 14 julio 2022 (asunto C-145/20, *DS* contra *Porsche Inter Auto GmbH & Co KG* y *Volkswagen AG*). El planteamiento del Tribunal en este punto se ve confirmado por el hecho de que en la publicidad del fabricante se había insistido especialmente en el carácter ecológico de los vehículos y en su compromiso medioambiental (RODRÍGUEZ GUTIÁN, “El Dieselgate...”, *op. cit.*, p. 741; y “Análisis...”, *cit.*, p. 669). La calificación como falta de conformidad del incumplimiento de normas técnicas aplicables a un determinado producto, aun cuando no se vean comprometidas su seguridad, funcionalidad o utilidad, aparece claramente reflejada en el art. 7.1.a) de la Directiva 2019/771, lo que determina que aquellas adquieran una eficacia contractual *inter partes* (VECINA, *op. cit.*, pp. 42-43). Desde el punto de vista del Derecho general de contratos, la misma conclusión podría fundamentarse en la necesidad de integrar el contrato con las exigencias derivadas de la buena fe y de la ley (art. 1258 CC); *vid.*, en este sentido, los argumentos manejados por la SAP Madrid (sec. 21^a) n. 306/2018, de 18 de septiembre (*JUR.* 2018/303285), que aprecia incumplimiento parcial de la prestación debida, con independencia de que el vendedor desconociera la existencia del *software* prohibido.

¹⁹ Cfr. art. 13.5 de la Directiva 2019/771, que habla de “falta de conformidad leve”. La decisión del TJUE no permite pre-juzgar, en cambio, si la falta de conformidad en los vehículos afectados por el *Dieselgate* podría ser considerada como “grave” a los efectos que -como novedad respecto a la Directiva 1999/44- prevé el art. 13 de la Directiva 2019/771, permitiendo al comprador acudir directamente a la reducción del precio o a la resolución.

²⁰ STJUE de 14 julio 2022 (C- 145/20). Téngase en cuenta que las tres sentencias dictadas en esta fecha por el TJUE derivan de litigios relativos a vehículos que ya habían sido “reparados” mediante la sustitución del sistema de conmutación por el de ventana de temperaturas; circunstancia que, según VECINA (*op. cit.*, p. 44), refuerza la tesis favorable a la viabilidad de la resolución en estos casos. En contra de la posición del TJUE en este punto, Carrasco, “El TJUE decide...”, *cit.*, p. 10.

²¹ STJUE (Gran Sala) de 21 marzo 2023 (asunto C-100/21, *QB* contra *Mercedes Benz Group AG*). El Tribunal hace hincapié en la obligación que las normas europeas imponen a los fabricantes de entregar a los adquirentes de vehículos un certificado de conformidad que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para su homologación; certificado que, a su vez, es obligatorio para la matriculación y la venta o puesta en servicio de aquellos. En consecuencia, razona el Tribunal, el comprador individual de un vehículo que cuenta con el correspondiente certificado tiene una expectativa legítima de que aquel cumple la legislación pertinente de la Unión, de manera que “*el referido certificado permite proteger al comprador frente al incumplimiento, por parte del referido fabricante, de su obligación de comercializar vehículos que sean conformes con la citada disposición*”.

hibido puede poner en cuestión la validez de la homologación y, por extensión, del certificado de conformidad, tal ilicitud “*puede, en particular, crear incertidumbre acerca de la posibilidad de matricular, vender o poner en servicio ese mismo vehículo y, a largo plazo, perjudicar al comprador de un vehículo equipado con un dispositivo de desactivación ilícito*”. En otras palabras, entiende el Tribunal que el comprador individual goza, frente al fabricante del vehículo, del derecho a que este no esté equipado con un dispositivo de desactivación prohibido.

12. Conforme al principio de efectividad del Derecho europeo, corresponde a los Estados miembros determinar las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de sus disposiciones; sanciones que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. En consecuencia, entiende el TJUE que, con arreglo a las normas relevantes, “*los Estados miembros están obligados a prever que el comprador de un vehículo de motor equipado con un dispositivo de desactivación prohibido (...) goce de un derecho a ser indemnizado por el fabricante de ese vehículo cuando dicho dispositivo ha causado un daño a ese comprador*”²². Más allá de la clara vinculación que de este modo se establece entre el Derecho sancionador y la responsabilidad por daños, resulta significativo que la conclusión del Tribunal no se limite a los casos en que el comprador del vehículo sea consumidor, ya que se extrae directamente de la interpretación de las normas que regulan el control de emisiones en los vehículos de motor, sin aludir a las Directivas sobre ventas de consumo o a otras normas que pudieran servir de base para afirmar la responsabilidad del fabricante frente a los consumidores.

13. A falta de disposiciones específicas del Derecho de la Unión, corresponde a los Estados miembros establecer los criterios que han de aplicarse para determinar la indemnización procedente; y, si bien no sería conforme con el principio de efectividad del Derecho europeo que las normas nacionales hiciesen en la práctica imposible o excesivamente difícil la obtención, por parte del comprador, de una indemnización adecuada por los daños derivados del incumplimiento, ello no excluye la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan aplicar criterios orientados a evitar que la protección de los derechos garantizados por el Derecho de la Unión pueda causar un enriquecimiento injusto²³. Obsérvese que el TJUE no prejuzga cuáles hayan de ser los daños indemnizables (materiales, económicos o morales), ni tampoco los instrumentos jurídicos utilizados por el Derecho nacional para articular ese derecho resarcitorio; en particular, no entra a valorar si ello ha de hacerse a través de mecanismos contractuales o extracontractuales, a pesar de que las cuestiones prejudiciales planteadas se centraban especialmente en esta segunda vía²⁴.

IV. El *Dieselgate* en los tribunales civiles españoles

14. En el caso de España, existe ya un importante cuerpo de resoluciones judiciales derivadas de procedimientos civiles relacionados con el *Dieselgate*. Los análisis doctrinales ponen de manifiesto que la mayoría de esos procedimientos tienen su origen en demandas que, con matices, responden a unas pautas similares²⁵. Se trata, en general, de demandas individuales planteadas ante los Juzgados de

²² STJUE de 21 marzo 2023 (C-100/21).

²³ STJUE de 21 marzo 2023 (C-100/21).

²⁴ A propósito, precisamente, de las demandas basadas en las normas sobre responsabilidad extracontractual, la STJUE de 9 julio 2020 (C-343/19) establece que la competencia judicial internacional corresponde a los tribunales del Estado en que se adquirieron los vehículos, y no a los del Estado donde se fabricaron, lo que favorece la posición de los afectados. Incidentalmente, el Tribunal señala que la actuación de Volkswagen, en cuanto puede afectar a los intereses colectivos de los consumidores, podría constituir un acto de competencia desleal. Sobre esta sentencia, vid. CUARTERO RUBIO, M.V., “*Dieselgate*: la cuestión de la competencia judicial internacional ante el TJUE (asunto *Verein für Konsumenteninformation*, C-343/19)”, en *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 1 septiembre 2020, pp. 1 y ss., donde la autora recuerda también que, en el caso de los contratos de consumo, el foro es el domicilio del consumidor; mientras que en los casos de daños extracontractuales derivados de actos de competencia desleal es el mercado afectado, es decir, el país donde las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados.

²⁵ Vid. al respecto los análisis realizados, entre otros, por RODRÍGUEZ GUITIÁN (“Análisis...”, cit., pp. 635 y ss., y “El *Dieselgate*...”, cit., pp. 758 y ss.), CARRASCO, “El caso Volkswagen llega a los tribunales españoles”, *Publicaciones jurídicas*, Centro

Primera Instancia por los adquirentes de vehículos afectados por el fraude, y dirigidas, según los casos, contra el fabricante, contra sus empresas filiales en España, y/o contra los vendedores -que, con frecuencia, aunque no siempre, son también concesionarios vinculados al Grupo Volkswagen-. Lo habitual es que, con carácter principal, se solicite la restitución recíproca de las prestaciones derivadas del contrato de venta (es decir, la devolución del precio y del vehículo), junto con la correspondiente indemnización de daños, alegando, como fundamento de tales pretensiones, bien la nulidad del contrato por vicio del consentimiento (error, dolo), o bien la resolución por incumplimiento, con base en el art. 1124 CC. Subsidiariamente, es frecuente que se pida la reducción proporcional del precio de venta -y, por tanto, su restitución parcial-, en atención a la alegada depreciación de los vehículos ilegalmente manipulados. En último término, y también con carácter subsidiario, lo habitual es que se solicite la condena -solidaria, en su caso- de los demandados al pago de una indemnización por los daños materiales, económicos o morales sufridos por el demandante.

15. A pesar de que la mayoría de los adquirentes afectados por el *Dieselgate* tienen la condición de consumidores, lo cierto es que las demandas planteadas rara vez se han fundado en las normas que regulan los remedios por falta de conformidad en ventas de consumo, probablemente porque, en la mayor parte de los casos, los plazos legalmente previstos para el ejercicio de tales remedios habían transcurrido al tiempo de formular dichas demandas²⁶. Por otra parte, aunque en algún caso ha habido referencias a las normas que regulan la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos (arts. 128 y ss. TRLCU) como una posible vía para dirigir las pretensiones resarcitorias frente al fabricante, lo cierto es que tal régimen es claramente inaplicable en este tipo de casos²⁷, ya que, por un lado, los vehículos afectados por el *Dieselgate* no pueden considerarse defectuosos a estos efectos, puesto que en ningún caso han planteado un problema de seguridad, sino solo de falta de conformidad con el contrato; y, por otro, aquellas normas no cubren los daños materiales en el propio producto, ni tampoco los daños morales derivados, aunque dejan a salvo las acciones que puedan ser procedentes con arreglo a la legislación civil y mercantil. En consecuencia, las pretensiones resolutorias, de reducción de precio y de indemnización de daños se han fundado mayoritariamente en las normas generales que en el CC regulan la responsabilidad por incumplimiento contractual y, en menor medida -quizá por la mayor brevedad de los plazos de prescripción-, en las relativas a la responsabilidad extracontractual.

16. La respuesta de Juzgados y Audiencias Provinciales a las demandas así planteadas ha sido, en general, poco o nada receptiva. En el caso de las demandas dirigidas contra sujetos distintos del vendedor (la empresa fabricante, o su distribuidora y filial en España), el principal argumento manejado para su desestimación ha sido el principio de relatividad del contrato y la consiguiente inviabilidad de las pretensiones de nulidad o resolución dirigidas contra quienes (al margen de las relaciones empresariales que tuvieran con el vendedor) no fueron parte en el contrato de compraventa²⁸. En cuanto a las demandas plan-

de Estudios de Consumo, 27 de mayo de 2016, pp. 1 y ss.; PLANA ARNALDOS, *op. cit.*, pp. 1.179 y ss.; o BONACHERA VILLEGAS, R., “Una vuelta de tuerca en el caso *Dieselgate*”, *Actualidad Civil*, n. 6, Sección Persona y derechos, junio 2023, *La Ley (LA LEY 5457/2023)*, pp. 2 y ss. En la jurisprudencia, ejemplos representativos son los casos que dieron lugar a las dos sentencias del TS que posteriormente examinamos, así como el de la SAP Madrid (sec. 21ª) n. 306/2018, de 18 de septiembre (*JUR.* 2018/303285). Entre las resoluciones más recientes, un buen resumen de la jurisprudencia previa puede verse en la SAP Barcelona (sec. 17ª) n. 365/2023, de 6 julio (*JUR.* 332557).

²⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN (“El *Dieselgate*...”, *cit.*, p. 757; “Análisis...”, *cit.*, p. 655). Tales plazos se han visto ampliados en la Directiva 2019/771, pero en el régimen vigente al producirse los hechos se permitía al comprador reclamar por las faltas de conformidad que se manifestasen en el plazo de dos años desde la entrega, con un plazo de prescripción de tres años desde ese mismo momento. Ni que decir tiene que el transcurso de los plazos legales también hubiera hecho inviables las acciones por vicios ocultos en la compraventa (art. 1490 CC), que además no son aplicables en las ventas de consumo (art. 117.1 TRLCU, actualmente 116.1).

²⁷ Lo deja claro la STS 167/2020, a la que posteriormente nos referimos.

²⁸ Vid., p. ej., la argumentación desarrollada en la citada SAP Madrid de 18 septiembre 2018, con cita de otras. En ella se rechaza la legitimación pasiva de la distribuidora demandada respecto a las acciones contractuales ejercitadas, apelando al principio de relatividad de los contratos y al de separación de la personalidad jurídica. Y, si bien admite que de modo excepcional la jurisprudencia ha reconocido otros criterios de atribución de legitimación pasiva, como el reconocimiento extraprocésal de la condición de legitimado, o la intervención en las fases de negociación y contratación de quien es tercero, pero se presenta a

teadas frente al vendedor, se consideran inviables las acciones de nulidad por error o dolo, por no concurrir en estos casos los requisitos legal o jurisprudencialmente exigidos²⁹; mientras que la pretensión resolutoria se descarta por la inexistencia en estos casos de un incumplimiento grave o esencial, determinante de la frustración del fin del contrato -tal como exige la jurisprudencia aplicativa del art. 1124 CC-, teniendo en cuenta que ni la manipulación detectada, ni su posterior reparación, han afectado negativamente al funcionamiento y a la seguridad de los vehículos, ni han dado lugar -al menos por ahora- a la retirada de la homologación obtenida en su momento. En lo que se refiere, finalmente, a las pretensiones resarcitorias, el principal obstáculo para su estimación ha sido la falta de prueba de los daños alegados, especialmente los de carácter patrimonial³⁰; si bien, en algunos casos, los tribunales se han mostrado más proclives a conceder a los demandantes una módica compensación³¹ por el daño moral consistente en la angustia y la zozobra generadas por el descubrimiento del fraude y la incertidumbre por sus posibles consecuencias³².

V. El *Dieselgate* en el Tribunal Supremo español

17. Habrá que esperar al año 2020 para que el *Dieselgate* llegue finalmente al TS, dando lugar a dos importantes sentencias dictadas por el Pleno de la Sala de lo Civil, y en las que actúa como ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena: la STS n. 167/2020, de 11 marzo (*RJ*. 752), y la STS n. 561/2021, de 23 julio (*RJ*. 3583). Aunque, por razones de índole procesal, el fallo es parcialmente diferente, lo cierto es que las dos resoluciones vienen a articular una misma doctrina legal, que confirma la orientación restrictiva seguida hasta el momento por Juzgados y Audiencias, aunque incorpora determinados elementos adicionales de gran trascendencia. En efecto, el TS, siguiendo la línea predominante en la jurisprudencia menor, solo reconoce a los compradores afectados por el fraude el derecho a obtener una indemnización de 500 € en concepto de daño moral por la incertidumbre y el desasosiego sufridos; aunque la correspondiente responsabilidad se considera imputable únicamente al fabricante del vehículo -no al vendedor- con base en las normas reguladoras de la responsabilidad *contractual* y, específicamente, en las previsiones contenidas en el art. 1107.2 para los supuestos de incumplimiento doloso.

18. La expuesta es la verdadera esencia de la doctrina que la Sala de lo Civil del TS ha pretendido establecer a propósito del *Dieselgate*. Como hemos anticipado, una lectura apresurada del fallo de una y otra sentencia podría resultar engañosa: en efecto, en la STS 167/2020 la condena alcanza, con carácter solidario, tanto al vendedor como al fabricante, mientras que en la posterior STS 561/2021 se condena únicamente, no ya a la empresa fabricante, sino a su filial en España, que realmente actuaba como importadora y distribuidora. Tales diferencias tienen, sin embargo, una relevancia secundaria, en la medida en que vienen motivadas directamente por el modo en que la parte actora, en cada uno de los supuestos, había articulado la propia demanda y, posteriormente, el recurso de casación³³.

la contraparte y actúa con la apariencia de ser parte contratante, niega que ninguna de estas circunstancias se haya dado en el presente caso.

²⁹ Para que el error invalide el contrato, se exige que el mismo sea esencial y determinante (art. 1266); mientras que, en el caso del dolo, además de ser grave y determinante, se requiere que proceda de la otra parte del contrato (arts. 1269 y 1270), lo que no sucede en estos supuestos, ya que el ánimo de engaño no está en el vendedor, sino en un tercero (el fabricante).

³⁰ RODRÍGUEZ GUTIÁN (“Análisis...”, cit., p. 710) realiza un detenido examen de los diferentes conceptos alegados como daños patrimoniales indemnizables, y las razones de su rechazo por los tribunales. Entre los primeros cita, entre otros, el mayor gasto en combustible, la pérdida de potencia del motor, la depreciación del vehículo, la necesidad de abordar la reparación de futuras averías, el previsible incremento de impuestos (circulación y matriculación), los gastos necesarios para llevar el vehículo al taller y para sustituirlo por otro durante la reparación, o los intereses y gastos afrontados para la financiación del vehículo. Los argumentos utilizados para desestimar las correspondientes pretensiones son, según los casos, la inexistencia de los daños, su carácter meramente hipotético, o la falta de acreditación por parte del demandante.

³¹ La cifra se suele situar en torno a los 500 €, aunque oscila entre los 300 y los 1.000 en función, sobre todo, de la antigüedad y el kilometraje del vehículo.

³² Vid. las sentencias citadas por RODRÍGUEZ GUTIÁN (“Análisis...”, cit., p. 700, n. 154) y por Plana Arnaldos (*op. cit.*, p. 1.187, n. 59), quien, no obstante, cita otras resoluciones que desestimaron la indemnización del daño moral (*op. cit.*, p. 1.186, n. 57).

³³ Para un análisis detallado, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario de la STS de 11 marzo 2020 (167/2020). La compra-venta de un vehículo con un motor *trucado* legitima para reclamar no solamente contra el vendedor sino contra el fabricante

19. Para llegar a la formulación de la doctrina pretendida, el TS acomete en estas dos sentencias una muy elaborada argumentación orientada a justificar diferentes extremos: en primer lugar, la posibilidad de condenar al fabricante con base en las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, lo que implica superar el obstáculo del principio de eficacia relativa de los contratos; en segundo lugar, la extensión de la responsabilidad contractual a la indemnización del daño moral con base en el carácter doloso del incumplimiento; en tercer lugar, la exclusión de esa misma responsabilidad respecto al vendedor, precisamente por no haber participado en el dolo; y, por último, la imputación al distribuidor de la responsabilidad que, conforme a lo expuesto, debería corresponder únicamente al fabricante.

VI. Valoración crítica

20. En general, puede decirse que la doctrina española ha valorado positivamente -aunque con matices- el planteamiento marcadamente restrictivo seguido por la jurisprudencia menor a propósito de las demandas civiles derivadas del *Dieselgate*. Existe un acuerdo general acerca de la inviabilidad en estos casos de las acciones de nulidad por vicios del consentimiento, y también de la acción resolutoria basada en las normas generales sobre el incumplimiento contractual, no solo por no concurrir los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, sino también porque detrás de las pretensiones orientadas a obtener la declaración de ineficacia contractual y la consiguiente restitución recíproca de prestaciones se tiende a detectar un intento oportunista por parte de los compradores de obtener una ventaja indebida al amparo del escándalo³⁴.

21. Se ha señalado, a nuestro juicio con acierto, que la aplicación de las normas reguladoras de la falta de conformidad en las ventas de consumo hubiera permitido dar una respuesta adecuada y proporcionada, desde el punto de vista de los consumidores afectados, a las consecuencias del *Dieselgate*, habida cuenta del carácter objetivo de ese régimen y de la jerarquización de remedios que implica, en la medida en que favorece la puesta en conformidad de los bienes, y por tanto el mantenimiento de los contratos, frente a aquellas soluciones que implican la revisión o desvinculación contractual³⁵; remitiéndose a las normas generales en lo que se refiere al resarcimiento de posibles daños. Como vimos, sin embargo, el recurso a ese régimen, pese a contar con el respaldo expreso del TJUE³⁶, se ha visto impedido en la práctica por el transcurso de los plazos legales, dando lugar a que las demandas hayan debido fundarse, mayoritariamente, en las normas generales del Código Civil.

22. En una consideración objetiva, no cabe sino compartir la idea de que la magnitud del fraude (enorme por su extensión en el tiempo y el espacio, pero relativamente pequeña en cuanto a su incidencia sobre cada comprador individual) no debería justificar, en principio, el recurso a soluciones tan rigurosas como la nulidad o la resolución del contrato; y lo mismo cabría decir respecto a la pretensión de sustitución del vehículo original por uno nuevo, especialmente una vez que la empresa fabricante

del vehículo”, en YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 12º (2020), ed. BOE, Dykinson, Cuatrecasas, Madrid, 2021, pp. 149 y ss. Del mismo autor, “Comentario de la STS de 23 julio 2021 (561/2021). De nuevo se relaja el principio de relatividad de los contratos. Luces y sombras del daño *in re ipsa*”, en YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 13º (2021), ed. BOE, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 307 y ss. Vid. también JUÁREZ TORREJÓN, Á., “La responsabilidad directa del productor ante el consumidor: *Dieselgate* (a propósito de la STS 735/2020, de 11 marzo)”, en *RCDI*, n. 781, 2020, pp. 3.158 y ss.; y RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Análisis...”, cit., pp. 635 y ss.

³⁴ En este sentido, p. ej., RODRÍGUEZ GUTIÁN, “El *Dieselgate*...”, cit., p. 771; y “Análisis...”, cit., pp. 644 y 652; CARRASCO, “El caso Volkswagen...”, cit., p. 7, y “*Dieselgate*...”, cit., p. 6; CARRASCO PERERA y GARCÍA MONTORO, “Batalla legal...”, cit., pp. 5-6; y GARCÍA MONTORO, L., “La justicia española reitera su posición en el caso *Dieselgate*: no existe error invalidante del consentimiento en la compra de vehículos Volkswagen”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n. 22/2017, pp. 151 y ss.

³⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, “Análisis...”, cit., pp. 644, 657 y 710.

³⁶ En contra de la posibilidad de apreciar falta de conformidad en los vehículos afectados por el *Dieselgate* vid. CARRASCO, “El caso Volkswagen...”, cit., pp. 6 y 7; “Más allá del *Dieselgate*...”, cit., pp. 8 y ss.; y “El TJUE decide...”, cit., p. 10; y GARCÍA MONTORO, “Si adquirió un Volkswagen...”, cit., p. 6.

se mostró dispuesta a reparar de forma gratuita las anomalías detectadas. Con todo, cabría matizar que el devenir de los acontecimientos y, en particular, el hecho de que las reparaciones realizadas se hayan revelado también como inadecuadas podría llevar a replantear la radical exclusión de aquellos remedios, más aún una vez que, como vimos, el TJUE ha optado claramente por dejar abierta la puerta a la vía de la resolución aludiendo, entre otros extremos, al riesgo de que los vehículos afectados pudieran llegar a perder su homologación³⁷.

23. Las principales dudas a la hora de valorar la postura de nuestros tribunales se refieren, por un lado, a la procedencia de las pretensiones indemnizatorias esgrimidas por los compradores; por otra, a la determinación de quiénes habrían de ser los sujetos obligados a satisfacer tales indemnizaciones. En relación con estas cuestiones, el problema no es solo valorar si el resultado final puede o no considerarse proporcionado o equitativo, sino también si el fundamento jurídico utilizado para ello es o no adecuado. En general, la doctrina mayoritaria parece compartir la idea de que las pretensiones indemnizatorias no debían prosperar, en lo que se refiere a los daños materiales o patrimoniales, por su inexistencia, por su carácter meramente hipotético, o por la imposibilidad de probarlos, especialmente en el caso de los vehículos “reparados”³⁸; mientras que la indemnización de los daños morales, por la propia evanescencia del concepto, se ha llegado a considerar como una especie de “premio de consolación”³⁹, cuya justificación última estaría, no tanto en la procedencia de resarcir un daño efectivo conforme a las normas generales que regulan la responsabilidad civil, sino en la conveniencia de evitar que queden sin sanción, también en el ámbito jurídico-privado, quienes han dado lugar a un fraude de estas proporciones⁴⁰. Desde este punto de vista, podría considerarse coherente la decisión de derivar esa responsabilidad en exclusiva al fabricante, y eximir de ella a los vendedores que, por hipótesis, no participaron en el fraude; e incluso podría explicarse el hecho de que nuestros tribunales tiendan a conceder como indemnización por el daño moral una cantidad más o menos fija, con independencia de lo solicitado en las demandas y de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

24. No obstante, si atendemos a lo que ha sucedido más allá de nuestras fronteras, parece claro que la respuesta dada por nuestros tribunales civiles al *Dieselgate* no deja de producir una cierta insatisfacción. Como vimos, tanto en Estados Unidos como en Alemania se ha optado por reconocer a los compradores derechos sensiblemente más amplios que los reconocidos en España, llegando incluso a admitirse la devolución o recompra de los vehículos (con un descuento por el uso), además de compensaciones económicas por daños materiales y morales bastante más generosas. Hemos visto también cómo el propio TJUE, dentro de los condicionamientos impuestos por su propia función, se ha mostrado mucho más favorable a la hora de reconocer a los particulares afectados (no solo consumidores) el derecho a hacer valer pretensiones indemnizatorias (a cargo del fabricante defraudador), e incluso resolutorias.

25. Y es que, aun admitiendo que los mecanismos propios del Derecho privado no son seguramente los más adecuados para garantizar la consecución de objetivos relacionados con la sostenibilidad

³⁷ En este sentido, advierte RODRÍGUEZ GUITIÁN (“El *Dieselgate*...”, cit., p. 762, n. 101) que la mayoría de las sentencias que rechazan la resolución por incumplimiento se dictaron antes de que el TJUE, en sus tres sentencias de 14 julio 2022, estableciera que el *software* utilizado por Volkswagen para sustituir el original también implicaba una falta de conformidad, y que esta no podía considerarse como “de escasa importancia” a efectos de una posible resolución. Si el foco se centra en la resolución ex art. 1124 CC, es cierto que la “esencialidad” o “gravedad” del incumplimiento requerida por la jurisprudencia implica un nivel de exigencia superior al que se deriva de las normas de consumo cuando excluyen la resolución solo en el caso de incumplimientos “de no escasa importancia”; cabe pensar, no obstante, que el incumplimiento podría calificarse como esencial si, p. ej., la existencia de los dispositivos prohibidos llegara a poner en riesgo serio la libre circulación de los vehículos (p. ej., por la retirada de la homologación).

³⁸ Vid., p. ej., JUÁREZ, *op. cit.*, p. 3.169; GARCÍA MONTORO, “La justicia...”, cit., pp. 156 a 158; y CARRASCO, “El caso Volkswagen...”, cit., p. 7.

³⁹ CARRASCO, “Más allá del *Dieselgate*...”, cit., p. 1.

⁴⁰ A la significación más sancionadora que reparadora de la indemnización por daño moral acordada por los tribunales aluden, p. ej., RODRÍGUEZ GUITIÁN (“Análisis...”, cit., p. 711) y JUÁREZ (*op. cit.*, p. 3.176).

ambiental⁴¹, tampoco parece razonable excluir que quienes han visto defraudadas de una manera tan burda sus legítimas expectativas en relación con la adquisición de un vehículo fabricado por una empresa que había hecho bandera del compromiso medioambiental puedan disponer de mecanismos adecuados para obtener una reparación o compensación razonable y proporcionada⁴². Al margen del socorrido recurso a la indemnización de daños morales, quien adquiere un vehículo que debería contar con sistemas legales de control de emisiones, y posteriormente descubre que no es así, puede pensar legítimamente que pagó por su vehículo más de lo que valía; entre otras razones, porque esta circunstancia puede generarle problemas (posible retirada de la homologación, problemas para superar las inspecciones técnicas, limitaciones en el acceso a las ciudades, mayores dificultades para recolocar el vehículo en el mercado de segunda mano, etc.) de los que no tendría que preocuparse si el bien comprado hubiera sido conforme con lo que tenía derecho a esperar. A nuestro juicio, esos daños no son solamente morales, sino también patrimoniales⁴³, porque en el precio pagado va incluida (en una proporción sin duda difícil de precisar), al menos, la expectativa de no tener que preocuparse por esos extremos; y no son daños meramente futuros, eventuales o hipotéticos, que solo habrían de materializarse en caso de una posible reventa del vehículo, sino que se traducen en una depreciación actual del mismo⁴⁴. Es verdad que la cuantificación de tales daños puede resultar difícil, pero ello no justifica que sean ignorados sin más, o que se confundan con unos daños morales cuya indemnización, ya de por sí, puede resultar controvertida, especialmente en el ámbito contractual⁴⁵. Obviamente, la vía más adecuada para limitar o neutralizar esos daños habría de ser la reparación del vehículo mediante la eliminación del *software* fraudulento; una respuesta que la empresa, ciertamente, ofreció, aunque solo a requerimiento de las autoridades, cuando el fraude no pudo ser ocultado, y con el infructuoso resultado ya conocido: los componentes prohibidos fueron sustituidos por otros igualmente fraudulentos. Pero, aun en el caso de que la reparación ofrecida y realizada hubiera sido plenamente satisfactoria (y a la espera de lo que pueda suceder con las que se puedan realizar en el futuro), entendemos que ello no debería ser incompatible con el derecho de los compradores a obtener una compensación adicional, que, por lo demás, podría encauzarse, bien por la vía de la reducción proporcional del precio, bien por medio de una indemnización⁴⁶.

26. Seguramente no sería del todo justo atribuir a los tribunales españoles una actitud especialmente cicatera o recelosa frente al posible oportunismo de muchos demandantes. Es obvio que sus decisiones se han visto decisivamente condicionadas en muchos casos por el propio planteamiento de las demandas, excesivamente centradas, al parecer, en el ejercicio de acciones contractuales, con olvido de otros mecanismos alternativos a los que tal vez se podría haber acudido. Ya hemos visto cómo las normas vigentes han impuesto obstáculos insalvables para la viabilidad de remedios que, en otros contextos, hubieran permitido alcanzar resultados satisfactorios; en particular, el *Dieseldgate* ha puesto de manifiesto la conveniencia de repensar el régimen de prescripción aplicable a las acciones por falta de

⁴¹ CARRASCO, “Más allá del *Dieseldgate*...”, cit., pp. 1 y ss. Sobre el modo en que los diversos ordenamientos han articulado los mecanismos de *public y private enforcement* para dar respuesta al *Dieseldgate*, vid., Tuccari, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

⁴² LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 2.

⁴³ En este sentido, LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 3, para quien son daños patrimoniales derivados del *Dieseldgate*, por un lado, el “evidente sobreprecio” pagado por un vehículo supuestamente equipado por un motor Euro V de última generación, pero que en realidad contaba con un motor Euro IV que no cumplía los requerimientos reglamentarios exigibles; y, por otro lado, la depreciación adicional experimentada por los vehículos, una vez conocido el fraude, de cara al mercado de ocasión, que excede de la que sería normal en cualquier vehículo por el uso y el paso del tiempo. Sobre la depreciación (“*Merkantiles Mindeswert*”) de los vehículos afectados por el *Dieseldgate*, vid. también CARRASCO, “El caso Volkswagen...”, cit., p. 5.

⁴⁴ Así lo reconoce, a otros efectos, la STJUE de 9 julio 2020 (C-343/19): “*Así, más que de un perjuicio puramente patrimonial, en este caso se trata de un daño material resultante de una pérdida de valor de cada vehículo afectado y derivado del hecho de que, con la revelación de la instalación del software que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape, el pago efectuado para la adquisición del vehículo tiene como contrapartida un vehículo que adolece de un vicio y, por tanto, que tiene un menor valor*”.

⁴⁵ Sobre el tema, vid. MARÍN GARCÍA, I., y MILÀ RAFEL, R., “El daño moral contractual en derecho español tras el escándalo *Dieseldgate*”, en *Práctica de Derecho Daños*, n. 155, Sección Estudios, segundo trimestre de 2023, *La Ley* (LA LEY 6263/2023).

⁴⁶ Advierte JUÁREZ (*op. cit.*, p. 3.168) que, si bien el objetivo de la acción de rebaja del precio se corresponde sustancialmente con el de la acción de indemnización por depreciación, la primera no es una acción de naturaleza indemnizatoria, por lo que no está sujeta a los mismos presupuestos (criterio de imputación objetivo en el primer caso, culpabilístico en el segundo).

conformidad en ventas de consumo, que han resultado inútiles en este caso; o la conveniencia de dejar abierta la puerta a la resolución por incumplimiento cuando es el propio incumplidor el que, de forma manifiestamente dolosa, hace inviables otras soluciones menos traumáticas, como la reparación de los bienes. Es cierto también que la actitud contumaz y poco colaboradora de los responsables directos del fraude ha contribuido a generar desde el principio una intolerable situación de incertidumbre para los afectados, impidiéndoles adoptar sus estrategias procesales con pleno conocimiento de causa sobre cuál era su verdadera situación; el negacionismo inicial, la falta de iniciativa a la hora de proponer soluciones y compensaciones razonables, y, especialmente, la reincidencia a la hora de sustituir los dispositivos originales por otros igualmente fraudulentos, son circunstancias que sin duda han contribuido a generar más confusión entre los afectados⁴⁷. A ello habría que añadir la ausencia de mecanismos eficaces que facilitasen el ejercicio colectivo de acciones orientadas a proteger adecuadamente los intereses de los sujetos perjudicados⁴⁸, dando lugar a una proliferación de demandas individuales que se han ido resolviendo con arreglo a criterios no siempre uniformes y que, finalmente, han cristalizado en una solución que, insistimos, no puede considerarse adecuada.

27. Si centramos el foco, particularmente, en la labor del TS, lo primero que sorprende es que el Pleno del Alto Tribunal haya decidido elaborar su doctrina acerca del *Dieselgate* al hilo de dos supuestos en los que el margen para argumentar sobre el fondo del asunto había quedado extraordinariamente limitado por el planteamiento de las demandas y de los recursos de casación. Esta circunstancia deja abiertas importantes dudas acerca de la postura que habría adoptado el Tribunal en el caso de que hubiera podido pronunciarse sobre otras cuestiones: no sabemos, p. ej., qué hubiera pasado si los actores hubieran ejercitado acciones extracontractuales además o en lugar de las contractuales, o si hubieran recurrido también las sentencias de instancia en lo relativo, p. ej., a la desestimación de las acciones de nulidad por vicios del consentimiento, de resolución por incumplimiento, o de indemnización de daños patrimoniales. Cabría pensar que el Supremo ha optado por dictar doctrina en estos casos ante la eventualidad que no se le presentaran nuevas o mejores oportunidades para hacerlo; pero también cabe sospechar que, tal como venían planteados los asuntos, los Magistrados entendieron que se daban las condiciones idóneas para exponer su verdadera opinión sobre el fondo del asunto. En definitiva, da la impresión de que, con estas dos sentencias, el TS ha querido dejar claro que, con carácter general, los compradores afectados por el *Dieselgate* solo pueden aspirar a obtener, con cargo al fabricante, ese premio de consolación de 500 € al que se ha aludido⁴⁹.

28. Pero, más allá de que se pueda considerar acertado o no el planteamiento marcadamente restrictivo del TS, lo que más llama la atención, a nuestro juicio, es la desproporción existente entre el resultado final al que se pretende llegar y la trascendencia de los argumentos jurídicos utilizados para ello. Es justo reconocer que el ponente realiza un considerable esfuerzo argumentativo, y lo hace además utilizando un lenguaje ciertamente didáctico. Sin embargo, son muchas las dudas que, desde el punto de vista estrictamente técnico, suscitan estas dos sentencias. Especialmente discutible, en este sentido, nos parece el razonamiento seguido por el Tribunal para justificar -con valor de doctrina jurisprudencial- la procedencia de “modular” o “excepcionar” el principio de relatividad de los contratos en el sector de la fabricación, distribución y venta de vehículos de motor, con objeto de justificar que se pueda condenar por incumplimiento contractual al fabricante que no fue parte en el contrato..., al tiempo que se deja al margen de la condena al vendedor que sí lo fue.

⁴⁷ Señala BONACHERA (*op. cit.*, p. 2) que, a diferencia de lo sucedido en otros países, “nuestros justiciables han sido mucho más reticentes a la hora de demandar al Grupo Volkswagen, quizás debido a que nuestros tribunales también han sido mucho más reticentes a la hora de declarar la responsabilidad de los fabricantes de los vehículos afectados por el fraude, y a que nuestra Administración pública haya omitido toda información a los afectados sobre las reclamaciones que eventualmente pudieran ejercitar”.

⁴⁸ El escándalo del *Dieselgate* y sus vicisitudes procesales en distintos países están detrás de la Directiva 2020/1828, de 25 noviembre 2020 (todavía pendiente de transposición en España), relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en la que se da una respuesta afirmativa a la cuestión de si las acciones de representación pueden utilizarse, no solo para obtener la cesación de prácticas empresariales indebidas, sino también para el resarcimiento de los daños causados a una colectividad de consumidores a través de medidas tales como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado.

⁴⁹ En este sentido, CARRASCO, “Más allá del *Dieselgate*...”, cit., p. 17.

29. Es evidente que la finalidad última perseguida por el Tribunal no es otra que derivar al fabricante, como responsable último del fraude, la obligación de compensar a los particulares afectados por el *Dieselgate*; un objetivo que puede considerarse plausible, y que, a nuestro juicio, se podría haber conseguido acudiendo directamente a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual, sin necesidad de forzar los criterios de delimitación respecto a la responsabilidad propiamente contractual⁵⁰. Sin embargo, el Tribunal se encuentra en este punto con el obstáculo consistente en que las acciones ejercitadas (en ambos procedimientos) eran de carácter estrictamente contractual. En esta tesitura, cabría preguntarse si, para llegar al resultado pretendido, no hubiera sido preferible optar por explorar los límites del principio procesal de congruencia⁵¹, en lugar de desarrollar una compleja -y, a nuestro juicio, artificiosa- argumentación orientada a excepcionar o modular, por vía jurisprudencial, un principio básico de nuestro sistema, como es el de la eficacia relativa de los contratos, con objeto de superar -según palabras utilizadas por los recurrentes en casación- una “concepción arcaica” de dicho principio.

30. Es importante recordar que el principio de relatividad de los contratos, formulado en el art. 1257.1 CC, no tiene una significación puramente técnica, sino que es, a su vez, plasmación directa del principio de autonomía de la voluntad en su doble dimensión positiva y negativa; de ahí que, según se entiende habitualmente, sus posibles excepciones o modulaciones hayan de venir establecidas directamente por la ley (p. ej., mediante el expreso reconocimiento de acciones directas entre sujetos que no han contratado entre sí) o por la voluntad negocial de los interesados⁵². El TS, sin embargo, considera procedente formular, por vía jurisprudencial, una excepción en el ámbito que nos ocupa, y utiliza para ello diversos argumentos que, a nuestro juicio, presentan no pocos aspectos cuestionables⁵³.

31. Ciertamente, el paso de una economía agraria y artesanal, como la que existía en el siglo XIX, a otra industrial y basada en la producción en masa, puede justificar que por vía legislativa, y en función de diversos factores, se articulen nuevos mecanismos de imputación de responsabilidad entre sujetos que no han contratado entre sí; pero ello no tiene por qué poner en cuestión el principio de relatividad de los contratos, precisamente porque en este tipo de situaciones la responsabilidad exigible no será contractual, sino legal. La comparación con el régimen de responsabilidad por vicios en la construcción, desarrollado jurisprudencialmente en su momento a partir de una interpretación amplísima del art. 1591 CC, tampoco está exenta de aspectos discutibles. Se trataba de un ámbito en el que la evolución social y económica había dado lugar al surgimiento de importantes problemas jurídicos, que afectaban gravemente a la situación de amplios sectores de la población, y que no contaban con una respuesta legal adecuada, por lo que fueron los tribunales los que, acertadamente, asumieron la labor de buscar soluciones a partir de los escasos mimbres que ofrecía la regulación del contrato de obra en el CC; sin embargo, es evidente que con la aprobación de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, se optó claramente por abordar el problema mediante la configuración de un régimen de responsabilidad legal, y no contractual, dejando a salvo -significativamente- las responsabilidades que pudieran incumbir a los interesados como consecuencia de los contratos celebrados entre ellos (art. 17).

32. En el caso del sector del automóvil, la existencia de cadenas de fabricación, distribución y venta como las que describe el TS en las sentencias que nos ocupan no es una circunstancia muy diferen-

⁵⁰ RODRÍGUEZ GUTIÁN (“Análisis...”, cit., pp. 675, 677 y ss. y 710).

⁵¹ Sobre el sentido y alcance del principio de congruencia, vid. SSTC n. 182/2000, de 10 julio, y 173/2002, de 9 octubre. Una referencia al principio de unidad de la culpa civil (al que alude, p. ej., la STS n. 251/2014, de 30 mayo, RJ. 4217) como argumento que permitiría fundamentar la legitimación pasiva de la distribuidora de Volkswagen en España apelando a las normas de la responsabilidad contractual y/o extracontractual puede verse en la SAP Vizcaya (sec. 3ª) n. 171/2023, de 14 junio (JUR. 274117).

⁵² Vid., en este sentido, la formulación del art. 1235 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, recientemente elaborada por la Comisión General de Codificación: “*Relatividad del contrato. Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo que el propio contrato o la ley establezcan otra cosa*”.

⁵³ En sentido crítico respecto a la tesis del TS en este punto, CARRASCO, “*Dieselgate...*”, cit., p. 3; y RODRÍGUEZ GUTIÁN, “*Análisis...*”, cit., p. 675; y “*El Dieselgate...*”, cit., pp. 781 y 783. Una valoración más positiva del planteamiento del TS puede verse, p. ej., en JUÁREZ, *op. cit.*, pp. 3.174 y ss.; y Corral, *op. cit.*, pp. 5-6.

te de la que se da en otros muchos sectores económicos e industriales (piénsese, p. ej., en el caso de los electrodomésticos), y sin duda es un contexto en el que se plantean problemas jurídicos que no siempre cuentan con una respuesta adecuada en los Códigos decimonónicos. La diferencia con lo que en su momento sucedía en el ámbito de la edificación es que hoy en día sí contamos con una amplia legislación extracodicial, en gran parte armonizada a nivel europeo, y especialmente diseñada para tener en cuenta ese nuevo sistema de relaciones.

33. Las normas que regulan la responsabilidad por falta de conformidad en las ventas de consumo, o la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, configuran, ciertamente, supuestos específicos de responsabilidad legal entre sujetos que no han contratado entre sí, pero lo hacen estableciendo de forma detallada las características, condiciones y límites de cada uno de esos supuestos⁵⁴. En el caso de las faltas de conformidad, los remedios reconocidos al comprador -configurados con arreglo al modelo de la responsabilidad contractual- se dan inicialmente frente al vendedor (sin perjuicio de su eventual repetición frente al fabricante); mientras que la posibilidad de hacerlos valer frente al fabricante se prevé solo -en la norma española- con carácter subsidiario (cuando al comprador le resulte imposible o le resulte una carga excesiva dirigirse contra el vendedor) y se limita a los remedios específicamente previstos por la norma (que, p. ej., solo permite reclamar al fabricante la puesta en conformidad de los bienes mediante su reparación o sustitución, pero no la reducción de precio o la resolución, precisamente por la ausencia de una relación contractual entre los interesados). En su caso, la responsabilidad del fabricante frente al comprador puede fundarse también en la existencia de una garantía comercial voluntariamente ofrecida por aquel, en cuyo caso estaremos en presencia de una responsabilidad claramente contractual, cuyo régimen (en cuanto a supuestos cubiertos, plazos, remedios disponibles, etc.) será el derivado de la propia garantía. En cuanto a la indemnización de daños derivados de la falta de conformidad, serán aplicables las normas generales (actualmente, art. 116.2 TRLCU), lo que, según se entiende habitualmente, implicará reconocer al perjudicado la posibilidad de dirigirse también frente al fabricante, pero por la vía de la responsabilidad extracontractual⁵⁵. La responsabilidad del fabricante es, en cambio, directa respecto a los daños causados por productos defectuosos, entendiendo por tales los que no presentan el nivel de seguridad que cabría esperar; se trata en este caso de un régimen que responde a los parámetros propios de la responsabilidad extracontractual, y que, por su propia razón de ser, no se aplica a los daños materiales causados en el propio producto, y solo de modo subsidiario alcanza al proveedor directo.

34. Igualmente discutibles son los argumentos que maneja el TS con objeto de fundar la responsabilidad contractual del fabricante sobre la base de la existencia de vinculaciones “con trascendencia jurídica”, por un lado entre fabricante y comprador⁵⁶, por otro entre fabricantes, distribuidores y vendedores, y, por último, entre los sucesivos contratos que median entre los diferentes eslabones de la cadena de producción y distribución de los vehículos. En una visión de conjunto, se trata de afirmaciones genéricas, cuyo valor es más descriptivo que técnico, y que, a nuestro juicio, no bastan para ignorar las implicaciones del principio de relatividad. Es evidente que el mero contacto social entre sujetos que no han llegado a contratar entre sí puede servir de base para el nacimiento de obligaciones y responsabilidades entre ellos, y, en este sentido, no cabe sino reconocer que entre el fabricante del vehículo y el comprador existen vínculos con trascendencia jurídica; pero, a salvo de la regulación legal aplicable en el caso concreto, esos vínculos y responsabilidades no serán contractuales, sino extracontractuales⁵⁷.

⁵⁴ Para CARRASCO (“*Dieselgate...*”, cit., p. 3), la argumentación de la STS 167/2020 ignora la delimitación entre responsabilidad contractual y extracontractual que resulta de las normas europeas.

⁵⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, “*El Dieselgate...*”, cit., p. 745, y “*Análisis...*”, cit., p. 673, con cita de LÓPEZ MAZA/GARCÍA VICENTE.

⁵⁶ El TS aprecia tales vinculaciones, p. ej., en la exigibilidad por el comprador de las prestaciones ofertadas en la publicidad del fabricante, en la existencia de una garantía comercial ofrecida por este, o en el hecho de que el incumplimiento del vendedor sea imputable a la actuación del fabricante.

⁵⁷ De hecho, ya vimos cómo la STJUE de 21 marzo 2023 (C-100/21) aprecia una vinculación legal relevante entre fabricante y comprador que justifica la posibilidad de que este pueda reclamar a aquel una indemnización por los daños derivados del incumplimiento de las obligaciones que le incumben; pero el TJUE no afirma que tales obligaciones y responsabilidades sean propiamente contractuales.

En cuanto a la existencia de vinculaciones entre los diferentes sujetos implicados en la cadena de fabricación y distribución (con frecuencia, sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, y con participaciones recíprocas que alcanzan el 100 %), se trata de una realidad incuestionable, pero que no se da solamente en el sector del automóvil, y que responde al modo de concebir la personalidad jurídica de las sociedades en nuestro sistema económico y jurídico. Es evidente que el ordenamiento dispone de mecanismos (levantamiento del velo, fraude de ley, abuso de derecho, etc.) que permiten ir más allá de la independencia formal entre sociedades, pero no de un modo apriorístico e indiscriminado, sino cuando se den circunstancias que así lo aconsejen; de tal manera que si, por aplicación de esos mecanismos, se pone de manifiesto la existencia de una efectiva confusión de personalidades, la imputación de responsabilidades contractuales a quien es parte material en el contrato, aunque no lo sea formalmente, no implicará excepción del principio de relatividad de los contratos, sino aplicación del mismo⁵⁸. En cuanto a la utilización que el TS hace de la noción de “contratos conexos”, aplicada a los sucesivos contratos que median, por un lado, entre fabricante (o importador) y concesionario, y, por otro, entre este y el comprador final, y en los que se plasmaría “esa relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final”, habrá que explicar que no es este el sentido técnico que suele asumir la expresión “contratos conexos o vinculados” en nuestro sistema, ya que con ella no se alude simplemente al hecho de que la cadena de distribución se articule mediante la celebración de sucesivos contratos (lo que es habitual prácticamente en cualquier sector económico), sino a la existencia de una vinculación causal específica entre dos contratos determinados que se articulan entre sí para la consecución de una finalidad económica unitaria (p. ej., el contrato de venta y el contrato de crédito que ha de financiar aquella, el arrendamiento y el subarriendo de un mismo inmueble, o la subcontratación para la ejecución de un determinado contrato de obra), lo que justifica que las vicisitudes de un contrato puedan afectar al otro, o que puedan apreciarse relaciones directas entre los distintos sujetos implicados en la operación, más allá del lugar que ocupen en los distintos contratos.

35. Por supuesto, no hay modulación alguna del principio de relatividad cuando un sujeto asume voluntariamente -ya sea de forma expresa o implícita- la responsabilidad por los hechos o declaraciones de otros. Este es, precisamente, el argumento utilizado por la STS 561/2021 para justificar la condena de la empresa filial de Volkswagen en España, que no había fabricado ni los vehículos ni los motores manipulados (puesto que actuaba como importadora y distribuidora), pero que, según el TS, había asumido en virtud de declaraciones y actos propios la responsabilidad del fabricante y, con ello, la legitimación pasiva para hacer frente a la reclamación de daños contractuales. Argumento que, en sí mismo, es también discutible, ya que, independientemente de que se entienda o no que la actuación de la demandada implicaba una asunción implícita de la responsabilidad del fabricante (lo que había sido descartado por la Audiencia⁵⁹), seguiría abierta la cuestión de si esa responsabilidad habría de calificarse o no como contractual⁶⁰.

36. En cuanto al posible riesgo de insolvencia de quien actúa como vendedor, alegado también por el TS para justificar la conveniencia de afirmar la responsabilidad contractual del fabricante, se trata de un argumento excesivamente genérico, que podría aplicarse en cualquier ámbito de la contratación y que, en todo caso, podría justificar, bien una específica intervención legal orientada a atribuir a determinados sujetos la condición legal de garantes de otros, o bien la atribución directa de responsabilidad por aplicación de criterios generales, como los basados en la confusión de personalidades, o en la existencia

⁵⁸ La SAP que da lugar a la STS 561/2021 subraya la necesidad de partir en esta materia del principio de separación de las distintas personalidades jurídicas, y advierte: “*La mera pertenencia a un grupo de empresas, o la íntegra participación de una mercantil por otra diferente a la que se imputa responsabilidad por un evento dañoso, no permiten incurrir en confusión de personalidades, ni de patrimonios*”.

⁵⁹ YZQUIERDO (“De nuevo...”, cit., p. 313) ve en la valoración que el TS hace de los hechos para fundamentar la aplicación de la doctrina de los actos propios “alguna dosis de voluntarismo”.

⁶⁰ En este sentido, Carrasco (“Los compradores del Dieselgate por segunda vez ante el Tribunal Supremo”, en *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 10 de septiembre de 2021, pp. 2 y ss.) señala que la voluntaria asunción por la filial demandada de la responsabilidad propia del fabricante no implica que tal responsabilidad haya de ser contractual, puesto que el fabricante no era parte en el contrato, y el dolo del art. 1107.2 es el de la otra parte contratante.

de específicas obligaciones *in vigilando* o *in eligendo*; repárese, en todo caso, en que los problemas de insolvencia de la contraparte contractual (que en su día sí llegaron a tener consecuencias gravísimas en el sector de la edificación) no parecen ser los más preocupantes desde el punto de vista de los adquirentes de automóviles, y desde luego no han llegado a suscitarse en ningún momento en el contexto del *Dieselgate*⁶¹.

37. Obsérvese, por lo demás, que el TS, tras haber afirmado la necesidad de superar en este ámbito las exigencias derivadas del principio de relatividad de los contratos, parece limitar las implicaciones de su propio planteamiento, al afirmar que con ello solo se trataría de justificar la legitimación pasiva del fabricante “*para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual*”, es decir, frente al ejercicio por parte del comprador de pretensiones indemnizatorias. Con ello, el Tribunal parece ser consciente de que la superación de aquel principio no podría en ningún caso llevarse hasta el extremo de justificar el ejercicio directo por el comprador frente al fabricante de acciones tales como las de anulabilidad por vicios del consentimiento, o de resolución por incumplimiento; y de hecho, se entiende habitualmente que en los casos en que es un tercero que no es parte en el contrato quien provoca dolosamente el error de un contratante o el incumplimiento de aquel, su responsabilidad habrá de articularse por la vía extracontractual⁶². Ahora bien, si de lo que se trata es de justificar el ejercicio de pretensiones puramente indemnizatorias frente al fabricante, habrá que insistir en que no resulta imprescindible acudir a la vía contractual, ya que el comprador perjudicado siempre tendría a su disposición el régimen de responsabilidad extracontractual. De hecho, el análisis de la STS 561/2021 pone de manifiesto cómo la compleja y elaborada argumentación desarrollada por el Tribunal para justificar la procedencia de condenar al fabricante -y por extensión al distribuidor-, a indemnizar los daños morales causados al comprador, eximiendo al mismo tiempo al vendedor⁶³, solo se explica por la necesidad de atenerse a los estrechos márgenes que, en este sentido, impone el régimen de la responsabilidad contractual. Si el debate se hubiera planteado en el terreno extracontractual, no habría sido necesario justificar la procedencia de extender la indemnización a los daños morales⁶⁴, ni tampoco examinar las implicaciones del criterio de imputación objetiva basado en el fin de protección del contrato (art. 1107.1 CC), ni, en fin, la improcedencia de limitar los daños indemnizables en función de este criterio en los casos de incumplimiento doloso a la luz de un precepto (el art. 1107.2 CC) que, precisamente, adquiere toda su significación en el ámbito específico de la responsabilidad por daños contractuales⁶⁵.

38. Ciertamente, el recurso a la vía extracontractual no estaría exento de dificultades, como la prueba de sus presupuestos específicos o el posible transcurso de los plazos de prescripción. Sin embargo, en el caso que nos ocupa tales dificultades no habrían de ser necesariamente mayores -más bien lo

⁶¹ El TS alude al art. 8.c) TRLCU, que reconoce el derecho de los consumidores a ser indemnizados por los daños y perjuicios que sufran, para señalar que ese derecho podría verse en riesgo, en caso de insolvencia del vendedor..., a menos que se flexibilice el principio de relatividad de los contratos para hacer responsable también al fabricante. Lo que no es cierto, porque afirmar que el fabricante no está vinculado contractualmente no significa que no pueda ser llamado a responder por vía extracontractual.

⁶² Juárez, *op. cit.*, p. 3.172.

⁶³ La exención de responsabilidad del concesionario vendedor en la S. 561/2021 se basa en que su conducta no puede ser calificada como dolosa a los efectos del art. 1107.2, al no haber participado directamente en el fraude; lo que significa que, a estos efectos, el TS sí considera a vendedor y fabricante como dos personalidades distintas. Por otra parte, se ha señalado (Juárez, *op. cit.*, p. 3.176) que en la anterior S. 167/2020 se había condenado al fabricante del automóvil (SEAT), pese a que el motor manipulado había sido fabricado y proporcionado por Volkswagen -que no había sido demandada-, por lo que, en principio, no habría por qué considerar acreditada la actuación dolosa de aquel. Sin embargo, el argumento del Tribunal en este caso fue el hecho de que, como fabricante del vehículo, la demandada había de asumir la responsabilidad por los componentes integrados en él, aunque hubieran sido suministrados por un tercero.

⁶⁴ MARÍN GARCÍA y MILÀ RAFEL, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁵ Señala el TS que “*puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el art. 1107 del CC, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso*”; argumento que olvida que la distinción formulada en el art. 1107 solo tiene sentido, precisamente, en materia de responsabilidad contractual, pero no es aplicable en el ámbito extracontractual, donde siempre sería posible exigir la correspondiente responsabilidad al fabricante doloso o negligente por la totalidad de los daños que le fueran objetivamente imputables. Obsérvese, de hecho, que la STS 561/2021 se apoya en este punto en la precedente STS n. 366/2010, de 15 junio, que, con toda claridad, se refería a un caso de responsabilidad estrictamente contractual.

contrario- que las planteadas en el terreno contractual. En cuanto a la prescripción, habría que tener en cuenta, no solo la duración de los plazos, sino también los criterios aplicables para determinar el *dies a quo*, o la posible concurrencia de causas de interrupción o suspensión (reconocimientos, requerimientos, demandas de conciliación, solicitudes de mediación, actuaciones penales, etc.)⁶⁶. En cuanto a los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, el principal problema sería la prueba del daño indemnizable y de la relación de causalidad con la acción u omisión del demandado; pero, como ya se ha apuntado, este problema se plantea también, e incluso con mayor virulencia, en el ámbito de la responsabilidad contractual, precisamente por la necesidad de tener en cuenta el criterio del fin de protección del contrato.

VII. Una posible vía alternativa: las acciones por prácticas comerciales desleales

39. Si, conforme a lo que venimos exponiendo, nuestro sistema se ha mostrado incapaz de dar una respuesta satisfactoria a aquellos compradores que intentaron hacer valer sus legítimos derechos e intereses acudiendo a los remedios tradicionales del Derecho civil, parece oportuno examinar la posibilidad de recurrir a otras vías alternativas. En particular, consideramos que puede resultar especialmente interesante el análisis de alguna resolución judicial dictada a propósito del asunto, pero a raíz del ejercicio colectivo de acciones basadas en la aplicación de las normas sobre competencia desleal⁶⁷. Se trata, concretamente, de la S. n. 36/2021, de 25 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Madrid (*JUR.* 2021/25275), que estimó sustancialmente la demanda formulada por una asociación de consumidores (la OCU) contra la filial, importadora y distribuidora de Volkswagen en España, con base en aquellas normas. Conviene advertir inmediatamente que dicha sentencia ha sido revocada por la SAP Madrid (sección 28^a) n. 463/2023, de 22 junio, pero no por razones de fondo, sino procesales, al entender que la competencia para conocer del asunto correspondía a los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, por ser este el domicilio de la demandada⁶⁸. A la espera de comprobar cuál pueda ser el resultado de un posible nuevo pleito, consideramos que la lectura de la sentencia ahora revocada puede aportar perspectivas interesantes sobre el modo más adecuado de afrontar, desde una visión amplia del Derecho privado, y también de cara al futuro⁶⁹, problemas tan complejos como los que ha planteado el *Dieselgate*.

40. Tras reconocer la legitimación activa de la asociación demandante -también- para el ejercicio de acciones indemnizatorias de sus asociados (un total de 7.543)⁷⁰, la sentencia declara que la ac-

⁶⁶ A propósito de la posible incidencia de las actuaciones penales seguidas a raíz del *Dieselgate* sobre la prescripción de las acciones civiles, vid. BONACHERA, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

⁶⁷ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Esta ha sido también la orientación prevalente en la jurisprudencia italiana; vid. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 122 y ss., donde se explica que, por esta vía, se ha obligado a Volkswagen a indemnizar, a título de responsabilidad extracontractual, el daño patrimonial derivado de la lesión de la libertad negocial de los consumidores, concretado en una cantidad situada entre el 15 y el 20 % del precio de los vehículos, y al que se añade, en ciertos casos, y en concepto de daño no patrimonial, un 10 % de la cantidad obtenida como daño patrimonial.

⁶⁸ Basándose para ello, por cierto, en la doctrina del TS según la cual no puede fundarse la competencia territorial en el hecho de que el demandado cuente con concesionarios en el lugar donde se presenta la demanda, ya que “*el concesionario no puede ser considerado como establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, a los efectos del art. 51.1 LEC, porque en los contratos de concesión o distribución (repárese en este extremo) intervienen dos empresarios independientes*”.

⁶⁹ Téngase en cuenta que el régimen europeo sobre prácticas comerciales desleales se ha visto muy reforzado con la aprobación de la Directiva 2019/2161 (cfr., en particular, el nuevo art. 11 bis, introducido en la Directiva 2005/29), cuya transposición al Derecho español tuvo lugar por medio del RD Ley 24/2021, de 2 de noviembre, y que, obviamente, no resulta aplicable a los casos derivados del *Dieselgate*. La repercusión de este asunto es evidente en la reciente Directiva (UE) 2024/825, de 29 febrero, por la que se modifican las Directivas 2005/29 y 2011/83 en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información, donde se alude expresamente a las prácticas de “*ecoimpostura*”. Sobre la Propuesta de Directiva, y en general sobre la respuesta legal ante el “*blanqueo ecológico*”, vid., MIRANDA ANGUITA, A., “*Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: a propósito del blanqueo ecológico o greenwashing*”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2024, vol. 16, n. 1, pp. 423 y ss.

⁷⁰ La legitimación de la asociación demandante se reconoce con base en el art. 33.1 LCD y, por remisión de este, en el art. 11.2 LEC; pero también se tiene en cuenta la procedencia de interpretar el Derecho nacional conforme a los criterios de la ya

tuación de la demandada constituye una práctica comercial desleal novedosa e inespecífica, subsumible en la cláusula general del art. 4 LCD por ser objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe y a la diligencia profesional exigible a un empresario en las relaciones con consumidores, y susceptible de distorsionar con ello de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio⁷¹; y declara igualmente que se trata de una conducta desleal por engañosa conforme al art. 5 de la misma norma. En consecuencia, ordena el cese de tal conducta y prohíbe su reiteración futura; ordena la remoción de efectos para los supuestos en que no se hubiera efectuado ya el saneamiento de los vehículos afectados mediante la modificación, gratuita y en cualquier tiempo, de sus sistemas; condena a la demandada a indemnizar los daños y perjuicios causados a los usuarios afectados -asociados a la OCU y debidamente identificados- en la cuantía de 3.000 € por afectado, lo que supone un monto total de 16.332.000 €; ordena la publicación de la sentencia en dos periódicos de circulación nacional; e impone las costas a la demandada, con expresa declaración de temeridad.

41. En lo que ahora interesa, resultan especialmente sugerentes las consideraciones que hace la sentencia acerca de la improcedencia de aplicar en este ámbito los razonamientos seguidos por aquellas resoluciones judiciales -incluyendo las dictadas por el TS- que han venido desestimando en todo o en parte las demandas planteadas por compradores individuales en el ejercicio de acciones de carácter propiamente contractual (p. ej., las de nulidad por vicio del consentimiento, vicios ocultos, resolución por incumplimiento o responsabilidad por culpa contractual), dado que, según se señala, los presupuestos en que se basan las normas sobre competencia desleal son muy distintos. Las diferencias con los condicionamientos impuestos por la mecánica contractual se ponen de manifiesto en distintos aspectos; p. ej., en materia de legitimación pasiva, donde el Juzgador explica que la falta de identidad jurídica entre la empresa fabricante y la filial española demandada es irrelevante en el contexto de la LCD, cuyo art. 34 reconoce dicha legitimación a “cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización”⁷²; lo que, en el caso concreto, permite afirmar la legitimación pasiva de la demandada, aunque solo respecto a aquellos vehículos que ella misma ha importado y distribuido⁷³. Se rechaza igualmente la alegada prescripción extintiva de las acciones ejercitadas (regulada por el

citada Directiva 1828/2020 sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, aún pendiente de transposición.

⁷¹ Cuestiona este extremo Corral (*op. cit.*, p. 10), por considerarlo incompatible con el mayoritario rechazo de nuestros tribunales a la viabilidad de las acciones de anulación por vicio del consentimiento. A nuestro juicio, sin embargo, se trata de cuestiones claramente distintas, entre otras razones porque en un caso se trata de decidir sobre la posible ineficacia del contrato, mientras que en el otro se trata de juzgar sobre la viabilidad de otros tipos de acciones.

⁷² En defensa de su lectura amplia de la legitimación pasiva, el Juzgador trae a colación -aunque solo como argumento de refuerzo- la doctrina de la STS n. 167/2020 acerca de la modulación del principio de relatividad de los contratos: “*Si para una reclamación de índole exclusivamente contractual se puede traer al pleito a quien, formando parte de la estructura de fabricación y distribución el vehículo, no fue parte del contrato de compraventa, superando la sacrosanta regla de la relatividad contractual, a fortiori en procedimientos de competencia desleal de naturaleza extracontractual, en que se permite dirigir la demanda contra el mero cooperador, debe admitirse la posibilidad de atribuir legitimación pasiva a la distribuidora de los automóviles, aplicando la misma regla hermenéutica proclive a ampliar las posibilidades de demandar en razón de la especificidad del sector*”. Adicionalmente, la sentencia alude también a las resoluciones judiciales que, para otro tipo de responsabilidad extracontractual próxima (las reclamaciones entre privados derivadas de la infracción de las normas de defensa de la competencia), vienen permitiendo la posibilidad de demandar a la sociedad filial del cártel encargada de la venta y distribución de un vehículo, sin haber participado ni supuestamente conocido las prácticas restrictivas de la competencia llevadas a cabo por la matriz. Menos acertado, a nuestro juicio, es el razonamiento de la S. n. 7/2023, de 10 de enero, del JM n. 11 de Barcelona (*JUR.* 2023/54001), que, para afirmar la legitimación pasiva de la filial de Volkswagen en España respecto al ejercicio de las acciones en materia de competencia desleal, además del art. 34 LCD y de las reflexiones de la STS n. 561/2021 sobre la necesaria superación del principio de relatividad de los contratos en el sector del automóvil, alude a un concepto de empresa como unidad económica que, en su opinión, se estaría consolidando en la jurisprudencia del TJUE, y que permitiría “*hacer responsable a cualquiera de las sociedades integradas en un grupo que desarrolla una actividad común*”. A nuestro juicio, ese concepto unitario de empresa puede tener sentido a efectos de aplicación de las normas reguladoras de la competencia -incluyendo las acciones de responsabilidad por daños derivados de su infracción-, en los términos que se exponen en la STJUE (Gran Sala) de 6 octubre 2021 (asunto C-882/19, *Sumal, S.L.*, y *Mercedes Benz Trucks España, S.L.*); pero no puede aplicarse sin más al ámbito contractual, precisamente por la vigencia en este ámbito del principio de relatividad de los contratos.

⁷³ Ello determina que la legitimación pasiva de la demandada solo se reconozca respecto a 5.444 vehículos de los 7.542 que se hacían constar en la demanda.

art. 35 LCD⁷⁴) apelando, entre otros argumentos, a la necesidad de interpretar restrictivamente el juego de la prescripción, a las importantes dudas existentes acerca del momento en que los afectados (e incluso la propia demandada) tuvieron una información completa sobre el alcance del fraude; al hecho de que en el presente caso estamos ante un supuesto de infracción continuada, por lo que el plazo de prescripción solo debe comenzar a correr cuando cese por completo la conducta ilícita; y a la existencia de demandas de conciliación y solicitudes de mediación que, en todo caso, habrían dado lugar a la interrupción o suspensión del plazo⁷⁵.

42. En cuanto a la prueba y cuantificación de los daños, la sentencia, descartando la alegación de que los mismos no habían sido probados, se acoge a la jurisprudencia sentada por el TS acerca de la aplicabilidad en materia de competencia desleal de la doctrina sobre los daños *ex re ipsa*, conforme a la cual es posible dar por probado el daño cuando su existencia resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado, sin perjuicio de que el Juzgador haya de aportar la pertinente motivación. En el presente caso, entiendo la sentencia que tales daños -comunes a todos los afectados- serían tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Entre los primeros habría que incluir las molestias por la pérdida de tiempo asociada a la necesidad de llevar el vehículo al servicio técnico del fabricante para la reprogramación de su centralita, y el quebranto económico inherente a la depreciación de los vehículos. Entre los segundos, la desazón o inquietud respecto de la posible existencia de instrucciones ocultas e indetectables en el *software* que controla el funcionamiento del vehículo; la inquietud y preocupación ante las medidas que las autoridades puedan adoptar en materia de protección del medio ambiente y que puedan incidir negativamente sobre el uso normal de los vehículos (p. ej., en cuanto a las restricciones de acceso al centro de determinadas ciudades) o sobre otros aspectos, como la tributación; y la frustración sufrida por aquellos compradores que pusieron su legítima confianza en la garantía que la homologación debía proporcionar en términos de tutela del medio ambiente y de la salud. En conclusión, el Juzgador estima justa y adecuada una indemnización de 3.000 € por afectado, de los que aproximadamente la mitad se correspondería con los daños materiales, y la otra mitad con los daños morales. Se apunta también que, a efectos de fijar la cuantía indemnizatoria, se ha tenido en cuenta el acuerdo alcanzado en Alemania para indemnizar a los afectados con unas cantidades que oscilan entre los 1.350 y los 6.257 €, así como las indemnizaciones abonadas por el mismo fabricante en Estados Unidos (entre 5.100 y 10.000 dólares por afectado)⁷⁶.

43. A modo de conclusión, entendemos que la sentencia comentada resulta extraordinariamente interesante, ya que, más allá de que se compartan o no todos sus argumentos, en ella se pone de manifiesto la conveniencia de que, también desde el Derecho privado, se siga avanzando en el desarrollo y manejo efectivo de nuevos mecanismos, tanto sustantivos como procesales, capaces de proporcionar una respuesta adecuada a fenómenos que, claramente, no pueden ser abordados de manera satisfactoria acudiendo a los instrumentos tradicionales.

⁷⁴ Art. 35 LCD: “Prescripción. Las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. La prescripción de las acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”.

⁷⁵ De acuerdo con este planteamiento, BONACHERA, *op. cit.*, p. 16, n. 33. En cambio, la citada S. 7/2023 del JM n. 11 de Barcelona considera prescritas las acciones derivadas de la LCD por entender que el plazo de prescripción comenzó a contar desde que la demandante conoció el comportamiento presuntamente desleal, lo que, según afirma, habría ocurrido en el momento en que Volkswagen le dirigió la primera comunicación referida a la incidencia con el programa informático.

⁷⁶ Más restrictiva, también en este punto, es la S. n. 7/2023 del JM n. 11 de Barcelona, que, siguiendo la pauta marcada por el TS en relación con el *Dieselgate*, desestima por falta de prueba las pretensiones indemnizatorias por el daño patrimonial (que la actora fundamenta, a título principal, en las normas sobre competencia desleal, y subsidiariamente en las que rigen la responsabilidad contractual). Según el Juzgador, aunque está acreditado que el vehículo de la actora estaba equipado con un *software* fraudulento, no hay prueba de que ello fuera determinante para la decisión de compra, de que haya incidido sobre la pérdida de valor del vehículo o sobre su nivel de rendimiento, ni siquiera de que las emisiones reales superaran los límites legales o las que se dan en vehículos similares. En consecuencia, solo condena a la empresa distribuidora (no a la vendedora) al pago de una indemnización de 500 € en concepto de daños morales con base en las normas reguladoras de la responsabilidad contractual.

Problemas de dispersión jurisdiccional del pleito en el Derecho internacional privado europeo de familia*

Problems of jurisdictional dispersion in the European private international family law

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido: 20.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8931

Resumen: Se analizan en el presente trabajo las fórmulas que se han utilizado en los distintos Reglamentos europeos de Derecho de familia para evitar la dispersión jurisdiccional del pleito: desde el artículo 10 Reglamento (UE) 2019/1111 (acumulación de la responsabilidad parental al *forum divortii*, siempre que los responsables parentales acepten); el artículo 3 apartados c) y d) Reglamento (CE) 4/2009 sobre alimentos, que prevén una concentración de oficio de la competencia sin dar entrada a la autonomía de la voluntad o los artículos 4 y 5 de los Reglamentos sobre regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas, respectivamente, en los que se otorga un papel determinante a la autonomía de la voluntad en cuestiones relacionadas con las crisis matrimoniales y la nulidad o disolución de las uniones registradas, frente a la no operatividad de la autonomía de la voluntad si la cuestión principal tiene carácter sucesorio.

Palabras clave: competencia judicial internacional, dispersión jurisdiccional del pleito, autonomía de la voluntad, cuestiones accesorias, concentración jurisdiccional del pleito.

Abstract: In this paper are analyzed the formulas that have been used in the European regulation of family law to avoid the jurisdictional dispersion: from article 10 Regulation 2019/1111 (accumulation of parental responsibility to the *forum divortii*, provided that the parental responsibility accept); the article 3 item c) and (d)) Regulation 4/2009 that it provide for an concentration without giving entrance to the party autonomy o the articles 4 and 5 of the recent regulations on matrimonial economic regimes and patrimonial effects of the registered unions, respectively, where a decisive role is given to the autonomy on issues related to the marital crisis and the annulment or dissolution of registered unions , against non-operation of the party autonomy if the main issue is succession.

Keywords: jurisdiction, jurisdictional dispersion, party autonomy, accesory questions, jurisdictional concentration.

*Sirva este trabajo como sincero reconocimiento a la encomiable labor del profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca, indiscutido maestro del Derecho Internacional Privado.

El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

Sumario: I. Consideraciones previas II. Dispersión jurisdiccional del pleito: ¿riesgo soportado o práctica a evitar? III. Influencia de la autonomía de la voluntad en la concentración jurisdiccional del pleito IV. Crisis matrimoniales y de pareja: responsabilidad parental, alimentos, regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de uniones registradas 1. Contexto 2. Responsabilidad parental y *forum divortii*: artículo 10 Reglamento (UE) 2019/1111 3. Crisis matrimonial, responsabilidad parental y alimentos: artículo 3 c) y d) Reglamento (CE) 4/2009 4. Crisis de pareja y efectos patrimoniales: artículos 5 Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 A) Crisis matrimoniales y regímenes económicos [art. 5 Reglamento (UE) 2016/1103] B) Crisis de unión registrada y efectos patrimoniales [art. 5 Reglamento (UE) 2016/1104] V. Regímenes económicos matrimoniales, efectos patrimoniales de uniones registradas y sucesiones VI. A modo de conclusión.

I. Consideraciones previas

1. Desde que la Unión Europea asumió la competencia para elaborar normas de Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.), con el Tratado de Ámsterdam en 1997, son ya más de una decena los Reglamentos que regulan distintos aspectos de las relaciones civiles y mercantiles. En estos momentos, el andamiaje jurídico del DIPr. europeo es tan incontestable que ha reducido buena parte de la acción del legislador interno. Avanzamos, pues, en la construcción de un espacio de justicia en el que las barreras jurídicas poco a poco van desapareciendo; prueba de ello es la progresiva supresión del exequátur en diversas materias (asuntos de carácter patrimonial, alimentos, responsabilidad parental). Se pretende con ello que el fraccionamiento territorial de la tutela judicial efectiva a que pueden conducir procesos con elemento internacional (europeo), no afecte a aquellos procesos que se sustancian en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea y cuyas resoluciones deban ser reconocidas y/o ejecutadas en otro Estado miembro. Se avanza, en consecuencia, en la conquista de la quinta libertad europea, esto es, en la libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo.

2. En el ámbito del DIPr. europeo de familia se ha legislado ya en crisis matrimoniales y en responsabilidad parental¹, en regímenes económicos matrimoniales², en efectos patrimoniales de uniones registradas³, en alimentos⁴ y en sucesiones⁵. Y en todo este escenario se aprecia el riesgo de que la complejidad para aprehender, comprender y aplicar correctamente las normas, reste operatividad al sistema en su conjunto. La quizás excesiva fragmentación y los problemas de coherencia entre los textos puede mermar la seguridad jurídica y, a la postre, poner en riesgo la efectiva garantía de la tutela judicial efectiva, que es el fin último del proyecto europeo en el espacio judicial que se está construyendo.

3. Quizás por ello, cada vez son más los que abogan por la necesidad de elaborar un código europeo de DIPr.⁶, entre ellos, el propio Parlamento Europeo que, en su Resolución de 7 de septiembre 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo relativo a la competencia

¹ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178, de 2 julio 2019) y Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010).

² Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 de julio de 2016).

³ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 de julio de 2016).

⁴ Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009).

⁵ Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012).

⁶ Por todos, *vid.* M. FALLON / P. LAGARDE / S. POILLOT-PERUZZETTO, (dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de Droit international privé?*, P.I.E. Peter Lang, 2011.

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷, en el punto primero, “*alienta a la Comisión a reexaminar la interrelación entre los distintos Reglamentos que rigen la competencia judicial, la ejecución de resoluciones judiciales y la ley aplicable; estima que el objetivo general debería ser el establecimiento de un marco jurídico con una estructura coherente y de fácil acceso; opina que, con este fin, deben unificarse y armonizarse la terminología de todas las materias, todos los conceptos y las normas similares requeridas en todas las materias (por ejemplo, litispendencia, cláusulas de competencia, etc.), y que el objetivo final podría ser una amplia codificación del DIPr*”. A la postre, el propósito del legislador europeo es crear una base jurídica ordenada, sistemática, interrelacionada y coherente, integrada por todos los instrumentos legales de DIPr. elaborados por la Unión Europea, lo que potenciará la seguridad jurídica, la claridad normativa y la sencillez de aplicación de sus normas⁸.

4. La fragmentación y las dificultades de coexistencia de los distintos Reglamentos se aprecian con toda nitidez en el Derecho de familia y de sucesiones⁹. Disponer de distintos textos sobre cada una de las materias que pueden verse afectadas en una crisis matrimonial o de pareja, por ejemplo, conlleva obligatoriamente la necesidad de tener en cuenta distintos criterios para determinar la competencia judicial internacional (también el Derecho aplicable y, por supuesto, el reconocimiento y/o la ejecución). Y se corre el riesgo de que el tribunal del Estado miembro que sea competente para conocer, por ejemplo, de la disolución del vínculo matrimonial, no lo sea para decidir acerca de la responsabilidad parental sobre los hijos comunes, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial y los alimentos, en su caso¹⁰. Este riesgo de dispersión jurisdiccional del pleito se ha intentado mitigar con reglas de diferente tipo y alcance en los sucesivos Reglamentos que se han ido elaborando¹¹. En este trabajo, nos proponemos analizar cuáles han sido las diversas técnicas utilizadas y el porqué de su diferenciación, haciendo hincapié en el papel transcendental que se ha otorgado a la autonomía de la voluntad para ello.

II. Dispersión jurisdiccional del pleito: ¿riesgo soportado o práctica a evitar?

5. Los principios que inspiran un procedimiento judicial, entre ellos, el principio de economía procesal, que suele figurar unido a los principios de celeridad y eficacia¹², son distintos de los que rigen

⁷ 2009/2140(INI). P7_TA(2010)0304.

⁸ A. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea I*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 65 y ss.; X. KRAMER, “Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?”, Directorate General For Internal Policies. Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2012/462476/IPOL-JURI_NT\(2012\)462476_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2012/462476/IPOL-JURI_NT(2012)462476_EN.pdf), consultado el 9 de mayo de 2024. En este sentido también la Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2010, sobre los aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo (2010/2080(INI)).

⁹ Como ha apuntado B. NASCIBENE, “Le norme di conflitto in tema de separazione e divorzio nel regolamento 1259/2010, *Diritto del Commercio internazionale*, 2012, pp. 343-349, esp. p. 349, el creciente activismo de la Unión Europea en materia del derecho de familia puede generar una fragmentación en el derecho regulador de dicha materia, contraria al objetivo de crear normas uniformes.

¹⁰ R. ARENAS GARCÍA, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones. (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64, esp. p. 43. Una valoración genérica de la complejidad de la construcción de un Derecho internacional privado de familia puede encontrarse en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 117-186. También B. CAMPUZANO DÍAZ, “La política legislativa de la UE en DIPr, de familia. Una valoración de conjunto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2013), vol. 5, nº 2, pp. 234-264 y C. RIMINI, “La rifrazione del conflitto familiare attraverso il prisma del Diritto Internazionale Privato europeo”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, nº 4-2015, pp. 813-822, esp. pp. 813-814.

¹¹ B. CAMPUZANO DÍAZ, “Algunas propuestas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación de los instrumentos de la UE en el sector del Derecho de familia”, en E. M. VÁZQUEZ GÓMEZ / M. D. ADAM MUÑOZ / N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 621-630, propone, en un interesante análisis, a la autonomía de la voluntad como instrumento principal para una eficaz coordinación de los instrumentos y subsidiariamente apuesta por la alternatividad de los foros.

¹² Vid. G. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, traducción española de la tercera edición italiana y prólogo del

la justicia material, entre los que destaca, desde la perspectiva internacional, el principio de proximidad¹³. Hasta ahora se ha venido defendiendo, quizás porque son varios los textos que se encargan de regular las distintas cuestiones que pueden quedar afectadas en una crisis de pareja o en una sucesión hereditaria, que las reglas de competencia judicial internacional son diferentes porque diferentes son las materias a las que se tiene que dar respuesta. Sin embargo, puede haber matices que aconsejen una coherencia mayor a la que hasta ahora se ha dado, fundamentalmente si abundamos en la relación entre el principio de proximidad y el de previsibilidad, y de ambos con el principio de eficiencia. Tomaremos como referencia inicialmente los procesos matrimoniales para desarrollar esta idea.

6. En el sistema interno español, el juez que acuerda el divorcio, la separación judicial o la nulidad es también competente para acordar otros efectos derivados de la crisis matrimonial que se sustancian en el mismo procedimiento. Así, la responsabilidad parental sobre los hijos comunes, el uso y disfrute de la vivienda familiar, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, los alimentos debidos a los hijos y la pensión compensatoria que corresponda, en su caso, a un cónyuge, si bien en el caso de los alimentos con matices. Se trata del llamado sistema de acumulación de competencias, cuya base jurídica se encuentra en el artículo 91 Cc, precepto mitad sustantivo, mitad procesal¹⁴, que ha de ponerse en relación con el artículo 774.4 LEC, y que determina que, a falta de pacto entre los cónyuges, el juez que conoce de la crisis matrimonial ha de pronunciarse obligatoriamente sobre las pretensiones relacionadas con los hijos comunes y sobre la disolución del régimen económico matrimonial, si este régimen fuera distinto al de separación de bienes¹⁵. Se trata, pues, de una acumulación de acciones *ex lege*¹⁶. Cuestión distinta es la pensión compensatoria que queda sujeta al principio de justicia rogada o principio dispositivo, por lo que si no se solicita no entrará en el debate procesal. El resto de cuestiones, en cambio, no quedan sujetas a este principio; el juez ha de pronunciarse obligatoriamente sobre ellas¹⁷.

7. El principio de eficiencia está detrás del sistema de acumulación de competencias en esta materia. Eficiencia que se plasma en la reducción de los costes procesales no sólo para las partes, sino también para el juez, que puede apreciar conjuntamente todas las circunstancias presentes en el caso, y, finalmente, ahorra costes de relación, pues el sistema proporciona una solución global a la crisis matrimonial, solución que tiene presentes todos los elementos de la crisis y los efectos que produce en todos los órdenes¹⁸.

profesor José Casais y Santaló; notas de Alfredo Salvador, Madrid, Reus, 2000. En concreto, sobre el principio de economía procesal, *vid.* A. NOGUEIRA LÓPEZ, “El principio de economía procesal”, en J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010, pp. 299-326.

¹³ *Vid.* por todos, P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain, Recueil des Cours*, tome 196, 1986-I, pp. 9-238.

¹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales internacionales y la dispersión del pleito”, en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ, *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, 2004, pp. 213-227, esp. pp. 214 y ss.

¹⁵ V. PÉREZ DAUDI, “Los procesos matrimoniales”, en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/10204/1/Perez%20Daudi%20procesos%20matrimoniales%20master%20UB.pdf>, consultado el 9 de mayo de 2024, p. 15. Sobre este precepto, *vid.* F. CORDÓN MORENO, “Comentario al artículo 774 LEC”, en F. CORDÓN MORENO / T. ARMENTA DEU / J. J. MUERZA ESPARZA / I. TAPIA FERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vol. II Arts. 517 al final*, Aranzadi Editorial, 2001, pp. 807-809. Reafirma lo anterior, el artículo 807 LEC.

¹⁶ Algunos autores hablan de acumulación de procesos conexos. En este sentido, *vid.* R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 63 y ss. con referencia a J. MONTERO AROCA, “Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes”, *Revista General del Derecho*, 1975, año XXI, pp. 441-453 y pp. 545-574. Sobre la distinción entre acumulación de acciones y acumulación de procesos, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, 2000.

¹⁷ *Vid.* J. MONTERO AROCA, “Comentario del artículo 91 Cc”, en J. MONTERO AROCA / S. BARONA VILAR / C. ESPLUGUES MOTA / M. P. CALDERÓN CUADRADO / J. FLORS MATÍES, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial, Tomo I Introducción y arts. 73 a 91 Cc*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 911-967; L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA, “Comentarios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los procesos familiares”, en L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA / P. GONZÁLEZ POVEDA / R. TAMBORERO Y DEL PINO / A. GONZALO VALGAÑÓN / A. CASTAÑO PENALVA / B. ACHA MANCISIDOR / A. L. REBOLLEDO VARELA / E. ESQUEROCOCHA / C. F. PITTÍ GARCÍA, *Los procesos matrimoniales (en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Dykinson, 2000, pp. 19-49, esp. pp. 34-35.

¹⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales internacionales...”, *loc. cit.*, pp. 215-216.

8. En los supuestos internacionales, la existencia de una pluralidad de instrumentos y reglas de competencia judicial internacional para las distintas materias vinculadas a la crisis matrimonial permite que, en determinados supuestos, el tribunal que se encuentra conociendo de la demanda de crisis matrimonial pueda resultar incompetente para pronunciarse sobre determinados extremos relevantes para la resolución del conflicto planteado¹⁹. Así, puede ocurrir que un juez que posea competencia judicial internacional para disolver el vínculo conyugal no pueda pronunciarse, por ejemplo, respecto de la guarda y custodia de los hijos comunes. Ello, en el caso español, provocaría el incumplimiento del artículo 91 Cc, pues no podrían sustanciarse en el mismo procedimiento todas las cuestiones conexas relacionadas con él²⁰, lo que conllevaría incumplir una disposición de carácter imperativo, pues queda claro tanto en este precepto como en el artículo 774.4 LEC, que en el proceso matrimonial se acumulan hasta tres tipos de pretensiones que será preciso resolver conjuntamente. Confirma esta argumentación, aunque contraría la actual normativa europea, entre otras, la Audiencia Provincial de Málaga en su sentencia de 10 de diciembre de 2013²¹, en la que entiende que el juez del divorcio ha de pronunciarse también sobre todas las cuestiones accesorias. Se trataba de un divorcio de dos ciudadanos rumanos residentes en España con una hija que residía en Rumanía. Para la Audiencia Provincial, el mismo juez que conoce del divorcio tiene que conocer también sobre la responsabilidad parental de la hija menor, pues se trata de “*medidas inherentes a la declaración de divorcio entre sus padres*”²².

9. La dispersión jurisdiccional del pleito en que puede traducirse la pluralidad de textos con diferentes criterios de competencia judicial internacional ha sido justificada alegando fundamentalmente el principio de proximidad. Los litigios internacionales presentan elementos que están conectados con varios Estados. Se pretende hacer competentes a los jueces estatales del país que esté más próximo a la cuestión concreta, lo que facilita el acceso a la jurisdicción por los particulares implicados, la previsibilidad de los tribunales competentes, la práctica de las pruebas y de las notificaciones judiciales, así como la ejecución de la sentencia. Por ello, como los pleitos de crisis matrimoniales internacionales hacen surgir cuestiones diferentes, cada una de estas cuestiones presenta sus propias vinculaciones con concretos Estados. De este modo, cada cuestión puede ser decidida por tribunales de distintos Estados²³.

10. Aunque la estrecha relación entre todas las cuestiones dimanantes de una crisis matrimonial exigiría que los mismos tribunales que conocieran de la crisis tuvieran competencia para resolver estas otras cuestiones²⁴, sin embargo la multiplicación de las reglas de competencia implica el riesgo de la dispersión jurisdiccional del pleito. Un fraccionamiento que se produciría cuando los distintos foros aplicables no coincidieran en la atribución de competencia a los tribunales de un mismo Estado miembro y, en consecuencia, las distintas cuestiones conectadas y derivadas de la misma situación tuvieran que ser resueltas por tribunales de distintos Estados miembros. El resultado sería la existencia de distintos

¹⁹ Como ha apuntado R. ARENAS GARCÍA, “Algunas propuestas de regulación...”, *loc. cit.*, p. 44, “este fraccionamiento en la resolución del conflicto es seguramente indeseable, pero de difícil resolución cuando tiene su origen en la convivencia de instrumentos de origen internacional. Razones de coherencia o buena administración de justicia no pueden extender el ámbito de aplicación de un instrumento internacional por encima de sus límites, al menos cuando dicha extensión ha de tener como consecuencia la inaplicación dentro de su propio ámbito competencial de otro instrumento de origen internacional”.

²⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, nº 1, 2011, pp. 135-194, esp. pp. 144-145.

²¹ ROJ: SAP MA 3736/2013.

²² *Vid.* referencia en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectiva de futuro*, Dykinson, 2017, pp. 197-209, esp. p. 202.

²³ Seguimos a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales internacionales...”, *loc. cit.*, pp. 216 y ss.

²⁴ Lo que evitaría, en palabras de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales internacionales...”, *loc. cit.*, p. 216, “la peregrinación de los cónyuges por distintos tribunales”. Téngase en cuenta que lo que postulamos es que sean los tribunales de un mismo Estado los que conozcan de la crisis y de sus efectos. La competencia territorial se determina conforme a la legislación procesal de cada Estado miembro, pudiendo suceder que sean distintos tribunales los que tengan atribuida la competencia sobre cada una de las materias. Como hemos visto, esto no sucede en España (art. 91 CC y art. 774.4 LEC).

procesos en diferentes Estados miembros respecto de cada una de las cuestiones vinculadas con el mismo supuesto de disolución o relación del vínculo matrimonial²⁵.

11. Como ha sostenido CARRASCOSA GONZÁLEZ, el sistema de dispersión jurisdiccional del pleito internacional comporta consecuencias negativas que complican las soluciones de DIPr., pues los particulares tienen que litigar (“peregrinar”) ante tribunales de países diferentes buscando con ello, que se falle sobre todos y cada uno de los efectos que derivan de la crisis matrimonial, lo que conlleva una multiplicación de los tribunales estatales competentes e incrementa los costes procesales para las partes y, de otro lado, los jueces se ven obligados a aplicar múltiples normas de competencia judicial internacional para saber si poseen aptitud legal para conocer de todos y cada uno de los efectos legales derivados de la crisis matrimonial, lo que complica en extremo su labor. Pero, sin duda, lo más relevante es que pueden verse afectados los derechos de los particulares, al ponerse en riesgo la claridad normativa, que intrínsecamente está relacionada con el principio de seguridad jurídica²⁶.

12. Es cierto que el principio de economía procesal es tenido en cuenta por los instrumentos europeos, pues estos, al menos como punto de partida, pretenden favorecer que ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado puedan sustanciarse tanto la cuestión relativa a la disolución del vínculo conyugal como todas las cuestiones accesorias derivadas de dicha disolución²⁷, pero que finalmente esto sea así va a depender, en la mayoría de los casos, de la voluntad de las partes, pues son éstas quienes deben valorar “*si les conviene más un único proceso o si por el contrario asumen los costes de una pluralidad de litigios*”²⁸. Consideramos que hacer depender de la autonomía de la voluntad de las partes la eficiencia y la coherencia del proceso no deja de ser un brindis al sol, pues los intereses de las partes no siempre coincidirán con el interés general que debe presidir un proceso.

13. Una vez que en la Unión Europea se ha regulado a través de distintos instrumentos sobre todas las cuestiones que lleva aparejadas una crisis matrimonial, quizás sería preciso un “*replanteamiento global de la regulación competencial*”²⁹, en el que debería considerarse la posibilidad de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro que asuma la competencia judicial internacional para pronunciarse sobre la crisis matrimonial, pudiera extender su competencia al resto de cuestiones vinculadas a tal crisis, lo que exigiría la revisión de los actuales criterios de competencia judicial internacional regulados en el artículo 3 Reglamento (UE) 2019/1111, yendo quizás a unos más mesurados criterios competenciales. Aunque lo cierto es que el legislador europeo ha descartado, al menos de momento, este planteamiento, si atendemos a la reciente reforma del Reglamento (CE) 2201/2003, que ha mantenido inalterado su artículo 3.

III. Influencia de la autonomía de la voluntad en la concentración jurisdiccional del pleito

14. Habiendo constatado que el sistema de DIPr. europeo apuesta por un fraccionamiento legislativo que puede conducir al efecto nada deseable de la dispersión jurisdiccional del pleito, conviene ahora recabar en el análisis de los diferentes mecanismos que ha utilizado el legislador europeo para

²⁵ M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 44.

²⁶ Como apunta M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional...*, *op. cit.*, pp. 44-45, “*la multiplicación de las normas de competencia judicial internacional introduce una complejidad en el sistema, amenaza la claridad legal y la resolución concreta del caso con la directa incidencia en el operador jurídico*”.

²⁷ Como ha sostenido R. ARENAS GARCÍA, “*Algunas propuestas de regulación...*”, *loc. cit.*, p. 46, el recurso a las remisiones de unos instrumentos a otros y a los foros por conexidad puede remediar estas limitaciones, pero se trata de “*mecanismos que exigen un cuidadoso ajuste*”.

²⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “*La nulidad, separación y divorcio...*”, *loc. cit.*, pp. 144-145, quien recuerda que “*no en todos los Estados miembros se entiende conveniente que la disolución del vínculo y todas sus consecuencias se diluciden en un mismo proceso*”.

²⁹ R. ARENAS GARCÍA, “*Algunas propuestas de regulación...*”, *loc. cit.*, p. 46.

reducir este pernicioso efecto, y que son fundamentalmente dos: de un lado, el papel atribuido a la autonomía de la voluntad para reducir el riesgo de dispersión, que obligatoriamente conduce a que no siempre va a evitarse, puesto que dependerá en último extremo de la voluntad de las partes y, de otro lado, la concentración jurisdiccional de oficio de las cuestiones interdependientes. Este último, que es el que me parece más acertado, sólo está contemplado para, de un lado, la conexidad entre una sucesión y el régimen económico matrimonial y los efectos patrimoniales de las uniones registradas y, de otro, en los alimentos que se deriven bien de una acción de responsabilidad parental, bien de una crisis matrimonial.

15. El Reglamento (UE) 2019/1111, además de fijar las normas de competencia judicial internacional en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (art. 3), hace lo propio también respecto del derecho de custodia y de visita sobre los hijos comunes (arts. 7 a 16)³⁰. Aunque ambas cuestiones se regulan en el mismo texto, tienen un tratamiento diferenciado, y sólo en el artículo 10 se regula un foro basado en la autonomía de la voluntad que puede llevar a la concentración de ambas ante un mismo órgano jurisdiccional, lo que sólo va a ser posible si los titulares de la responsabilidad parental consienten en ello.

16. Tanto la pensión compensatoria como los alimentos para los hijos se regulan en el Reglamento (CE) 4/2009. Aunque en esta materia, como se ha apuntado, rige el principio dispositivo, si se solicitan lo adecuado sería que se sustanciara ambas cuestiones ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que estuvieran conociendo de la crisis matrimonial. En este caso, los apartados c) y d) del artículo 3 del citado Reglamento posibilitan la concentración *ope legis*, sin precisar que los interesados ratifiquen dicha concentración. Se produce, en consecuencia, una acumulación de oficio de dichas pretensiones al proceso de crisis matrimonial abierto, en todo caso de la pensión compensatoria y, respecto de los alimentos de los hijos, únicamente si ese tribunal conoce también de la responsabilidad parental sobre los mismos. Podría entenderse, no obstante, que la autonomía de la voluntad estaría presente al formular la pretensión ante los mismos tribunales que están conociendo de la crisis (y de la responsabilidad parental), pero también es cierto que el artículo 4 del mismo Reglamento, ya prevé la acción de la autonomía de la voluntad a través de la sumisión expresa, por lo que en puridad la autonomía de la voluntad en estos casos es irrelevante.

17. En lo que respecta a la disolución del régimen económico matrimonial, el Reglamento (UE) 2016/1103 en su artículo 5 introduce un híbrido para potenciar la concentración de esta pretensión junto con la disolución del vínculo matrimonial. De tal manera que en el primer apartado se opta por la concentración de oficio, siempre que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que estén conociendo de la crisis matrimonial lo hagan sobre la base de la residencia habitual de los cónyuges; el último lugar de la residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; la residencia habitual del demandado; en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges o la nacionalidad común de los cónyuges. Para el resto de casos (residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la interposición de la demanda; residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y sea nacional del Estado miembro en cuestión; se trate del tribunal que resolvió la separación matrimonial o cuya competencia se incardine en la competencia residual del artículo 6), será preciso contar con la aceptación de los cónyuges para concentrar ambas pretensiones ante los órganos jurisdiccionales del mismo Estado miembro. Esta dualidad de tratamiento en función de los foros utilizados para resolver la crisis matrimonial se justifica en la intención del legislador europeo de modular el alcance de estos foros, para no desequilibrar la posición procesal de los cónyuges, favoreciendo, en concreto, en exceso al demandante.

³⁰ El ámbito de la responsabilidad parental que abarca el Reglamento, sin embargo, es más amplio [véanse artículos 1.1.b), 1.2 y 2], aunque aquí, al tratar cuestiones matrimoniales, sólo nos vamos a referir a los derechos de custodia y de visita sobre los hijos comunes.

18. En el caso de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, el mecanismo utilizado es diferente. Al no haber instrumento europeo que regule la disolución o anulación de las uniones registradas, el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/1104 dispone que “[c]uando se someta a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro la disolución o anulación de una unión registrada, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada que tengan conexión con la disolución de esta última, cuando sus miembros así lo acuerden”, precisando el apartado segundo que “[s]i el acuerdo a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada, dicho acuerdo deberá ser conforme a lo dispuesto en el artículo 7”, que es el artículo que regula los foros de sumisión expresa.

19. El último caso al que vamos a prestar atención es el que posibilita la concentración jurisdiccional en torno a un proceso sucesorio de otro sobre la disolución del régimen económico matrimonial o que afecte a los efectos patrimoniales de una unión registrada. En este caso, la concentración se produce de oficio, pues el artículo 4 Reglamento (UE) 2016/1103 dispone que “[c]uando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento (UE) 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión”³¹. Repárese en que la concentración jurisdiccional no implica concentración procesal. Esto es, que lo que se regula es la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro conozcan de ambas cuestiones, no que sea el mismo órgano jurisdiccional el que deba hacerlo. Que así sea o no dependerá de la legislación procesal interna de cada Estado miembro.

20. No hay un patrón concreto que nos sirva para diferenciar entre los dos mecanismos de los que se ha servido el legislador europeo para potenciar la concentración jurisdiccional. Podría, en principio, pensarse que la intervención de la autonomía de la voluntad sólo cabe en los procesos cuyas pretensiones son disponibles para las partes, teniendo en cuenta que cada vez es más amplia la presencia de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia³². Pero este patrón no sirve, dado que la pensión compensatoria es una cuestión disponible para las partes, que además se rige por el principio dispositivo y, sin embargo, el artículo 3 apartado c) del Reglamento (CE) 4/2009 contempla la concentración jurisdiccional de oficio de dicha pretensión al proceso de crisis matrimonial, siendo en este caso la concentración no sólo jurisdiccional, sino también procesal. Por otro lado, en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de uniones registradas y en sucesiones impera en los dos instrumentos legislativos europeos la autonomía de la voluntad y, sin embargo, la acción de este principio en la concentración jurisdiccional de estas pretensiones es sólo parcial.

21. Si entendemos el principio de autonomía como una manifestación del principio de proximidad, es cierto que reforzando el primero se consigue una mayor flexibilidad en la solución aportada por la norma³³, lo que contribuiría a poner en equilibrio el principio de proximidad, basado en la justicia material, y el principio de eficiencia y buena administración de justicia. Sin embargo, es preciso reseñar, reiterando lo ya apuntado, que el principio de proximidad basado en la justicia material no tendría por qué contraponerse al principio de eficiencia y buena administración de justicia, si se lograra arbitrar un

³¹ En similares términos el artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/1104.

³² I. QUEIROLO / L. CARPANETO, “Considerazioni critiche sull’estensione dell’autonomia privata a separazione e divorzio nel Regolamento «Roma III»”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n° 1 2012, pp. 59-86. Recordemos que el ilustrativo título del trabajo de A. E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie de la volonté en droit international privé”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619-636; A. S. DE SOUSA GONÇALVES, “El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 30 de septiembre de 2016.

³³ B. AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia”, en J. FORNER DELAYGUA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS / R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131, esp. p. 127.

texto que compatibilizara todos los intereses que están presentes tanto en las crisis matrimoniales (y de pareja) como en los procesos de sucesiones. Realmente, es la parcelación de materias en distintos textos la que ha llevado a los distintos criterios de competencia judicial internacional, que puede provocar la dispersión jurisdiccional del pleito. Habría que plantearse si no sería posible conseguir la concentración del litigio ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro, sin que por ello se pusiera en entredicho el principio de proximidad.

22. Repárese en el hecho de que el principio de eficiencia trasciende al principio de economía procesal. Porque no se trata sólo de disminuir los costes procesales, acumulando en un solo procedimiento todas las cuestiones conexas, sino de otorgar competencia a los órganos jurisdiccionales de un único Estado miembro para que se encarguen de evaluar todo lo relacionado con esa crisis de pareja o el proceso sucesorio. Se trata, por tanto, también de buscar la coherencia en las soluciones judiciales, lo que con carácter general se va a conseguir más fácilmente si es un único tribunal el que está implicado. O al menos sólo están implicados los órganos jurisdiccionales de un único Estado miembro, teniendo en cuenta que la competencia territorial, objetiva y funcional se regula por la legislación interna de cada Estado miembro.

IV. Crisis matrimoniales y de pareja: responsabilidad parental, alimentos, regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de uniones registradas

1. Contexto

23. Parte de la responsabilidad de la excesiva fragmentación que existe en el DIPr. europeo de familia dimana del sumamente limitado ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2019/1111, que se aplica únicamente a la disolución, relajación o anulación del vínculo matrimonial y no alcanza a las cuestiones accesorias (a excepción de la responsabilidad parental), lo que choca, como hemos visto, con la regulación española³⁴. Como consecuencia del limitado ámbito de aplicación material del Reglamento (UE) 2019/1111, que reafirma su considerando 9, la determinación de la competencia judicial internacional para las cuestiones vinculadas con la crisis exige la consideración de otros textos³⁵.

24. El hecho de que el conflicto conyugal sea afrontado por un único juez aplicando una única ley no es considerado un objetivo prioritario del legislador europeo. Lo que tiene un coste en términos de eficiencia, pues las cuestiones que se suscitan en el conflicto conyugal son estrechamente conexas. La determinación de la pensión alimenticia para el mantenimiento del hijo está seguramente influenciada por la determinación de la pensión del cónyuge y viceversa; la asignación por el mantenimiento de los hijos depende de la modalidad del derecho de visita, de la redistribución de la riqueza del régimen patrimonial que incide sobre el mantenimiento del cónyuge débil³⁶. Disociar estas cuestiones, posibilitando que los tribunales de distintos Estados miembros conozcan de cada una de ellas, no hace sino incrementar la incertidumbre legislativa y judicial que un asunto internacional lleva aparejada, obviando que el contexto europeo precisamente lo que trata de conseguir es la previsibilidad. Como ha sostenido ARENAS GARCÍA, “*la búsqueda de esta centralidad (un único tribunal que conozca de todo lo relacionado con la crisis matrimonial) debería ser el objetivo prioritario de la regulación del DIPr. europeo de familia*”³⁷, siendo conveniente coordinar las regulaciones existentes en materia de la declaración de la separación

³⁴ Como apunta C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Experiencias de los tribunales...”, *loc. cit.*, p. 202, la legislación española “*condiciona la disolución del matrimonio al acuerdo respecto a las cuestiones accesorias y, en su defecto, obliga al juez a pronunciarse sobre las mismas (art. 90 Ce)*”. En este sentido también la legislación italiana, como recuerda C. RIMINI, “La rificazione del conflitto familiare...”, *loc. cit.*, pp. 813-814.

³⁵ M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional...*, *op. cit.*, p. 44; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Crisis matrimoniales internacionales...”, *loc. cit.*, p. 218.

³⁶ C. RIMINI, “La rificazione del conflitto familiare...”, *loc. cit.*, p. 819.

³⁷ R. ARENAS GARCÍA, “Algunas propuestas de regulación...”, *loc. cit.*, p. 53.

judicial, nulidad o divorcio, de alimentos, de medidas relativas a la responsabilidad parental y también de régimen económico matrimonial.

25. Actualmente, la regulación pivota sobre la base de potenciar o facilitar el acceso a la justicia del demandante, de ahí la amplitud de foros, algunos de los cuales pueden tener una conexión débil con el supuesto, lo que pondría en entredicho el principio de proximidad en el que pretenden sustentarse. Esto provoca que algunos de los foros del artículo 3 Reglamento (UE) 2019/1111 no puedan extenderse de forma automática a cuestiones tales como las medidas que deban adoptarse respecto a los hijos, incluida la reclamación de alimentos a su favor. Paradójicamente, esta pluralidad competencial puede conducir a la fragmentación procedimental de la crisis³⁸.

26. Por otro lado, hay que recordar que en el sistema interno español de competencia judicial internacional no existe una regla que posibilite la competencia por conexidad en estas materias, a excepción de los alimentos [art. 22 quáter f) LOPJ] y de la coincidencia de foros para las crisis matrimoniales y sus efectos patrimoniales [art. 22 quáter c) LOPJ] y, en este sentido, es mucho más deficitaria que el propio sistema europeo que, consciente de la necesidad de concentración de las pretensiones, ha optado por utilizar reglas que posibiliten tal unidad, aunque no siempre lo consiguen.

2. Responsabilidad parental y elección de foro: artículo 10 Reglamento (UE) 2019/1111

27. En todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental partimos del principio de proximidad, en la medida en que se considera que sólo una autoridad que está cercana al menor puede tener conocimiento directo de lo que le conviene, pudiendo en ese caso tomar sus decisiones teniendo en cuenta su interés superior que, en todo caso, ha de ser la consideración principal. Es por ello por lo que se fija como regla general la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que resida el menor (art. 8), flexibilizándose el criterio a través del *forum non conveniens* y *forum conveniens* (arts. 12 y 13, respectivamente), y buscando fórmulas complementarias en el resto de reglas de competencia, en las que también están presentes razones de economía procesal³⁹.

28. Superado el controvertido artículo 12.1 Reglamento (CE) 2201/2003, que específicamente hacía referencia a un foro de vinculación procesal o *forum divortii* para vincular ambas cuestiones ante los órganos jurisdiccionales que estuvieran conociendo de la crisis matrimonial si las partes así lo acordaban⁴⁰, el artículo 10 Reglamento (UE) 2019/1111 ha optado por simplificar su regulación, descartando hacer siquiera alusión a esa vinculación entre las dos cuestiones, pero otorgando la posibilidad a las partes de hacer uso de la autonomía de la voluntad, si fuera esa la única vía para concentrar el conocimiento de las dos cuestiones ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro⁴¹. La concentración jurisdiccional ante el órgano jurisdiccional que conozca de la crisis matrimonial se hace depender, además, de otro dos elementos, uno espacial, puesto que el menor debe estar estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que: i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual; ii) dicho Estado miembro sea la antigua residencia habitual del menor, o iii) el menor sea nacional de dicho Estado miembro y, otro material, puesto que debe considerarse por la autoridad que conozca de la crisis matrimonial que dicha concentración responde al interés superior del menor.

³⁸ R. ARENAS GARCÍA, “Algunas propuestas de regulación...”, *loc. cit.*, p. 48.

³⁹ Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 51 y ss.

⁴⁰ Vid. A. DURÁN AYAGO, “Ejercicio de los derechos de custodia y de visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *forum divortii* en el contexto europeo”, en Asunción Cebrián Salvat / Isabel Lorente Martínez, *Protección de menores en Derecho Internacional Privado*, Comares, 2019, pp. 91-102.

⁴¹ Vid. Considerando 23 del Reglamento (UE) 2019/1111.

3. Crisis matrimonial, responsabilidad parental y alimentos: artículo 3 c) y d) Reglamento (CE) 4/2009

29. En materia de alimentos en el contexto de una crisis matrimonial se destaca la posibilidad de que los cónyuges o ex cónyuges acuerden que sea competente para resolver sus litigios en materia de alimentos, el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del litigio en materia matrimonial [art. 4.1.c) inciso primero Reglamento (CE) 4/2009]. Para que tal convenio sea válido deberá constar por escrito, considerándose hecho por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero del acuerdo (art. 4.2). Es posible también que el acuerdo atributivo de competencia otorgue el conocimiento del asunto al órgano u órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común, siempre que la misma haya durado al menos un año [art. 4.1.c) inciso segundo]⁴². Estos acuerdos son posibles también fuera del contexto matrimonial, aunque sólo serán válidos si no afectan a menores de 18 años (art. 4.3), justificando el considerando 19 esta exclusión en la necesaria protección de la parte débil.

30. Por su parte, el artículo 3 apartados c) y d) contempla la posibilidad de concentrar en un mismo procedimiento de crisis matrimonial o de responsabilidad parental la acción accesoria de alimentos. Así, el apartado c) dispone que el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, podrá conocer también de la misma, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, precisión ésta orientada a evitar los foros exorbitantes. En términos similares, el apartado d), que precisa que el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, será competente también de la demanda relativa a una obligación de alimentos accesoria, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

31. En ambos casos, la determinación de la competencia judicial internacional se precisaría conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2019/1111. En materia de crisis matrimoniales, cabría recurrir a los foros de sumisión, expresa o tácita, previstos en el artículo 22 bis LOPJ sólo en el caso de que ningún tribunal de un Estado miembro fuera competente conforme a los foros especificados en el artículo 3 Reglamento (UE) 2019/1111⁴³. Por lo que respecta a los foros en materia de responsabilidad parental, la competencia residual a la que hace referencia el artículo 14 Reglamento (UE) 2019/1111, remitiría al artículo 22 *quáter* d) LOPJ que ha introducido, no sabemos si conscientemente o no, el foro exorbitante de la nacionalidad del demandante⁴⁴. En este caso, a no ser que el demandado también poseyera la nacionalidad española, este foro no podría utilizarse.

32. Con estos preceptos, el demandante puede optar por la concentración del litigio, pues puede decidir acudir a los tribunales competentes en materia de crisis matrimoniales o ante los tribunales que han de decidir respecto de la guarda y custodia de los hijos menores, en caso de que sean diferentes a los que conocen de la crisis matrimonial. Pero la concentración del litigio es sólo una posibilidad que coexiste con la opción de interponer la demanda bien ante el foro de la residencia habitual del demandante o del demandado, siempre que estos foros no coincidan, bien con el foro de la crisis matrimonial, bien con el foro en materia de responsabilidad parental. Si se decidiera por la concentración, la característica diferenciadora de este Reglamento es que su aplicación no precisa de la conformidad de las partes. Operará automáticamente, y conocerá el mismo tribunal que sea competente, bien para conocer de la crisis matrimonial, bien para conocer de la responsabilidad parental de los hijos.

⁴² C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La nulidad, separación y divorcio...", *loc. cit.*, p. 165.

⁴³ En este sentido, STJCE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-68/07, *Sundelind*.

⁴⁴ *Vid.* A. DURÁN AYAGO, "Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional", *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 415-462.

33. Cuestión interesante es dilucidar si los apartados c) y d) del artículo 3 pueden utilizarse indistintamente cuando se solicitan alimentos para los hijos en el contexto de una crisis matrimonial, ya que para la pensión compensatoria sólo podría utilizarse obviamente el apartado c). En este sentido, el TJUE en su sentencia de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14, *A y B*⁴⁵, ha aclarado que únicamente podría recurrirse al apartado d) cuando los órganos jurisdiccionales tuvieran competencia judicial internacional sobre la responsabilidad parental.

4. Crisis de pareja y efectos patrimoniales: artículos 5 Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104

34. Los dos últimos Reglamentos que se han incorporado al DIPr. europeo de familia, constituyen una pieza clave, pues han contribuido a completar el puzzle de cuestiones que suelen estar coligadas en los procesos de familia⁴⁶. Ambos han sido elaborados sobre la base del procedimiento de cooperación reforzada⁴⁷.

35. En materia de regímenes económicos matrimoniales también las partes disponen de la posibilidad de concentración del litigio ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente en la crisis matrimonial, si bien en estos casos existe una peculiar combinación entre autonomía de la voluntad y concentración de oficio que es preciso analizar.

36. El Considerando 32 de ambos Reglamentos establece que a fin de tener en cuenta la movilidad creciente de las parejas y facilitar la buena administración de la justicia, las normas de competencia recogidas en estos Reglamentos deben permitir que los diferentes procedimientos conexos de los ciudadanos se sustancien ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro. Para ello, debe tratar de concentrar la competencia en materia de efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en aquellos Estados miembros ante cuyos órganos jurisdiccionales deba sustanciarse la sucesión de un miembro de la unión registrada o del matrimonio, de conformidad con el Reglamento (UE) 650/2012, o la disolución o anulación de la unión registrada, conforme a la autoridad que sea competente conforme a la normativa autónoma al no existir Reglamento europeo que regule esta cuestión, o el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio, de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/1111⁴⁸.

37. Téngase en cuenta que la cooperación reforzada limita el ámbito de aplicación territorial de ambos Reglamentos. Lo que implica que para que puedan aplicarse sus preceptos es necesario que tanto los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conocen de la crisis matrimonial o de pareja como de la sucesión deben ser parte también de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 para que puedan aplicarse sus reglas⁴⁹.

⁴⁵ ECLI:EU:C:2015:479.

⁴⁶ Apunta O. FERACI, O., "Autonomía de la voluntad y competencia judicial internacional en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en materia de familia y sucesiones", en L. AGUILAR RUIZ / J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO / G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (coords.), *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 273-303, esp. p. 280, que resulta preferible el sometimiento a la jurisdicción de un mismo tribunal, con independencia de la naturaleza de las diferentes reclamaciones que traigan causa de la misma relación familiar transfronteriza. Con tal fin los Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y de uniones registradas tratan de asegurar que las reglas para el establecimiento del tribunal competente en tales ámbitos sean coincidentes con las existentes en las restantes legislaciones europeas con el mismo objeto material.

⁴⁷ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley Unión Europea*, nº 40, 30 de septiembre de 2016, pp. 7 y 8.

⁴⁸ Vid. I. VIARENGO, "The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes. Some General Remarks", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 199 y ss.; B. CAMPUZANO DÍAZ, "The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 233 y ss.; A. BONOMI, "The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 218 y ss.

⁴⁹ En términos más generales, vid. P. PEITEADO MARISCAL, "Competencia internacional por conexión en materia de régimen

38. Por otro lado, es preciso matizar que ambos Reglamentos sólo regulan la competencia judicial internacional y no la competencia objetiva, funcional o territorial. La determinación del tribunal concreto que terminará resolviendo el litigio sobre el régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones registradas corresponde a las normas de Derecho interno de cada Estado, de modo que la conexidad y la economía procesal son sólo relativas, pues tienen lugar sólo en la medida en que el Derecho de cada Estado las prevea internamente.

A) Crisis matrimoniales y regímenes económicos [art. 5 Reglamento (UE) 2016/1103]

39. El artículo 5 tiene una naturaleza ambivalente. De un lado, en su primer apartado, impone la concentración de la cuestión relativa a la disolución del régimen económico matrimonial ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que estén conociendo en virtud del artículo 3 Reglamento (UE) 2019/1111 de la crisis matrimonial. Pero esta concentración imperativa sólo se dará si el tribunal que conoce de dicha crisis lo hace en función de lo establecido en los cuatro primeros apartados del artículo 3.1º apartado a) y del foro del artículo 3.1º apartado b), en la medida en que son los más previsibles para el demandado⁵⁰.

40. Por el contrario, cuando el tribunal competente venga determinado por los artículos 3.1º apartado a) guiones quinto y sexto o por los artículos 5 o 6 del Reglamento (UE) 2019/1111, la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro para conocer de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial no es automática, sino que se encuentra sujeta al acuerdo de ambos cónyuges. Ello es así para impedir la aplicación automática de los foros que beneficien esencialmente al demandante [art. 3.1ª a) guiones 5 y 6 Reglamento (UE) 2019/1111], o que puedan resultar inesperados para el demandado (normas internas de competencia judicial internacional por mandato del art. 6 Reglamento (UE) 2019/1111) o por escasa vinculación con el foro en el caso de la *perpetuatio jurisdictionis* del artículo 4 Reglamento (UE) 2019/1111⁵¹.

41. Precisa el apartado tercero del artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/1103, que si el citado acuerdo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, dicho acuerdo deberá ser conforme a lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, es decir, deberá expresarse por escrito, estar fechado y firmado por las partes, considerándose efectuado por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. Este último precepto hace referencia a la sumisión expresa, que sólo es posible en los casos en que la demanda sobre el régimen económico matrimonial no esté relacionada con una crisis matrimonial. Por tanto, en el artículo 5.3 no se contempla un acuerdo de sumisión en sentido estricto, aunque la precisión de que si se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial sea necesario hacerlo por escrito nos puede llevar a pensar que, a la postre, dicha precisión esconde un acuerdo de sumisión expresa *sui generis* limitado al tribunal competente conforme al artículo 3 del Reglamento (UE) 2019/1111.

42. Si los cónyuges no aceptan la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conocen de la crisis matrimonial en estos casos, habrá que recurrir para la determinación de la competencia a los foros previstos en el artículo 6.

económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), vol. 9, nº 1, pp. 300-326, esp. p. 310.

⁵⁰ Vid. P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación «fragmentada» del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, 41 (2017), pp. 180-222, esp. p. 193.

⁵¹ P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación «fragmentada»...”, *loc. cit.*, p. 194; P. QUINZÁ REDONDO / J. GRAY, “La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 513-542, esp. p. 525.

B) Crisis de unión registrada y efectos patrimoniales [art. 5 Reglamento (UE) 2016/1104]

43. El artículo 5 Reglamento (UE) 2016/1104 plantea variaciones consustanciales respecto del mismo precepto del Reglamento (UE) 2016/1103, lo que se debe fundamentalmente, como ya apuntamos, a que no existe norma europea común que regule la competencia judicial internacional en materia de disolución o anulación de una unión registrada, lo que de entrada hace que se elimine la concentración jurisdiccional de oficio de ambas cuestiones, efectos patrimoniales y anulación o disolución de la unión registrada ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro. En este caso no se plantea ningún tipo de diferenciación, según los foros que cada Estado miembro conforme a su normativa interna haya regulado para conocer de la disolución o anulación de una unión registrada. Sea cual sea el foro, siempre se habrá de contar con el acuerdo de los miembros de la pareja.

44. Se mantiene la precisión de que si este acuerdo se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada, dicho acuerdo deberá ser conforme a lo dispuesto en el artículo 7, esto es, deberá expresarse por escrito, estar fechado y firmado por las partes, entendiéndose efectuada por escrito toda comunicación que se haya realizado por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

V. Regímenes económicos matrimoniales, efectos patrimoniales de uniones registradas y sucesiones

45. Los respectivos artículos 4 Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 responden a una lógica procedimental: primero se disolverá y liquidará el régimen económico de la pareja o del matrimonio y, una vez determinado el patrimonio que corresponde al causante, se procederá al reparto de acuerdo con la ley que resulte aplicable a la sucesión.

46. Aunque, como hemos venido apuntado, los Reglamentos únicamente establecen normas de competencia judicial internacional y no de competencia objetiva, funcional o territorial, la idea última es lograr la concentración también procesal de ambos procedimientos. En este sentido, hay que precisar que a diferencia de las cuestiones que hemos analizado anteriormente, en esta materia no existe precepto procesal alguno en la normativa interna española que contemple la posibilidad de que sea un mismo tribunal el que conozca de ambas cuestiones (sucesión y disolución del régimen económico matrimonial). Aunque jurisprudencialmente se ha ido gestando su conveniencia⁵².

47. Con carácter general puede afirmarse, por tanto, que cualquier supuesto de competencia judicial internacional relativo al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de las uniones registradas en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges o miembro de la pareja, se resolverá por las normas del Reglamento sobre sucesiones, siempre que ese procedimiento se sustancie en uno de los Estados miembros que sea parte de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104.

48. Una de las principales consecuencias de dicha remisión se refiere a la evidente influencia que los sujetos relacionados con la sucesión pueden tener para situar en los tribunales del Estado miembro de la ley de la nacionalidad del causante –en aquellos casos en que esta ley haya sido elegida [art. 6.a) Reglamento (UE) 650/2012]-, no sólo los litigios referentes a las sucesiones, sino también aquellos relacionados con el régimen económico matrimonial o con los efectos patrimoniales de las uniones registradas, pudiendo ello no favorecer o no coincidir con los intereses del cónyuge o la pareja superviviente, que es, al fin y al cabo, el sujeto al que afecta con carácter principal la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada⁵³.

⁵² En esta línea, *vid.* la SAP Granada de 24 de septiembre de 2010 (ROJ: SAP GR 1423/2010) la SAP Ciudad Real de 4 de febrero de 2016 (ROJ: SAP CR 95/2016).

⁵³ P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación «fragmentada»...”, *loc. cit.*, p. 192; P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 323-324.

VI. A modo de conclusión

49. A lo largo de las últimas tres décadas se ha ido gestando un DIPr. europeo de familia y de sucesiones cuyo fin teórico último ha sido crear un marco jurídico para los ciudadanos europeos y los que residen en un Estado miembro de la Unión, garantizando soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, que redunde en un reforzamiento de la tutela judicial efectiva y afiance la libre circulación de personas en el espacio judicial europeo.

50. Con todo lo positivo que esto ha resultado, quizás resulte en exceso complaciente señalar, como ha hecho la Comisión, refiriéndose a uno de los Reglamentos basales del DIPr. de familia, el ya derogado Reglamento (CE) 2201/2003, que “*las normas que establece el Reglamento han contribuido a simplificar el marco jurídico en una situación que ya supone problemas considerables para los ciudadanos afectados*”, por más que luego mitigue sus aseveraciones reconociendo “*algunos inconvenientes*”⁵⁴. En realidad, si algo puede afectar al andamiaje jurídico construido, y es este un punto sobre el que con vendría una mayor reflexión desde las instituciones de la Unión Europea, es la excesiva compartimentación de las materias y los sectores que regula cada uno de los Reglamentos que se han ido elaborando, puesto que se trata de un elemento que, en ocasiones, convierte en una operación extremadamente compleja dar una respuesta adecuada a las cuestiones que se plantean⁵⁵. Si lo que se persigue es crear un marco que aporte seguridad jurídica a las relaciones familiares en el contexto de la Unión Europea, deberíamos partir de una premisa básica, cual es incidir en que la función del DIPr. europeo de familia debe ser contribuir a simplificar la vida de las personas, en ningún caso a tornarla más compleja.

51. Hay que tener en cuenta que la evolución de los instrumentos que configuran la reglamentación relativa a las crisis matrimoniales en el ámbito europeo no es el resultado de un desarrollo paralelo. Su dispar gestación ha marcado el camino que ha generado la fragmentación y su falta de complementariedad⁵⁶. Sería esencial, como sostiene SÁNCHEZ JIMÉNEZ, que “*los distintos instrumentos europeos considerasen la necesidad de coherencia en la articulación de sus normas de competencia sobre la base de principios comunes en su configuración*”⁵⁷. Pero lo cierto es que las complejas fórmulas de relación entre los instrumentos, si nos centramos en el tema de la competencia judicial internacional, que es desde el que hemos abordado el presente trabajo, dejan mucho que desear. Hasta el punto de que hay quien ha sostenido que “*la seguridad jurídica que se ha conseguido gracias a los Reglamentos se vería comprometida en caso de que no fuera posible coordinarlos eficazmente a fin de obtener una respuesta de conjunto*”⁵⁸.

52. Uno de los riesgos más evidentes de esta pluralidad de textos para regular, por ejemplo, una crisis matrimonial y sus efectos es, como hemos visto, la dispersión jurisdiccional del pleito. El que según la materia de que se trate puedan ser órganos jurisdiccionales de diversos Estados miembros los llamados a resolver cada una de las cuestiones que se suscitan en un proceso matrimonial, puede contribuir a hacer más compleja la situación de los implicados. Son necesarias soluciones coherentes que permitan una eficiente coordinación y ajuste entre las reglas de competencia judicial internacional. Sin perjuicio de que pensar en un texto único que agrupara todas las cuestiones bajo un mismo marco nor-

⁵⁴ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000”, de 15 de abril de 2014, COM (2014) 225 final, pp. 4-5 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0225&rid=1>, consultado el 14 de mayo de 2024).

⁵⁵ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II Bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5-22.

⁵⁶ M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Reglamentación comunitaria relativa a las crisis matrimoniales y la particular «crisis» entre los Reglamentos que la integran”, en J. FORNER DELAYGUA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS / R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya...*, loc. cit., pp. 799-820, esp. p. 801.

⁵⁷ M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *El divorcio internacional...*, op. cit., p. 55.

⁵⁸ B. CAMPUZANO DÍAZ, “Algunas propuestas...”, loc. cit., p. 623.

mativo podría ser una buena solución, en el escenario actual hay que reconocerle al legislador europeo que ha sido consciente del problema y que ha propuesto medios para intentar solucionarlo. La cuestión es que la sucesión de textos que se han ido elaborando, con distinta óptica en cada uno de ellos, ha hecho que el sistema de remisiones de unos a otros sea complejo, como lo demuestra con claridad el Reglamento (UE) 2016/1103, introduciendo en el artículo 5, un sistema diferenciado para evitar la dispersión jurisdiccional, en función del criterio de competencia judicial internacional utilizado para conocer de la crisis matrimonial, y dejando en último extremo a las partes la decisión sobre si concentrar o no sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro en el caso de los foros de competencia menos previsibles. Esto no hace sino demostrar que, aun siendo conscientes del riesgo, no han podido de otra manera hacerlo desaparecer o mitigarlo.

53. No se trata sólo de buscar la economía procesal, sino de fomentar la coherencia en las soluciones judiciales⁵⁹. El principio de proximidad no tiene por qué oponerse al principio de eficiencia. Pretender que conozca el tribunal que mejor situado esté para conocer de la cuestión no tiene por qué chocar con abogar que sobre cuestiones estrechamente relacionadas sea un único tribunal el que lo haga. Se trataría sólo de articular la vía adecuada para ello, sin subordinar su aplicación a la autonomía de la voluntad de las partes.

⁵⁹ Como sostiene M. REQUEJO ISIDRO, “La coordinación de la competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 1209, “la contrapartida de la preferencia por la economía procesal, traducida en una competencia única para los aspectos de los regímenes económicos matrimoniales y los efectos patrimoniales de uniones registradas y sucesorios, radica en que la búsqueda de la coherencia debe presidir todos los instrumentos llamados a interactuar”.

Cambio de vecindad civil en el sistema plurilegislativo español: ¿Dónde queda la voluntad testamentaria?*

Change of civil neighborhood in the Spanish plurilegislativo system

MARÍA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Pública de Navarra

Investigadora del Institute for Advanced Research in Business and Economics

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 04.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8932

Resumen: La vecindad civil ha sido históricamente el eje central de la resolución de los conflictos interregionales en España. De ella se ha hecho depender la ley civil aplicable a la sucesión “mortis causa” del nacional español. La consideración de la vecindad civil como norma de conflicto, de competencia exclusiva del Estado -art. 149.1.8 CE-, ha mantenido abierto un debate, ya clásico, que resulta relevante en el sistema plurilegislativo civil español. En particular, se advierte sobre las reglas del art. 9.8 del CC, norma que evidencia la falta de neutralidad y paridad en el conflicto móvil sucesorio cuando entran en liza los distintos Derechos civiles que conviven en España. La reflexión sobre la adecuación a la realidad social de la vigente normativa conflictual del Código civil, el alcance efectivo de la voluntad testamentaria y la demandada renovación legal en esta materia son las vías sobre las que se asienta el presente trabajo.

Palabras clave: Vecindad civil, sistema plurilegislativo, norma de conflicto, sucesión “mortis causa”, voluntad testamentaria, legítimas, cónyuge viudo y pareja estable.

Abstract: The civil neighborhood has been the central axis of the resolution of interregional conflicts in Spain. The civil law applicable to the succession “mortis causa” of the Spanish national has been made to depend on it. The qualification of civil neighborhood as a rule of conflict, of exclusive jurisdiction of the State - art. 149.1.8 CE-, has kept open a debate, now classic, that is important for the Spanish civil plurilegislativo system. In particular, we warn about the rules of art. 9.8 of the CC, a rule that shows the lack of neutrality and parity in the mobile succession conflict when the different civil rights that coexist in Spain come into play. The reflection on the adaptation to the social reality of the current conflict regulations of the Civil Code, the effective scope of the testamentary will and the demanded legal renewal in this matter are the leas on which this work is based.

Keywords: Civil neighborhood, plurilegislativo system, conflict rule, “mortis causa” succession, testamentary will, legitimate will, widowed spouse and stable partner.

Sumario: I. Aspectos introductorios. II. La vecindad civil: punto de conexión e identidad regional. III. Doctrina constitucional sobre la vecindad: asimétrica aplicación. IV. Cambio de vecindad civil en la sucesión “mortis causa”. V. El complejo respeto a la voluntad del causante cuando se modifica su vecindad civil: indefectible preeminencia del Derecho común. VI. A modo de conclusión.

*El trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i, RTI, Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España, “La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad” (PID2020-115254RB-I00). IP. Marta Carballo Fidalgo (2021-2023).

I. Aspectos introductorios

1. El libre establecimiento en la Europa sin fronteras, la recepción de migración en España y el lógico aumento de las relaciones interpersonales entre nacionales de distintos estados ha supuesto que, desde finales del siglo XX, constituya un tema candente la delimitación de los criterios para la resolución de los conflictos normativos civiles de ámbito sucesorio “mortis causa” y las previas relaciones familiares que presuponen¹. Abandonada la idea de que una ciudadanía europea exige para su operatividad la unificación sustantiva de las normas que afectan más directamente a ésta, como son las sustantivas civiles, el camino emprendido por la Unión Europea ha sido el desarrollo y refuerzo de las reglas de conflicto del Derecho Internacional Privado. Esta ha sido la solución ofrecida para las sucesiones “mortis causa” que tienen una repercusión “internacional”, dada la disparidad y contradicción de sistemas que conviven en el marco europeo², de complejo acercamiento por sus implicaciones con la soberanía nacional y la tradición jurídica de las que son reflejo. A ello no ha sido tampoco ajeno la consideración de que la unificación no aporta valor añadido a la consolidación del mercado interior³.

2. El Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, ha sido la respuesta ofrecida a la cuestión. Se ha optado por un sistema unitario y universal que faculte la aplicación de una sola ley -bienes muebles e inmuebles-, así como la atribución del conocimiento de toda la sucesión internacional a un único tribunal. Con ello, afirman CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁴, se persigue evitar resultados contradictorios, a la vez que unificar y clarificar el Derecho Internacional Privado de sucesiones conforme sus propias claves: la libre circulación de las personas (Cdos. 1 y 80), la organización por los ciudadanos europeos de su sucesión (Cdo. 7), la protección a los sucesores, personas próximas al causante y acreedores (Cdo. 80), y el reconocimiento mutuo entre Estados de sus resoluciones (Cdo. 59). No extraña, en consecuencia, que los criterios previstos para la resolución de los conflictos se concreten en el general de la ley de la residencia habitual (art. 21.1), y los específicos de la *professio iuris* del causante por su ley nacional (art. 22.1) y la proximidad (art. 21.2). La singularidad, en el caso español, es que este sistema conflictual queda reservado para las sucesiones exclusivamente internacionales.

3. La previsión del art. 38 del Reglamento 650/2012, al disponer que «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales», aboca a que, dado que no se han extendido estas reglas al Derecho interregional español, se tenga que acudir al régimen conflictual del Código civil cuando nos encontramos ante un conflicto estrictamente interno⁵. Ello sitúa el centro del debate, sobre las controversias de aplicación del Derecho civil sucesorio autonómico a los nacionales españoles, en el sistema legal de Derecho interregional del Capítulo IV, Título preliminar, del Código Civil; y, muy

¹ En este punto no se puede obviar que el régimen sustantivo sucesorio depende de otras cuestiones previas como la existencia del matrimonio y su economía, o el reconocimiento como pareja estable. La Unión Europea ofrece respuesta conflictual a varios de estos temas en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

² VERBEKE, A. AND LELEU, Y.H., “Harmonization of the Law of Succession in Europe”, *Towards a European Civil Code*, 3^a Ed., Kluwer Law International, 2004, pp. 343 y ss.

³ Cf. CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte”, *Derecho Privado Europeo*, Colex, 2003, pp. 1185 y ss., quien ha cuestionado la entidad de tales argumentos, advirtiendo de la indisoluble relación existente entre el régimen económico matrimonial y la herencia del causante casado.

⁴ *Derecho Internacional Privado*, Vol. II., ed. 16^a, Comares, p. 645.

⁵ CALVO CARAVACA L. A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho*, cit., p. 641.

particularmente, sobre el elemento configurado históricamente como determinante para su aplicación: la vecindad civil⁶.

El tema, que viene preocupando de largo a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, ha adquirido un especial relieve por el desarrollo normativo que, al amparo del art. 149.1.8 de la CE, se ha efectuado para ajustar los regímenes sucesorios “mortis causa” a la realidad social. La dejadez del legislador estatal por llegar a una solución que replantee los términos de esa relación, que involucra los resabios de la cuestión foral y la búsqueda de la preeminencia de la vecindad civil común frente a la foral o especial, conforman las notas de una melodía de fondo que trasciende al mero aspecto conflictual, involucrando el alcance de la voluntad dispositiva “mortis causa” y la aceptación de la diversidad institucional sucesoria dentro del ordenamiento jurídico civil español.

II. La vecindad civil: punto de conexión e identidad regional

4. La vecindad civil fue incluida en la base 2ª de Ley de Bases de 11 de mayo de 1988, como elemento que, “inspirándose hasta donde sea conveniente en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos”, debía facilitar el enlace y la aplicación “del nuevo Código y las legislaciones forales”. El criterio se asumió en el antiguo art. 15 del CC para la determinación de cuándo resultaba de aplicación el Derecho foral o especial de las provincias o territorios frente al régimen del Derecho civil común recogido en Código civil; siendo éste, en todo caso, supletorio. La reforma del Título preliminar del Código Civil, por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, modificó ese régimen en aras de paliar las tensiones y “vis atractiva” a favor de la aplicación de éste, ofreciendo las líneas generales del sistema con las que aún aparece tipificado.

La Ley 11/1990, con la reforma del art. 14 del CC, aquilataría la regulación, enmendando la inconstitucionalidad sobrevenida del número 4º del art. 14 del CC, que imponía que la mujer casada debía seguir la condición civil del marido⁷ y los hijos no emancipados la de su padre o madre. La ley eliminó la sujeción de la condición civil de la mujer a la del marido, colocando en pie de igualdad a la madre respecto del padre en la determinación de la reconocida para los hijos. Se abandonó, en la vecindad civil, el principio de unidad jurídica familiar, como ya se había hecho, por la Ley de 2 de mayo de 1975, para la nacionalidad, otorgando mayor presencia y eficacia al principio del “ius solis”.

La reforma del art. 15 del CC, por Ley 18/1990, terminó de configurar la fisionomía con la que actualmente se presenta la vecindad civil. Con ella se rectificó el trato injustificadamente preferente de la vecindad civil común del extranjero nacionalizado español, facultando a éste un derecho de opción por la autonómica o común, según lo establecido en la norma⁸.

Cabe recordar que la acción legislativa estatal cursó con polémica y controversia jurídica. La Diputación de Aragón instó recurso de inconstitucionalidad contra el inciso final del párrafo primero del art. 14.3 del CC y el inciso final del párrafo primero del art. 16.3 del CC, pues éstos imponían como criterio de cierre, cuando no se hubiera podido determinar la vecindad civil por los criterios anteriores,

⁶ CASTELLANOS RUIZ, E., “La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n.º 2, 2022, pp. 262-264; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9, n.º 1, 2022, pp. 1-34; OÑATE CUADROS, F.J., “¿Sueñan los extranjeros con el derecho foral? Do foreigners dream of regional law?”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n.º 16, 2022, pp. 36 y ss.; MUNAR BERNAT, P.A., “Los problemas que plantea el Reglamento (UE) n.º 650/2012 en el tratamiento del pacto sucesorio de definición (arts. 50 y 51 CDCIB). A propósito de la STSJ Illes Balears, de 14 de mayo de 2021”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, n.º 4, 2021, pp. 227-255; SILLERO CROVETTO, B., “La vecindad civil como criterio de vinculación en un estado plurilegislativo: nuevos retos ante el avance de las competencias del legislador de la UE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7, 2015 (BIB 2015\3048).

⁷ Así se reconoció, tiempo después, por la STS 14 de septiembre de 2009, entendiéndose que a partir del 29 de diciembre de 1978 ninguna mujer perdió su vecindad civil por razón del matrimonio y toda mujer casada pudo adquirir otra vecindad distinta a la de su marido. Cf. GALICIA AIZPURUA, G., “Artículo 14”, *Comentarios al Código civil*, T.I, Dir. BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R., Tirant lo Blanch, 2013, p. 372.

⁸ BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R., “Artículo 14”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T., vol. II, Dirs. ALBALADEJO GARCÍA, M y DÍAZ ALABART, S., EDERSA, 1995, pp. 1210 y ss.

“la vecindad de derecho común”. El tema se resolvió en la STC 226/1993 a favor del Estado, afirmándose que esas normas eran acordes a los dictados constitucionales. El voto particular del Magistrado J. D. González Campos, que manifestó su parecer contrario al criterio mayoritario, constituye el exponente del actual sentir jurídico de un importante sector de civilistas e internacionalistas. La preferencia por la vecindad civil común y el Derecho civil común en el momento presente, dado que al legislador estatal le corresponde, en virtud del art. 149.1.8 de la CE, la búsqueda de un igual ámbito de aplicación de los diferentes ordenamientos civiles coexistentes en España, tendría que ser revisado.

5. El marco normativo descrito permite comprender la entidad histórica y proyección de esta figura de la vecindad civil, o condición civil, dentro del ordenamiento jurídico español. Ello tiene mucho que ver con el carácter bifronte y papel dual con el que se mira esta institución, que como condición de la persona, forma parte del estado civil ostentado por las personas físicas de nacionalidad española, que necesariamente han de tenerla mientras conserven ésta, y que es, además, excluyente y única, ya que no cabe bajo ningún concepto una “doble vecindad”⁹.

Desde la perspectiva objetiva funcional, sobre la que se insiste desde el Estado, no ajena a la inicial valoración de las regulaciones civiles forales o especiales como singular frente al Código civil, la vecindad civil es un elemento de conexión para la aplicación normativa. El tenor del art. 14.1 del CC así lo expresa cuando indica que «*la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil*». La propia definición que se ha venido ofreciendo de ésta, como la circunstancia personal de quienes tienen nacionalidad española, que determina la aplicabilidad, en cuanto ley personal propia, bien del Derecho del Código civil (Derecho común, según se indica en el art. 14 CC), bien de uno los Derechos civiles autonómicos (Derechos forales o especiales, según también aclara el precepto), es fiel reflejo de este rol. No extrañará, en consecuencia, que de ella se indique que “determina un estatuto personal de segundo grado respecto de la nacionalidad española (arts. 9,1^a y 16.1.1^o del CC) desde el momento en que el estatuto personal de los españoles no es uniforme como consecuencia de esa diversidad de Derechos civiles coexistentes en España”¹⁰. Tal enfoque supone identificar a la vecindad civil desde la estricta visión de simple norma de conflicto, si bien en su origen no se hallaba previsto ni que adviniera un marco como el ofrecido por el art. 149.1.8 CE, de reconocimiento indiscutido del estado plurilegislativo civil español, ni el desarrollo legislativo del Derecho civil autonómico llevado a cabo desde 1978; que, al margen de otras consideraciones, ha dado respuesta a las necesidades normativas del ciudadano en su ámbito privado frente a un decimonónico y desfasado Código civil.

6. La otra funcionalidad de la vecindad civil, habitualmente advertida desde la perspectiva de las Comunidades llamadas a aplicar los Derechos civiles propios, es la de vínculo subjetivo y pertenencia a una Comunidad¹¹, al margen de la condición política o administrativa que también concurre en la persona¹².

No es baladí que el régimen de la vecindad civil se haya configurado empleando los criterios de atribución y técnicas de adquisición de la nacionalidad, originaria y derivativa; régimen con el que se establece paralelismo. Ello es relevante dado que el papel de la nacionalidad, como vínculo jurídico de

⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Artículo 14”, *Comentarios al Código civil*, T.I, Coords. RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R.M., Bosch, 2000, p. 394.

¹⁰ En tal sentido se expresa BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., “Artículo 14”, *cit.*, p. 1210.

¹¹ Cf. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Vecindad civil: presente y perspectivas de futuro”, *Actas. Foro de Derecho Aragonés 22. XXI Encuentros, Zaragoza y Teruel 2022*, Justicia de Aragón, 2023, pp. 14 y ss. pone de relieve ese sentir histórico, recordando la declaración de inconstitucionalidad por la STC 158/2019 del art. 7.1.c) de la Ley de Cortes de Aragón 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, que venía a identificar vecindad civil como símbolo de la “aragonesidad”, disponiendo que: “A los efectos de la presente ley, gozan de condición política de aragoneses: e) “*Los ciudadanos españoles con vecindad civil aragonesa, aunque residan fuera de Aragón, siempre que lo soliciten de acuerdo con lo dispuesto en la ley*”.

¹² Como recuerda GALICIA AIZPURUA, G. (“Artículo 14”, *cit.*, p. 367) la vecindad administrativa (arts. 15 y 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) establece cuáles son los sujetos que merecen la consideración de vecinos de (residentes en) un concreto municipio, vecinos a quienes corresponderán los derechos y deberes fijados en la correspondiente norma pública (art. 18 LRBRL). De esta vecindad administrativa depende la condición política que se reconoce respecto a una Comunidad Autónoma, exigida para concretos cargos o para formar parte de ciertos órganos políticos.

una persona con un Estado, no queda sólo circunscrito funcionalmente a punto de conexión de la aplicación normativa civil. A ella también se anudan la vertiente de identidad y pertenencia del sujeto nacional a una concreta región y comunidad jurídica.

Este otro cometido de la vecindad civil resulta palpable en el reconocimiento que se efectúa institucionalmente en algunos Estatutos de Autonomía, que son Leyes Orgánicas aprobadas por el Estado. Es el caso de Aragón, cuyo art. 9.2 del LOEAAR declara que «El Derecho foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial»; o el de Navarra, que prevé en el art. 5.3 de la LORAFNA que «La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición civil foral de navarro se regirá por lo establecido en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero nuevo de Navarra».

Tal referencia aparece también recogida en varias de las leyes civiles autonómicas. Así, la Ley 2/2006, de 14 de junio, Derecho civil de Galicia, ha fijado en su art. 4 que: «1. La sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común. 2. Los gallegos que residan fuera de Galicia tendrán derecho a mantener la vecindad civil gallega con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común y, en consecuencia, podrán seguir sujetos al derecho civil de Galicia». Por su parte, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, establece en el art. 10 que: «1. El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca. 2. La vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales. 3. Las normas de Derecho civil de esta ley que rigen con carácter especial en el territorio histórico de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio se aplicarán a quienes tengan vecindad civil local, aforada o no, en dichos territorios».

El resto de Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, Cataluña y Baleares, si bien no ligan la aplicación de su Derecho civil al elemento de la “vecindad civil”, prevén igualmente cuál sea el punto de conexión. En estos casos éste se concreta en la territorialidad. El Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 14 de LOEAC¹³, y el de las Islas Baleares, art. 10 LOEAILL¹⁴, así lo tienen consagrado; recogiendo expresamente tanto en el Código Civil de Cataluña, art. 111-3¹⁵, como en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, art. 2 CDCB¹⁶. En la base de este planteamiento se halla la consideración de la STC 156/1993 que, como más adelante se verá, estimo que tal criterio “no” suponía un exceso competencial desde la perspectiva conflictual, aunque delimite la conexión para la aplicación interregional del Derecho civil propio. Como ha puesto de relieve DELGADO ECHEVERRÍA¹⁷, el criterio de la territorialidad es una opción que atiende a los aspectos económicos que mueve el flujo

¹³ Artículo 14. Eficacia territorial de las normas.

1. Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.

2. Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra.

¹⁴ Artículo 10. Las disposiciones de los poderes públicos de las Illes Balears.

Las normas, las disposiciones y el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia.

¹⁵ Artículo 111-3. Territorialidad.

1. El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.

2. Lo establecido por el apartado 1 se aplica también al derecho local, escrito o consuetudinario, propio de algunos territorios o poblaciones, en la medida en que la ley remita al mismo.

3. Las personas extranjeras que adquieran la nacionalidad española quedan sometidas al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra.

4. La vecindad local es determinada por las normas que rigen la vecindad civil.

¹⁶ Artículo 2. Las normas de derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas.

¹⁷ “Vecindad civil: presente y perspectivas de futuro”, *cit.*, pp. 30 y 31.

migratorio, debiéndose llegar a un espacio de equilibrio y encuentro común entre las regiones migrantes y receptoras¹⁸.

7. El punto gordiano de la vecindad civil ha sido su encaje -sin adaptación, desplazamiento o exclusión- en el marco plurilegislativo civil y competencial que ha fijado la Constitución Española del 1978. La reserva que se establece, en todo caso, en materia legislativa civil a favor del Estado, en el art. 149.1.8 C,E sobre “las normas para resolver los conflictos de leyes” supone que se encuentra en manos de éste la regulación sobre el Derecho internacional privado y el Derecho interregional; y, consecuentemente sobre la vecindad civil y el régimen previsto para su adquisición y pérdida. Qué alcance puede tener y cuáles son los límites que ello impone a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio conforman cuestiones que, como a continuación se verá, han dado lugar a una rica doctrina constitucional, a la vez que a su asimétrica aplicación en la práctica.

III. Doctrina constitucional sobre la vecindad civil: asimétrica aplicación

8. La impugnación de “algunas” de las regulaciones realizadas por los Parlamentos autonómicos, que aludían a la vecindad civil, ha dado lugar a la actual doctrina constitucional, que califica a ésta como norma de conflicto y, como tal, incurso en la reserva material que, en todo caso, compete al Estado “ex” art. 149.1.8 de la CE.

Arrancó con la STC 156/1993 al declarar inconstitucional la reforma operada en el art. 2, párr. 1º por Decreto Legislativo Balear 79/1990, 6 de septiembre, en el que se establecía la eficacia territorial del Derecho civil balear y su aplicación a quienes residieran en la Comunidad Autónoma, sin necesidad de probar la vecindad civil. La tacha de inconstitucionalidad se centró en que a la residencia se le venía a otorgar “un valor presuntivo de vecindad civil”, con la consecuente “alteración o modificación del régimen de la vecindad civil establecido” en los arts. 14, 15 y 16.1.1º del CC, al determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales. Con ello se estimaba que se quebraba la unidad del sistema estatal del Derecho interregional por cuanto “el Derecho civil balear sería aplicable como ley personal no sólo a todos los residentes en el territorio de dicha Comunidad Autónoma sino también (en atención al criterio de la vecindad civil previsto en el art. 16.1.1.a del Código Civil) a los no residentes en la Comunidad que ostenten la vecindad civil balear”. Pues la reserva exclusiva del Estado sobre las “normas la vecindad civil” integra “la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España”.

Tal argumentación se repetirá en la STC 226/1993 para desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, respecto a la redacción dada al Código civil en el art. 14.3, último inciso, y en el art. 16.3, último inciso, por la Ley 11/1990; preceptos en los que, como cláusula de cierre del sistema, se fija la “vecindad común”. Esa valoración se efectuó a pesar de reconocerse previamente que el sistema de resolución de conflictos de leyes, que necesariamente ha de ser estatal, no puede partir “de la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión: los puntos de conexión para determinar la sujeción personal a un Derecho u otro (la vecindad, en nuestro caso) han de fijarse, en principio y en tanto sea posible, según circunstancias abstractas o neutras y lo mismo cabe exigir, con igual salvedad, respecto a los criterios utilizados por las normas de conflicto del art. 16 del Código Civil”.

Posteriormente se repetiría dicha apreciación en la STC 93/2013, en cuanto al art. 2.3 de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en el que se

¹⁸ La sustitución de la vecindad civil por la vecindad administrativa, como criterio de aplicación de la legislación civil, ha sido una cuestión propuesta, debatida y reclamada por un sector de la doctrina. Cf. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., “Artículo 14”, *cit.*, pp. 1212-1213; COCA PAYERAS, M., “Condición, vecindad administrativa y vecindad civil balear (En torno a los artículos 6 y 7 del Estatuto de Autonomía)”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 10, 1985, Universitat de les Illes Balears, pp. 9 y ss.

establecía la aplicación de la ley navarra si uno de los miembros tenía tal condición civil de navarro. La utilización de la vecindad civil, como punto de conexión, se decía que vulneraba la competencia exclusiva del Estado por fijar unilateralmente su eventual aplicación. La “ausencia en la legislación estatal de regla específica”, se señalaba, que no variaba tal calificación “pues es evidente que las competencias no decaen por el hecho de no haber sido ejercitadas”; consideración jurídica cierta que, sin embargo, no se compadece con un ejercicio responsable de la competencia por quien la ostenta¹⁹.

Una suerte pareja corrió el art. 2 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, que regulaba el “ámbito de aplicación” de la Ley, haciéndolo depender de la “vecindad civil” de “las partes”. El precepto se declaró inconstitucional por la STC 110/2016 razonándose que «una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al “principio de territorialidad de las competencias” que este Tribunal ha declarado “implícito al propio sistema de autonomías territoriales” [por todas, STC 89/2012, de 18 de abril, FJ 7 b)], del que se «se exceptúan las normas civiles, como expresamente dispone el art. 7.2 EAV/2006 antes citado, pues esta clase de normas se aplican según la vecindad civil, que se ostenta “con independencia de donde se resida”, en expresión del art. 3.4 EAV/2006, al que remite el citado art. 2 de la Ley 5/2012, y de conformidad con lo preceptuado al efecto por el Código civil (arts. 14 y ss.)».

El último pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el tema ha tenido por objeto el juicio de constitucional sobre leyes 11 y 12 de Fuero Nuevo de Navarra²⁰, actualizadas por la Ley Foral 21/2019, en las que regulan la “determinación de la condición civil”²¹. La STC 157/2021, aunque parte de su doctrina tradicional, ha aceptado que la “lex repetita”, que recuerda que “la condición civil” es el punto de conexión para la aplicación del “Derecho civil de Navarra” con remisión a la normativa estatal -ley 11 FN-, no supone una extralimitación competencial. Ello se puede entender como una aceptación de la legitimidad normativa autonómica para determinar que la “vecindad civil” es punto de conexión en la aplicación interna del Derecho civil propio si no despliega una función conflictual externa²², máxime cuando la referencia legal viene exigida por las disposiciones del art. 5.1 de la LORAFNA, como reconoce la propia sentencia. No ha corrido igual suerte el inciso final de la ley 11 del FN que indicaba que “(l)a condición foral se regulará por las normas generales del Estado en materia de vecindad civil, respetando el principio de paridad de ordenamientos”. El argumento esgrimido es que el “objetivo de garantizar la posición de igualdad de los ordenamientos civiles es ajeno a las competencias autonómicas”, dado que ello compete en exclusiva al Estado, aunque tenga que garantizar tal aspecto. También se ha declarado inconstitucional la ley 12 del FN, que disponía que “(l)a condición civil navarra de las personas jurídicas de cuya regulación sea competencia de la Comunidad Foral de Navarra, la condición foral se determinará por su domicilio en Navarra, debiendo estar sujetas al Derecho de Navarra”; invocándose, sin mayor precisión, que la competencia para legislar sobre el conflicto de leyes compete en exclusiva al Estado. No abunda, en el aspecto sustantivo civil, señalado por algunos civilistas, de que sólo las personas físicas pueden ostentar una vecindad civil²³.

¹⁹ Prueba del problema que plantea la dejación de competencia del Estado en la regulación de las parejas estables y resolución de los potenciales conflictos interregionales es la SAP de Navarra de 12 junio de 2002, n.º 99/2002 JUR 2002\201896. En ella se suscitó la cuestión de qué normativa debía aplicar a la relación de una pareja en el que el causante, de vecindad civil, navarra falleció días previos a su boda residiendo en la localidad de Agreda. De ello dependía el reconocimiento de derechos sucesorios a la supérstite de vecindad civil común. El tribunal aplicó por analogía el art. 9.2 del CC y excluyó que pudiera aplicarse la legislación navarra en la configuración de pareja estable -art. 2.3 LFIJPE-, con la consecuente exclusión de los derechos sucesorios legales de la supérstite, previstos en el art. 11 de la LFIJPE. Estos preceptos fueron declarados posteriormente inconstitucionales por la STC 93/2013.

²⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “La reforma del libro preliminar del Fuero Nuevo por la Ley Foral 21/2019 de 4 de abril: los claroscuros de la acción legislativa”, *Iura Vasconiae*, n.º 17, 2020, pp. 239 a 244.

IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Conflictos internacionales e interregionales de leyes. La norma de conflicto”, *Iura Vasconiae*, n.º 17, 2020, pp. 512 a 521.

²¹ EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., “Instituciones civiles forales «allí donde existan» y la reserva competencial «en todo caso» del Estado. Reflexiones a tenor de la STC 157/2021”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 42, 2023, pp. 11 a 47.

²² ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro”. *Derecho Privado y Constitución*, n.º 38, 2021, pp. 11 a 48.

²³ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Artículo 14”, *cit.*, p. 394; BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., “Artículo 14”, *cit.*, p. 1210.

9. La doctrina expuesta contrasta, no sin matizaciones, con la vigencia de regulaciones sobre las que, no habiéndose cuestionado su constitucional, resultan vigentes y operativas²⁴.

En esa excepcionalidad práctica de la exclusión de la competencia para regular la vecindad civil por las Comunidades Autónomas se encuentran las previsiones de los Estatutos de Autonomía que, como leyes orgánicas dictadas por el Estado, regulan esa materia -art. 9.2 del LOEAAAR, art. 5.3 de la LORAFNA, 14 LOEAC y art. 10 LOEAILL-, así como las disposiciones autonómicas que establecen genéricamente aquella como punto de conexión para la aplicación de su Derecho civil -art. 10 LDPCV, art. 4 LDCG o ley 11 FNN-. No parece que se pueda hacer cuestión, tras la STC 157/21, que tales regulaciones resultan ajustadas constitucionalmente, dado su alcance y eficacia limitada al ámbito interno.

Hay, sin embargo, alguna otra norma sobre la vecindad civil que, no habiendo sido purgada del ordenamiento jurídico, a pesar de tener una eficacia “ad extra” y poderse calificar de norma conflictual, en el sentido dado por la doctrina constitucional, se halla vigente y es operativa. Ejemplos de esta situación asimétrica en el tratamiento conflictual interregional son la disposición adicional segunda de Ley 5/2015, 25 junio, de Derecho Civil Vasco, que modificó y dió nueva redacción al artículo 2 de Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, cuando exige para la constitución de la pareja estable que “al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca”, y la disposición adicional 3^a de la Ley de Derecho civil de Galicia, que equipara con el matrimonio a la pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia -inscripción que requiere que uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil gallega (art. 5.g Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia)-.

IV. Cambio de vecindad civil en la sucesión “mortis causa”

10. De forma semejante a lo que acontece con quién modificada su nacionalidad, el cambio de vecindad civil conlleva consecuencias relevantes en la sucesión “mortis causa” respecto a la ley material que resulta de aplicación y los derechos de quienes suceden al causante. El art.16.1 del CC que remite, para la resolución de los conflictos internos entre las distintas legislaciones civiles, a las “normas de derecho privado” recogidas en el Capítulo IV, y dispone que será “ley personal la determina por la vecindad civil”, conduce a esa regla de aplicación del art. 9.8 del CC. A tenor de éste, el criterio general para toda sucesión por causa de la muerte -testada, intestada o paccionado-²⁵, es “la ley nacional (vecindad civil) del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”. De ahí que la cuestión de la conservación o cambio de la vecindad civil se torne objeto central de discusión, siendo éste un tema previo a la aplicación de la norma del conflicto, si quienes son llamados a suceder ven mejorados, empeorados o esfumados sus hipotéticos derechos sucesorios. Ello obliga a una primera y necesaria reflexión sobre el régimen dispuesto en el art. 14 del CC en cuanto a la modificación de la vecindad civil, muy singularmente por el cambio de residencia.

11. Adquirida la vecindad civil por nacimiento, filiación, opción -caso de matrimonio o nacionalización- (art. 14.2 a 4 CC), el cambio de residencia de un nacional español conlleva la posible pérdida, y subsiguiente adquisición, de una vecindad civil distinta a la que se tenía. Esta modificación puede ser voluntaria, cuando se resida de forma “continuada durante dos años” y se manifieste la voluntad de adquirirla -art. 14.5.1 CC-, contando con capacidad suficiente -art. 14.3.4 CC-; o bien producirse de forma automática, consciente o no, por “residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo” -art. 14.5.2 CC-²⁶. Es esta segunda norma la que suscita una mayor polémica, ya que se

²⁴ Sobre su vigencia DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Artículo 14”, *cit.*, p. 395 y ss.

²⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 enero 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, n.º 2, pp. 474 a 477.

²⁶ Las reformas en materia de vecindad, efectuadas por la citada Ley 11/1990, y la Ley 18/1990 de nacionalidad, no incidieron en esta regulación, a pesar de que el Proyecto de Reforma del título preliminar del CC, elaborado por la Comisión General de Codificación (Boletín de información del Ministerio de Justicia, n.º 1405, de 25 de diciembre de 1985, pp. 81 y ss.),

ha venido entendiendo que la residencia continuada tiene un efecto automático al margen del verdadero querer de la persona física. La intelección se ha propiciado por el tenor del art. 225 del RRC que señala que: «El cambio de vecindad civil se produce “ipso iure” por la residencia habitual durante diez años seguidos, en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario».

12. El criterio de la automaticidad, sin indagación de la voluntad del sujeto, es el que ha defendido el Tribunal Supremo (SS. 20 de junio de 2016, n.º 412/2016, (RJ 2016\3873); 28 de enero de 2000, n.º 46/2000 (RJ 2000\245)). Ha sido aplicado de manera inexorable cuando ha transcurrido el plazo de los diez años, salvo que se hubiera efectuado una declaración de voluntad dirigida expresamente a conservar la vecindad civil. Cabe recordar que, a tal efecto, no pueden tenerse en cuenta manifestaciones genéricas de los interesados sobre su voluntad de mantener la vecindad civil, ni tampoco tienen valor las efectuadas de contrario que sean extemporáneas por haber transcurrido el plazo (STS 14 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4445)). Este panorama se completa con la doctrina consolidada de la Dirección General de Registros y Notariado, actual Dirección General de Fe Pública y Seguridad Jurídica, en relación con el art. 65 LRC: las “declaraciones expresas” de adquisición de la vecindad o de su conservación no es necesario reiterarlas, “sin que dentro de esta exención de reiteración de tales declaraciones se pueda entender incluido el supuesto de la adquisición de la vecindad civil *ipso iure* por efecto directo de la residencia continuada, que es efecto jurídico que opera al margen de cualquier manifestación de voluntad (expresa o tácita)”. –STS 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 66069) y 6 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5327)- RDGRN de 2 de septiembre, n.º 3/2004, (RJ 2004\6612).

Precisamente la Proposición de Ley para la modificación del Código civil, en relación con el estatuto personal y la vecindad civil, que las Cortes de Aragón aprobaron y remitieron al Congreso de los Diputados en 2016²⁷ contemplaba, entre otras medidas, la derogación de esta norma y necesidad de que hubiera una declaración expresa²⁸. Perdida la propuesta en el *iter* parlamentario, ella ha puesto de relieve uno de los tantos problemas de la actual regulación de la “vecindad civil” como regla de conflicto interregional²⁹. A pesar de ello, el debate sigue abierto sobre si resulta idónea la pérdida automática de la vecindad civil sin declaración de voluntad³⁰, o bien debe ajustarse al principio constitucional del artículo 11.2 de la CE, por el que se garantiza que “ningún español de origen” sea “privado de su nacionalidad” -vecindad civil-, y la regulación de la pérdida de la nacionalidad de los nacionales de origen del art. 24 del CC, fundamentada en la voluntariedad.

13. Más allá de que el ciudadano sea consciente de este régimen, y distinga su vecindad civil (art. 14 y 16 CC) respecto de la administrativa (art. 15 LBRL), domicilio civil (art. 40 CC) o fiscal (art. 48 LGT y art. 8 del Convenio Económico entre el Estado y Navarra), puede considerarse como un avance práctico, para el respeto a aquella autonomía de la voluntad, la modificación llevada a cabo en el art. 68.3 del LRC por Ley 6/21. Este precepto, acorde al art. 27.1 de la LRC, prevé que «las declaraciones de voluntad relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza y

si suprimía la adquisición automática de la vecindad, disponiendo en el art. 15.3 que “la vecindad civil en determinado territorio se adquirirá por la residencia habitual continuada durante seis meses, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad”

²⁷ BOCG, Serie B, 9 de septiembre de 2016, n.º 125/000001.

²⁸ Artículo único. Modificación del Código Civil en relación con el estatuto personal y la vecindad civil.

El párrafo cuarto del apartado tercero y el apartado quinto del artículo 14 del Código Civil quedan redactados del siguiente modo:

“En todo caso, el hijo, desde que cumpla catorce años y hasta que transcurran cinco años desde su emancipación, podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la vecindad que hubieran tenido cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

⁵ La vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. La declaración se hará constar en el Registro Civil y no necesita ser reiterada.»

²⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Vecindad civil y Derecho interregional privado: una reforma necesaria”, *JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, n.º 28, 2017-2018, pp. 65 a 103.

³⁰ En tal sentido, CALATAYUD SIERRA, A. “Visión desde la práctica”, *Actas. Foro de Derecho Aragonés 22. XXI Encuentros, Zaragoza y Teruel 2022*, Justicia de Aragón, 2023, pp. 30 y ss.

opción, así como su recuperación, conservación o pérdida, y las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad, podrán realizarse ante el Encargado del Registro Civil, notario, o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil». Como se ha puesto de relieve, con ello puede facilitarse ese proceso de modificación y conservación de la vecindad civil, excluyendo la interpretación restrictiva impuesta por la DGRN (Resoluciones de 21 de noviembre de 1992 y 13 de mayo 1996), en cuanto a que aquella declaración debe efectuarse en el Registro Civil³¹ y no cabe su realización ante notario³².

Con todo, no se puede desconocer que seguirán siendo cuestiones que comportan cierta dificultad tanto la acreditación de la residencia continuada, como la delimitación de la vecindad que previamente se ostentaba.

La primera, ligada al domicilio civil -art. 40.1 CC- y residencia habitual de la persona, puede generar probatoriamente una cierta complejidad, pues no va necesariamente unida a la vecindad administrativa que se ostente, ni a la inclusión en el padrón municipal (STS 14 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4445); el censo de población, el electoral o el padrón de habitantes se consideran meros “principios de prueba”. Además, la residencia de los dos o diez años ha de haber transcurrido sin solución de continuidad, sin cambios de domicilio a otro territorio o al extranjero, y debe ser inmediatamente anterior a la petición o adquisición automática de la nueva vecindad civil.

Por lo que se refiere a la concreción de cuál fuera esa previa vecindad, si se plantea en el procedimiento declarativo, junto a las pruebas de arraigo que se practiquen, operarán las presunciones del art. 14.6 del CC, lugar de nacimiento -“*ius solis*”-³³, y del art. 69 de la LRC, lugar del nacimiento de los progenitores con tal vecindad -“*ius solis*” y “*ius sanguinis*”-. En el ámbito extrarregistral, la declaración y anotación de la “vecindad civil” a través del procedimiento del art. 92 de la LRC tiene un valor de simple presunción “*iuris tantum*” (art. 93.1 LRC). El acta de notoriedad (art. 209.2 RN) permite la anotación pero no ofrece el alcance de la inscripción, que sí se ha previsto para la declaración del régimen económico matrimonial en el art. 53 de la LRC³⁴. Finalmente, las manifestaciones que se realizan ante notario respecto a la vecindad civil -para el caso, por ejemplo, de la declaración de voluntad “*mortis causa*”- constituyen una mera manifestación de las partes que no garantizan su autenticidad (art. 187 RN)³⁵.

14. Junto con las dificultades a las que se enfrentan los futuros causantes, cuando manifiestan ostentar una vecindad civil distinta a la que corresponde a su residencia habitual³⁶, se unen las reticen-

³¹ Entre otras muchas, SAP de Barcelona (Sección 14ª), n.º 67/2015, de 26 febrero de 2015 (AC 2015\547), en la que se indica que la declaración de voluntad de optar por la vecindad civil, en este caso catalana, debe realizarse ante el Encargado del Registro Civil y no cabe efectuarla ante Notario en el testamento.

³² CALATAYUD SIERRA, A. “Visión desde la práctica”, *cit.*, pp. 21-22.

³³ A estos efectos resulta interesante la apreciación realizada en la SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 28 mayo de 2012, n.º 330/2012,(AC\2012\1048) que entiende, frente a la pretensión de que la última vecindad civil del causante era la aragonesa, que la que le corresponde al causante es la común, por haber nacido en Mazagán, territorio bajo la soberanía de España, y acreditarse ser español por ser hijo de español (art. 17 CC), en aplicación analógica de la doctrina de la STS de 7 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 849), que entiende que el territorio donde España extiende su soberanía es territorio nacional.

³⁴ CALATAYUD SIERRA, A. “Visión desde la práctica”, *cit.*, pp. 28-30.

³⁵ Cf. RDGRN de 14 octubre 2019, n.º 16825/2019, (RJ\2019\4754), en la que se requirió a la viuda la acreditación de la adquisición de la vecindad civil catalana de su esposo, que se pretendía adquirida por residencia continuada de diez años, a fin de que con su sola intervención se procediera a la inscripción de un determinado bien inmueble.

³⁶ En el caso resuelto por la STS de 21 abril de 2014, n.º 717/2014, (RJ\2015\1913), se consideró que la vecindad foral navarra de la testadora quedaba suficientemente acreditada por los siguientes hechos:

“A) Por residencia continuada de diez años, conforme a la abundante prueba en autos respecto del empadronamiento y residencia real de la causante; todo ello con una clara correlación secuencial de las circunstancias vitales que acompañaron su vida.

B) Por la información derivada del documento nacional de identidad de la causante, en donde la fecha de expedición y renovación del mismo concuerdan con la residencia en Navarra en los periodos que declara la sentencia de la Audiencia.

C) Por los testamentos y acta notarial de manifestaciones. En donde la testadora expresa ante notario su voluntad de conservar la vecindad foral navarra (en doce testamentos a lo largo de su vida y en un acta notarial de 16 de octubre de 2001, año y medio antes de fallecer).

D) Por numerosos hechos y documentos que de forma complementaria acreditan su vecindad foral. En este sentido, la Audiencia valora hechos y documentos, de distinta índole, que conducen a la conclusión de que la testadora, aunque con estancias en Madrid, no llegó a cambiar su vecindad foral que siguió siendo la navarra. Así lo atestiguan una larga lista de documentos que van desde certificados del alcalde de Monteaguado, domiciliaciones de vehículos, consumos de teléfono, electricidad y

cias que, en ocasiones, ello genera en la declaración de última voluntad. La RDGRN de 29 septiembre de 2016, n.º 9443/2016 (RJ\2016\5262) constituye un claro ejemplo de la suspicacia de la admisibilidad de una vecindad civil que no coincide con la residencia habitual. El origen de esta resolución fue la denegación de inscripción, por la Registradora de la Propiedad, de un pacto de mejora sin entrega presente de bienes de una finca sita en Cataluña, otorgado a sus hijas por los padres transmitentes nacidos en Galicia y con residencia habitual en Barcelona. La Registradora cuestiona que resulte de aplicación la legislación gallega y que se liquide el negocio “mortis causa” conforme al impuesto sucesorio. En la resolución se pone de relieve, en primera instancia, las dificultades probatorias de la vecindad civil, “ya que, en términos generales, no hay datos suficientes para estimar positivamente o verificar con la inscripción del Registro Civil las circunstancias que, por cambio de residencia o domicilio, produzcan la modificación de la vecindad civil conforme al artículo 14 del Código; y por ello, salvo en los casos de las declaraciones que los interesados puedan hacer ante el encargado de dicho Registro para la conservación de la misma o para su cambio por plazo abreviado de dos años, que dan lugar al correspondiente asiento registral, sería necesario acudir a la posesión de estado o, en último término, y con las limitaciones que en el ámbito del Registro pueden ser acogidas, a las presunciones como la establecida en el artículo 68 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 –69 de la Ley 20/2011, de 21 de julio...–, o la que deriva del expediente tramitado y resuelto conforme a las previsiones del artículo 96 del mismo cuerpo legal –92 de la Ley 20/2011– (cfr. Resoluciones de 23 de junio de 1964, 3 de julio de 1967 y 30 de noviembre de 2013)”. También se incide en que, en cuanto a la vecindad civil, hay que estar a la declarada por los otorgantes que, además, resulta, en el caso acorde con la presunción del art. 14 del CC. Pone de relieve que, una valoración de la existencia de “fraude de ley”, esgrimida en el control calificador a efectos de considerar que se trataba de un negocio de donación y no un pacto de mejora gallego, a efectos de liquidación del impuesto, debía resultar de todo evidente. Frente a la consideración de que habría que aplicarse, por la situación del bien objeto de pacto, el art. 10.1 del CC, pretendida por la Registradora, se afirmaba de manera categórica la necesaria aplicación en Derecho interregional sucesorio del principio de unidad en la sucesión del art. 9.8 del CC, pues “si no cabe escindir la sucesión en función de una posible dispersión de elementos de la relación jurídica entre diversos Estados, con mayor razón carece de toda lógica cualquier pretensión de escindirla cuando esa dispersión dé origen a un conflicto interregional, el cual -y abstracción de hecha de cuestiones o potenciales conflictos fiscales- habrá de ser resuelta conforme a los criterios que fija el Título preliminar del Código civil”.

15. Por el conflicto dilucidado resulta interesante igualmente la STSJ de Navarra de 3 marzo 1994 (RJ\1994\2115) en la que, a efectos de la ley aplicable al causante-testador, se discutía la adquisición de la condición civil de navarro, habiendo tenido vecindad civil originaria catalana y residencia habitual en Barcelona, tras adquirir la vecindad navarra por residencia de dos años y opción ante el encargado del Registro civil. El elemento fundamental para valorar ésta es el valor probatorio de la certificación del Secretario del Ayuntamiento que acreditaba la residencia por más de dos años del causante y la declaración de éste en el Registro Civil. En la sentencia se pone de relieve, frente a la situación fáctica vivida, que “no es posible aceptar la tesis que indica la sentencia impugnada de que la vecindad ganada en virtud de declaración expresa, con residencia de dos años, ley 11 del Fuero Nuevo de Navarra, en relación con el art. 14.5.1º del Código Civil, se pierda por residencia continuada en otro territorio durante diez años sin declaración en contrario, porque aquella declaración, con constancia en el Registro, no necesita ser reiterada para conservar la vecindad de dicha forma adquirida... de forma que puede concluirse que si el señor C. P. ganó, por residencia unida a su expresa declaración de voluntad, la vecindad navarra, no la perdió, pues no manifestó su voluntad de ganar otra, por haber residido durante diez años en otro territorio”. El otro aspecto central, frente al invocado fraude de ley, es el valor de la inscripción registral y necesidad de impugnación en tiempo, pues “al pretenderse que aquél no tenía la vecindad que el Registro Civil proclama, claro es que se está impugnando la correspondiente inscripción, lo que puede hacerse por no ser absoluto el valor de las actas -SSTS 4 diciembre 1948 (RJ 1948\1607), 26 junio

agua de su casa en el citado municipio, cuentas abiertas, declaraciones fiscales y, en suma, hasta el propio expediente de adopción de la recurrente tramitado en el Juzgado de Tudela, correspondiente al domicilio de la causante».

1951 (RJ 1951\1670), 16 abril 1984 (RJ 1984\1947) y 19 noviembre 1992 (RJ 1992\9241)-³⁷, cuando ante los Tribunales se suscita contienda sobre el estado civil, pero es lo cierto que esa impugnación no se ha formalizado... en la forma que la Ley previene³⁷. Ello determinó que se reconociera como ley del causante, la legislación navarra, y sucesión conforme a las previsiones testamentarias.

A pesar del tiempo transcurrido, el planteamiento del TSJ de Navarra sigue siendo relevante. El riguroso régimen al que se somete la prueba de la residencia para optar por la nueva vecindad, e inscripción de este estado civil en el Registro Civil, constituye el mejor baluarte de la defensa del ciudadano frente a la consideración de que un cambio de estatuto jurídico que le otorgue mayor libertad dispositiva, o una forma de deferir su voluntad testamentaria distinta a las recogidas en el Código civil, esté teñido de cierto fraude. Como se ha puesto de relieve por los autores³⁸, el tema clave en el derecho interregional es la visión preferente que tiene el sistema sucesorio del Código civil, que mina la voluntad del causante cercenando su autonomía dispositiva “mortis causa”.

IV. El complejo respeto a la voluntad del causante cuando modifica su vecindad civil: indefectible preeminencia del Derecho común

16. El cambio de vecindad civil, habiéndose otorgado testamento no derogado al momento del fallecimiento del causante, plantea el correspondiente conflicto móvil. En tal caso podría pensarse que las excepciones a la regla general del art. 9.8 del CC dan una solución satisfactoria y acorde a la inspiración del Convenio de la Haya de 1961 sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de disposición testamentaria³⁹. El desiderátum del “favor testamenti”, que auspicia, se plasma en el citado art. 9.8 del CC cuando establece que “las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”. El acercamiento en la práctica de lo que supone su aplicación al testamento otorgado por el causante bajo una vecindad civil perdida lleva a cuestionar y reflexionar sobre el alcance y la bondad de la norma, así como el carácter neutro que resulta exigible en su aplicación al sistema plurilegislativo civil interno español. No es ésta una cuestión sobre la que no se haya advertido⁴⁰, pero sí de necesaria revisión para ofrecer una respuesta a los dictados de los tiempos actuales. El abismo entre la concepción inmovilista de la “libertad dispositiva mortis causa” del Código civil y los regímenes jurídicos sucesorios de los derechos civiles propios, todos ellos actualizados, generan la inevitable reflexión sobre los efectos materiales del sistema.

17. A esos efectos las disposiciones testamentarias que suscitan mayor problema, incluso tratándose de un testamento unipersonal, son las que tienen por objeto los derechos de los “legitimarios”. De este sistema ha hecho clave de bóveda el régimen conflictual interregional del art. 9.8 del CC al establecer, como límite infranqueable, el respeto a las legítimas de la última vecindad civil del causante. Blinda el conflicto móvil favoreciendo el régimen legitimario de mayor rigor que se aproxima o coincide con el que acoge el Código civil. Un repaso rápido por la normativa sustantiva civil ofrece una visión elocuente de lo que ello supone en la práctica, incluso cuando la normativa civil de origen observe un régimen de legítima material.

³⁷ En la SAP de Álava, de 28 junio de 2021, n.º 529/2021 (JUR 2021\323329) se cuestiona la prueba presentada que acreditaba el cumplimiento formal de la adquisición de la vecindad civil ayalesa del testador y pretendida residencia en Amurrio. Se considera que ésta no era efectiva por la falta de consumo de luz y agua del domicilio, movimientos de cuentas bancarias y la propia declaración de la demandada.

³⁸ ARECHEDERRA ARANZADI, L., “Los sistemas legitimarios ante el derecho interregional”, *Revista de Derecho Privado*, 1976, pp. 503 a 515; DURÁN RIVACOBIA, R., “Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley en los conflictos interregionales”, *Poder Judicial*, n.º 35, 1994, pp. 67 a 106; ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el derecho internacional privado e interregional*, Thomson Reuters Aranzadi, 1993, p. 163; FONT SEGURA, A., “La sucesión hereditaria en Derecho interregional”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, 2000, pp. 46 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho Interregional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 58 y ss.

³⁹ CALVO CARAVACA, A., “Artículo 9.8”, *Comentarios*, cit., pp. 387 y ss.

⁴⁰ FONT SEGURA, A., Ob. cit., pp. 46 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho Interregional*, cit., pp. 58 y ss.

18. Así, el carente reconocimiento de la legítima a los ascendientes en Galicia⁴¹, Aragón, País Vasco y Navarra, limitadamente asignada a los padres en las Islas Baleares – art. 41.2 CDCIB- y los progenitores en Cataluña -art. 451.4 CCCa-, supondrá que el testamento que se realice conforme a los primeros derechos civiles, instituyendo como heredero universal al cónyuge o pareja estable, lo cual puede parecer razonable no teniendo hijos o descendientes, implicará la reducción en una cuarta parte de la institución, si adquiere el testador alguna de estas últimas vecindades civiles -art. 451.4 y 5 CCCa; art. 43 CDCIB-; y, tratándose de la común, alcanzará a una tercera parte de la atribución realizada al cónyuge o la mitad si fuera el destinatario el supérstite de la pareja estable, dado el carente reconocimiento de este último a efectos sucesorios “mortis causa” en el Código civil -art. 809 CC-.

19. Mayor postergación de la efectiva voluntad testamentaria puede suscitarse en el conflicto móvil por el cambio de vecindad civil en el caso de que se hallen implicados hijos y descendientes, dada la disparidad de fórmulas y cuantías de la legítima en los ordenamientos civiles que conviven en España. De carácter colectivo, lo que permite atribuirla íntegramente a un hijo o descendiente, es la legítima prevista del tercio del caudal hereditario en el País Vasco⁴² -art. 49 LDCPV-, y mitad de ese haber en el caso de Aragón -art. 486 CDFa-. Con reparto igualitario de la cuarta parte del “valor” se dispone en Galicia -art. 239.1- y Cataluña – art. 453.1 y 5 CCCa-. De cuantía variable se prevé en las Islas Baleares: una tercera parte si concurren cuatro o menos descendientes⁴³, y la mitad si se excediere de ese número -art. 42 CDCIB-. Carente de contenido material es la legítima foral navarra -ley 267 FN- y, por apartamiento sin restricciones, se reconoce a quien ostenta la vecindad civil del Valle Ayala prevista en la legislación civil del País Vasco -arts. 88, 89 y 90 LDCPV-.

Todo ello contrasta con el régimen dispuesto para la vecindad civil común que, salvo para el legitimario descendiente en situación discapacidad, impone una legítima de dos tercios del haber hereditario, con posibilidad de desigualar en el tercio de mejora si hubiera más de un descendiente (art. 808 CC).

20. La aplicación del art. 9.8 CC, en caso de que el testador fallezca con vecindad civil de mayor exigencia en cuanto a las legítimas -caso de la “común” respecto del resto, singularmente, la navarra⁴⁴, aragonesa⁴⁵ o catalana⁴⁶, puede suponer jurídicamente arrumbar total o parcialmente la prístina voluntad testamentaria, no derogada ni modificada al momento de fallecer el “de cuius”. Resulta palpable la asimétrica situación en la que se encuentran situados los distintos sistemas sucesorios y la preeminencia otorgada al régimen del Código civil. La mayor libertad dispositiva que se ofrece al testador en los primeros permite que resulte incuestionable la operatividad del régimen legitimario más riguroso en el que se haga una atribución cuantificada, sin cuestionamiento ni indagación sobre si esa hubiera sido la voluntad testamentaria, haciendo “de facto” que el cambio de vecindad civil, en sentido inverso, no altere

⁴¹ Cf. SAP de Ourense (Sección 1^a), 8 enero de 2014, n.º 1/2024 (JUR 2024\855749), en cuanto a la dispuesta respecto a su acomodo a la legislación catalana.

⁴² Cf. SAP de Vizcaya (Sección 3^a) de 20 mayo 2022, n.º 239/2022 (JUR 2022\312258), que valora la eficacia de la disposición testamentaria derivada de la entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil Vasco, que permite la atribución íntegra de la legítima a uno de los legitimarios, con apartamiento expreso “o tácito” del resto; siendo esto lo que ocurrió en el caso al decidir la testadora la institución como único heredero en su testamento a su otro hijo y desheredar al demandante, entendiéndose que ello supuso «una manifiesta voluntad de “apartarle” íntegramente de su herencia, aún de forma tácita, pues no se dice así en el testamento pero es la consecuencia que se deriva de su contenido, sin que, en el momento de fallecimiento, tuviese restringida su libertad para hacerlo, ni derecho su hijo a reclamar una parte de la herencia de su madre, en concepto de legítima (“estricta”)».

⁴³ Respecto a la adquisición de la vecindad civil mallorquina por residencia, proveniente de la común, habiendo testado conforme a la adquirida, Cf. SAP de Islas Baleares (Sección 3^a) de 4 octubre 1997, n.º 661/1997 (AC\1997\21629).

⁴⁴ Esta era la pretensión planteada en la STS, de 21 abril de 2014, n.º 717/2014, (RJ2015\1913) por la sobrina, adoptada como hija por la testadora, que sostenía la vecindad común de la causante. Esta se excluyó atendiendo a la prueba práctica de que la testadora ostentaba la vecindad civil navarra, lo que determinó la eficacia de la institución a la hija adoptiva de la “legítima navarra”, prevista de forma coligada a la “cautela socini” para el caso de impugnación por los herederos instituidos -la hija adoptiva y los seis hermanos de ésta, sobrinos de la causante-, de aquella última voluntad.

⁴⁵ Cf. SAP de Zaragoza (Sección 5^a), de 28 mayo de 2012, n.º 330/2012 (AC\2012\1048), en cuanto a la aplicación del derecho común.

⁴⁶ Cf. SAP de Alicante (Sección 6^a), de 7 diciembre de 2022, n.º 315/2022 (JUR 2023\211251), respecto al testamento en el que la testadora, nacida en Cataluña, declaró que ostentaba la vecindad civil catalana, aunque falleció en Alicante.

la voluntad testamentaria⁴⁷. Aunque tampoco se puede desconocer que, si la disposición testamentaria originaria es genérica asignando “lo que por legítima corresponda”, el testamento otorgado, por ejemplo, en consideración al régimen del Código civil, se cumplirá integrándose con las prescripciones que resulten del sistema sucesorio aplicable a la última vecindad civil del causante y, siendo ésta, por ejemplo, la aplicable tras la Ley 5/15 del País Vasco, se adaptará al carácter y cuantía de la legítima vigente en ese momento -en tal sentido SAP de Guipúzcoa (Sección 2^a), de 13 mayo de 2019, n.º 384/2019, (AC 2019\1160), que entendió que era la de un tercio-

21. El régimen resultante puede tornarse aún más paradójico cuando afecta a la declaración de voluntad del testador que quiere beneficiar al cónyuge viudo o pareja supérstite, o simplemente respetar lo que se atribuye a éstos legalmente.

Prevé el inciso último del art. 9.8 del CC que “los derechos al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”, generalizando la regla del art. 16.2, párr. 1º del CC para el derecho de viudedad aragonés⁴⁸. Más allá de la discusión doctrinal sobre esa norma conflictual⁴⁹, en relación a si ha de aplicarse sólo a las atribuciones legales de carácter familiar o se extiende también a las sucesorias, cuestión indefectiblemente ligada al aspecto sustantivo de la naturaleza jurídica de los derechos en su dimensión interna⁵⁰, en todo caso resulta insoslayable que los derechos civiles interregionales han de respetar aquellas legítimas⁵¹. Con ello, como certeramente indicó ZABALO ESCUDERO, se quiso “salvar la legítima del Código de los amplios usufructos atribuidos al cónyuge en los distintos derechos forales”, haciéndose “patente, aunque solapadamente, el predominio de que nuestro legislador dota al Código civil en los conflictos interregionales”⁵².

A ese respecto cabe recordar la situación normativa vigente en el ámbito interregional. En Galicia, País Vasco y Cataluña, además de la legítima atribuida al cónyuge viudo y miembro supérstite de la pareja estable -arts. 253 y 254 LDCG y ley 52 LDCPV- o la cuarta viudal -art 452.1 CCCa-, al testador le permiten que pueda otorgar voluntariamente el usufructo universal de la herencia al cónyuge o conviviente sobreviviente -arts. 228 LDCG, 57 LDCPV y 442-4 CCCa-. En las Islas Baleares se considera al cónyuge viudo, y por extensión del art. 13 de la LPEIB al supérstite de la pareja estable, como legitimario -art. 41 CDCIB-, su legítima viudal se extiende al usufructo de la mitad del haber hereditario cuando concurre con descendientes, al usufructo de los dos tercios si coincide con los padres, o al universal, en otro supuesto. En Aragón se reconoce el usufructo universal “ex lege”, como un derecho expectante de viudedad ligado al régimen económico matrimonial -art. 283 CDFA-, como refleja el art. 16.2 del CC; y en Navarra el usufructo viudal universal, que se atribuye “ex lege” al cónyuge viudo -ley 253 FNN-, es límite de la libertad dispositiva del causante y cabe extenderlo voluntariamente al miembro sobreviviente de la pareja estable constituida conforme al FN -ley 113 FNN-.

22. Las restricciones que implican el art. 9.8 del CC, para esas disposiciones legales o voluntarias del usufructo universal, no se comprenden si alzamos la mirada a la práctica jurídica sucesoria del Código civil. Una de las previsiones habituales en el testamento sujeto a estas reglas es la atribución

⁴⁷ Cf. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho Interregional*, cit., p. 59; FONT SEGURA, A., Ob. cit., pp. 49 y ss.

⁴⁸ Sobre la falta de sentido de esta norma, tras la modificación del art. 9.8 del CC por Ley 11/1990, de 15 de octubre, Cf. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Artículo 16.2”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T.I, vol. II, EDERSA, 1995, pp. 1284 y ss.

⁴⁹ Para un resumen de las posturas Cf. IRIARTE ÁNGEL, F.B., *La necesaria actualización del sistema de resolución de los conflictos internos de leyes*, Dykinson-Academia Vasca de Derecho, 2023, pp. 111 y ss.

⁵⁰ Como se ha puesto de relieve por BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1991, p. 34 y ZABALO ESCUDERO, M.E., “Artículo 16.1”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. II, EDERSA, 1995, p. 1275, aunque se tenga que subsumir instituciones pertenecientes a las legislaciones autonómicas en las categorías jurídicas de las normas de conflicto emanadas del legislador estatal, y ésta sea competencia exclusiva del Estado, conforme al art. 149.1.8 CE, la operación de calificación ha de partir de la naturaleza que tiene en el ordenamiento al que pertenece, esto es, la denominada *lex civilis litis*.

⁵¹ STS de 28 de abril de 2014, n.º 614/2014 (RJ 2014\2795).

⁵² ZABALO ESCUDERO, M.E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en derecho internacional privado en interregional*, Thomson Reuters Aranzadi, 1993, p. 183.

del usufructo universal al cónyuge o pareja superviviente, a fin de que goce de una posición semejante a la descrita en los ordenamientos civiles sucesorios autonómicos -forales o especiales-. Cuando se tiene confianza en que los hijos y descendientes cumplirán la voluntad del causante se prevé directamente esa institución del “usufructo universal”. En caso de que se dude, o se anticipe el conflicto, se suele introducir el mecanismo de obediencia oblicua de la “cautela socini” o “galdense” -por todas, STS de 10 de junio de 2013 (RJ 2015\6242)-, y/o la ingeniería que implica la asignación de la facultad de mejorar del art. 831 del CC, facilitando al superviviente el control como administrador y gestor del haber hereditario⁵³. Cabe preguntarse, “teniendo en cuenta que las normas han de aplicarse, conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” -art. 3.1 CC-, hasta qué punto en un conflicto móvil, con testamento que atribuye ese usufructo universal al cónyuge viudo y existen legitimarios, cabe aplicar acríticamente las previsiones del art. 808 del CC, cuando el difunto no ha modificado su última voluntad testamentaria y, los avatares del destino, le han conminado a la “vecindad civil común”.

VI. A modo de conclusión

23. La problemática reflejada es una pequeña parte de las múltiples cuestiones que, en el ámbito sucesorio “mortis causa”, suscita el actual sistema conflictual interregional.

Evidencia la necesidad de revisión que se ha venido demandado, desde el siglo pasado, tanto del régimen de la vecindad civil, en su función de punto de conexión, como de la necesaria fijación de un estatuto conflictual “ad hoc” para la resolución de los conflictos internos de nuestro sistema plurilegislativo español, conforme a los principios de neutralidad y paridad de trato.

En el ámbito testamentario la reflexión debiera partir, como se ha señalado por civilistas e internacionalistas⁵⁴, del carácter completo y perfecto que presenta este negocio jurídico de eficacia diferida, así como del respeto a la voluntad testamentaria que es la ley de la sucesión. Como criterio de conexión habría que partir de la naturaleza sustantiva de la disposición “mortis causa”, si se mantiene la vecindad civil como punto de conexión, y su operatividad bajo la ley de la vecindad civil que se otorgó cuando el testamento no se modificó.

En todo caso, en la línea marcada por las normas internacionales, considero que no debiera verse con resquemor que se confiera al disponente libertad de elección de los puntos de conexión. A fin de cuentas los conflictos interregionales implican la aplicación de alguno de los ordenamientos sucesorios españoles, conocidos y acotados, que rigen en España y se encuentran sometidos a la Constitución.

⁵³ Cf. STS de 24 de mayo de 2019, n.º 293/2019 (RJ 2019\2113).

⁵⁴ ARECHEDERRA ARANZADI, L., “Los sistemas legitimarios ante el derecho interregional”, *cit.*, pp. 503-515; FONT SEGURA, A., *Ob. cit.*, p. 50.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la tutela de la administración y la separación de los menores de sus padres biológicos en casos de abandono y/o maltrato

The recent case-law of the European Court of Human Rights on the guardianship of the administration and the separation of minors from their biological parents in cases of abandonment and/or abuse

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO

Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo, Consejo de Europa)
Catedrática de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza^o

Recibido: 05.04.2024 / Aceptado: 24.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8933

Resumen: El artículo analiza 21 casos decididos el 12 de septiembre de 2023 por el TEDH. En 12 de las demandas relativas a decisiones de las autoridades noruegas en relación con la tutela de menores, los jueces de Estrasburgo fallaron por unanimidad que eran inadmisibles porque la interferencia en el derecho de los padres estaba debidamente motivada por las autoridades y los tribunales internos a causa del abandono y/o malos tratos. Las cuestiones controvertidas incluían además los derechos de visita, las órdenes de acogida y la adopción. En general, no había habido deficiencias en el proceso de toma de decisiones. Se desestimaron las solicitudes por considerarlas manifiestamente infundadas, considerando que los hechos no tenían ningún parecido con otros casos contra Noruega en los que se habían encontrado violaciones. Como contraste en 9 de las demandas, el Tribunal decidió que sí que se había dado una violación del Artículo 8 del Convenio, derecho al respeto de su vida privada y familiar. Concluyó que los hechos no diferían de casos anteriores en los que había habido una violación del Convenio Europeo.

Palabras clave: Jurisprudencia del TEDH contra Noruega, Artículo 8 del Convenio, Menores en acogimiento, derechos de visita, maltrato y/o abandono de niños.

Abstract: The article analyzes 21 cases decided on September 12, 2023 by the ECtHR. In 12 of the applications concerning decisions of the Norwegian authorities in relation to the guardianship of minors, the judges in Strasbourg unanimously ruled that they were inadmissible because the interference with the right of parents was duly motivated by the domestic authorities and courts due to abandonment or bad treatments. Controversial issues also included access rights, care orders and adoption. Overall, there had been no deficiencies in the decision-making process. The requests were dismissed as manifestly unfounded, considering that the facts bore no resemblance to other cases against Norway in which violations had been found. In contrast, in 9 of the applications, the Court decided that there had been a violation of Article 8 of the Convention, the right to respect for private and family life. He

concluded that the facts did not differ from previous cases in which there had been a violation of the European Convention.

Keywords: ICASE-law of the ECtHR against Norway, Article 8 of the Convention, Minors in care situation, rights of visits, misuse and/or abandonment of children

Sumario: I. Introducción. II. Los 21 casos fallados por el Tribunal Europeo contra Noruega en 2023 en relación con la declaración de abandono de menores y colocados bajo la tutela del estado en casos de abandono y/o maltrato. III. Los 12 casos en los que el TEDH ha considerado justificada la tutela de los menores por el Estado noruego. 1. El primer caso *A.G. contra Noruega* (nº. 12825/20). 2. El segundo caso *A.H. contra Noruega* (nº. 39771/19). 3. El tercer caso *A.N. contra Noruega* (nº. 12825/20). 4. El cuarto caso, *F.K. v. Norway* (nº. 51860). 5. El quinto caso, *H.L. v. Norway* (nº. 59747/19). 6. El sexto caso, *I.M. v. Norway* (nº. 16998/20); 7. El séptimo caso, *J.B. and E.M. v. Norway* (nº. 277/20); 8. El octavo caso, *M.A. and Others v. Norway* (nº. 41172/20). 9. El noveno caso, *R.A. v. Norway* (nº. 44598/19). 10. El décimo caso, *R.I. c. Noruega* (nº. 7692/20). 11. El onceavo caso, *R.K. y otros c. Noruega* (nº. 45413/20). 12. El doceavo caso, *T.H. contra Noruega* (nº. 42796/20). IV. Las 9 demandas en las que se ha dictado una violación del artículo 8 contra Noruega. 1. *DR. v. Norway* (nº. 63307/17) y *D.J. y P.J. v. Norway* (nº 38105/19). 2. *K.F. y A.F. v. Norway* (nº 39769/17 y otras 5 solicitudes) *S.S. y J.H. v. Norway* (nº. 15784/19). V. Conclusión.

I. Introducción

1. Es un honor para mí participar en este *Liber Amicorum* en honor del Catedrático de Derecho Internacional Privado Alfonso-Luis Calvo Caravaca con ocasión de su jubilación en la Universidad Carlos III a sus 70 años.

Este número monográfico de la Revista sigue la estela de la costumbre alemana de realizar un libro homenaje en el *Jubileum* de los profesores a los 70 años. Es un mayor honor en mi caso, cuando provengo de otra área del derecho distinta a la del derecho internacional privado. Debe ser dicho que he sido una lectora acérrima de sus investigaciones relacionadas con el multiculturalismo, junto con el profesor Javier Carrascosa González, en una materia que aunque luego pasó a ponerse de moda, era en los años 80 y 90 novedosa en el ámbito académico español, especialmente en las facultades de derecho. También nos ha unido su formación en el ámbito germano, en su caso con frecuentes estancias en el Instituto Max-Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado de Hamburgo.

En este ámbito de coincidencias observo que recibí un premio de Estudios Jurídicos García de Enterría de la Asociación española para el Estudio de Derecho Europeo (AEDEur) en el que el jurado estuvo compuesto entre otros por Siofra O’Leary, actual presidenta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Por otro lado, es un hecho el prestigio que ha ido adquiriendo la revista *Cuadernos de Derecho Transnacional*. *CDT*, publicada por el área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, consiguió el “Sello Fecyt”, sello de calidad concedido por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Tecnología que se obtuvo tras la superación de dos fases de evaluación¹, renovado hasta la actualidad². Además fue aceptada para la inclusión de su contenido en SCOPUS (5 julio 2020).

La temática afrontada en sus estudios de investigación es propia del ámbito de derecho internacional privado. Entre ella querría destacar por la relación que tiene con el tema elegido para este artículo

¹ Resolución definitiva de 12 julio 2019, BOE no 176 de 24 julio 2019, p. 41841.

² *Cuadernos de Derecho Transnacional* superó con éxito el proceso de renovación del Sello de Calidad FECYT (FECYT 2020) concedido por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (<https://calida-drevistas.fecyt.es/>) (13 julio 2020).

las cuestiones relacionadas con la globalización y la adopción internacional³, el Convenio de la Haya en relación con la sustracción de menores⁴, así como en el espacio de la Unión Europea⁵.

Una de sus preocupaciones ha sido la tutela y protección de menores especialmente en las crisis matrimoniales, en situación de separaciones, divorcios⁶ o cuando por distintas razones los menores están desamparados⁷. En esos casos puede ser aplicable tanto el derecho civil, como el derecho penal dependiendo de las situaciones, si por ejemplo hay malos tratos de los menores o de uno de los cónyuges. Todas estos supuestos se agravan por su complicación jurídica y social cuando los padres, uno o los dos, son extranjeros. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo relacionada con Noruega que vamos a exponer a continuación se dan simultáneamente varios de estos elementos.

II. Los 21 casos fallados por el Tribunal Europeo contra Noruega en 2023 en relación con la declaración de abandono de menores y colocados bajo la tutela del estado en casos de abandono y/o maltrato

3. Para poner este artículo en su contexto, debe ser situado en relación con el anteriormente publicado en esta misma Revista sobre la jurisprudencia del TEDH en los casos noruegos y dos casos españoles sobre el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos⁸. En ese estudio se enfatizaban condenas recientes contra Noruega y España por un exceso de celo de la administración que sin razones proporcionadas había acabado dando los niños en adopción a terceras familias sin el consentimiento de los padres biológicos. En diálogo con entidades que trabajan

³ “Globalización y adopción internacional”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES (Eds.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 23-71. “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 7a ed., Granada, Editorial Comares, 2006, pp. 141-175 (8a ed., 2007, pp. 181-218; 9a ed., 2008, pp. 227-284; 10a ed., 2009, pp. 217-273; 11a ed., 2010, pp. 213-268; 12a ed., 2011, pp. 295-351; 13a ed., 2012, pp. 307-365; 14a ed., 2013, pp. 323-385; 15a ed., 2014, pp. 333-396; 16a ed., 2016, pp. 409-479; 17a ed., 2017, pp. 459-532; 18a ed., 2018, pp. 357-426) (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). “Adopción internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 357-387 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 2a ed., 2020, pp. 319-345 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 3a ed., 2021, pp. 547-572 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M.J. SÁNCHEZ CANO); 4a ed., 2022, pp. 473-494 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

⁴ “El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la Haya el 29 mayo 1993: una aproximación heterodoxa”, *Estudios de Deusto*, vol. 57/2, Julio-Diciembre 2009, pp. 77-92 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). “International child abduction”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 173-184 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/I. LORENTE MARTÍNEZ).

⁵ “Prólogo” a C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Editorial Colex, 2010, pp. 13-15.

⁶ “Crisis matrimoniales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 311-334 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2a ed., 2020, pp. 271-295 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3a ed., 2021, pp. 503-524 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4a ed., 2022, pp. 433-452 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). También “Divorce, legal separation and nullity of marriage”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 133-152 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). “Parental responsibility”, en A.-L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (EDS.), *European Private International Law*, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 153-172 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

⁷ “Capítulo 44. Tutela y protección de menores en el Derecho internacional privado (epígrafes I al XV)”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VI (*Las relaciones paternofiliales [III]. La protección penal de la familia*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 505-606 y 651-654 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); como “Capítulo 46. Tutela y protección de menores en el Derecho internacional privado (epígrafes I a XIV y Dossier especial [protección de menores y crisis matrimoniales en Derecho internacional privado])”, 2a ed., 2017, pp. 661-770 y 821-837 (*Idem*). “Protección de menores”, en A. L. CALVO CARAVACA/JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Murcia, Rapid Centro Color, 2019, pp. 389-415 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 2a ed., 2020, pp. 347-373 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 3a ed., 2021, pp. 573-602 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); 4a ed., 2022, pp. 495-521 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

⁸ ELÓSEGUI, M. “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: los casos noruegos y dos casos españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Septiembre 2022, Vol. 14, Nº 2, pp. 375-406.

en colaboración de la administración en situaciones de acogimiento familiar y de adopciones, prometí que escribiría un próximo artículo sobre jurisprudencia del TEDH relacionada con Noruega en la que se han dado situaciones de malos tratos y/o abandono de los menores en las que Estrasburgo ha ratificado las decisiones tomadas por las autoridades de ese país, cuando los menores han sido separados de sus padres biológicos, con suspensión de la custodia y/o de la patria potestad y colocados bajo tutela de la administración, bien en instituciones públicas, bien en familias de acogida o adoptivas⁹.

Cuando escribí ese artículo estaban pendientes de decidir en el TEDH 21 casos contra Noruega cuyos demandantes eran padres biológicos a los que se les había retirado la custodia y/o la patria potestad. En un principio, pensé que quizá en estos casos se diera un acuerdo unilateral del Estado Noruego o un acuerdo amigable entre las partes, conforme a la fase amistosa introducida recientemente en el Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, todos ellos han sido decididos judicialmente porque ninguna de las partes ha aceptado un acuerdo amistoso. Como consecuencia tras la fase contenciosa entre las partes y una vez presentadas sus respectivas alegaciones los 21 casos han sido decididos por un Comité de tres jueces el 12 de septiembre de 2023¹⁰. Estos comités tramitan los casos ante el Tribunal de dos maneras. Se pronuncian sobre la inadmisibilidad de un caso en decisiones, y sobre la admisibilidad y el fondo en sentencias que están cubiertas por una “jurisprudencia bien establecida” del Tribunal, es decir, casos que tienen hechos similares a los casos ya juzgados y por tanto existe jurisprudencia consolidada. Las decisiones o sentencias de Comité son definitivas, es decir las partes no pueden recurrirlas y solicitar al panel de 5 jueces que su caso sea llevado a la Gran Sala.

4. En 12 de las demandas relativas a decisiones de las autoridades noruegas sobre la tutela de menores, los jueces de Estrasburgo decidieron por unanimidad que las demandas eran inadmisibles porque la interferencia en el derecho de los padres estaba debidamente motivada por las autoridades y los tribunales internos. Las cuestiones controvertidas incluían además los derechos de visita, las órdenes de acogida y la adopción. En general, no había habido deficiencias en el proceso de toma de decisiones. Por tanto, desestimó las solicitudes por considerarlas manifiestamente infundadas, considerando que los hechos en las 12 solicitudes no tenían ningún parecido con otros casos contra Noruega en los que se habían encontrado violaciones.

Como contraste en 9 de las demandas, el Tribunal decidió que sí que se había dado una violación del Artículo 8 del Convenio, derecho al respeto de su vida privada y familiar. Concluyó que los hechos no diferían de casos anteriores en los que había habido una violación del Convenio Europeo¹¹. En particular, las circunstancias en esos casos no habían sido tan excepcionales como para justificar las decisiones de las autoridades que limitaban los derechos de visita y/o autorizaban la adopción con respecto a los niños puestos bajo tutela pública. Durante la última década, en catorce demandas contra Noruega relativas a decisiones sobre bienestar infantil se consideró que el Estado no había respetado el Artículo 8 del CEDH, mientras que varias fueron declaradas inadmisibles. Estos casos han dado lugar a principios rectores con respecto a las cuestiones planteadas en los casos de niños colocados bajo tutela pública. En particular, los Estados tenían una amplia discreción a la hora de decidir si un niño deber ser colocado bajo su tutela, pero el Tribunal debe llevar a cabo un “escrutinio más estricto” de cualquier medida adicional adoptada, como la de restringir los derechos de contacto con los padres biológicos. Concretamente, si se suprime la tutela parental y se otorga al niño en adopción esto debe estar justificada por “circunstancias excepcionales” y el requisito primordial debe ser el del interés superior del niño.

⁹ Un caso relacionado con España ha sido la decisión del TEDH, *M.P.A. v. Spain*, nº 42590/21, de 23 de marzo de 2023. La demandante se quejó de que la administración y los jueces habían confirmado el abandono de uno de sus hijos de tres meses por desatenderlo y lo habían colocado bajo acogimiento familiar temporal. Este duró un periodo de un año y en cuanto la situación de la madre mejoró el niño fue devuelto a su familia. Además durante ese periodo se cumplió con los derechos de visitas. El TEDH falló que las autoridades españolas habían actuado correctamente conforme a las circunstancias del caso, motivando las decisiones y por tanto declara la demanda inadmisibile por no haberse producido una violación del Art.8 del CEDH.

¹⁰ Querría agradecer al juez noruego Arnfinn Bardsen del TEDH el tenerme al día de la introducción de estos casos en nuestro Tribunal.

¹¹ STEDH, *Strand Lobben and Others v. Norway*, nº 37283/13), STEDH, *K.O VM v. Norway*, nº 64808/16, STEDH, *A.S. v. Norway*, nº 60371/15, STEDH, *M.L. v. Norway*, nº 64639/16, STEDH, *Abdi Ibrahim v. Norway*, nº 15379/16, y *A.L. and Others v. Norway*, STEDH, *E.M. and Others v. Norway*, nºs. 45889/18 y 53471/17.

III. Los 12 casos en los que el TEDH ha considerado justificada la tutela de los menores por el Estado noruego

5. Las solicitudes se refieren a decisiones de las autoridades con respecto a los hijos de los solicitantes, que estaban bajo cuidado público en ese momento, incluido el derecho de visitas, la emisión y el mantenimiento de órdenes de cuidado, el reemplazo del cuidado de crianza por la adopción o la asignación de los niños a familias a través de adopción y bienestar infantil. Se basaron, en particular, en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Las solicitudes se presentaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias fechas entre 2017 y 2020.

El Tribunal concluyó que los hechos de 12 de las demandas habían sido diferentes de los casos contra Noruega en los que se habían encontrado violaciones. En particular, hubo un examen cuidadoso y exhaustivo de cada situación y los demandantes pudieron participar plenamente en el procedimiento. El Tribunal no ha encontrado ningún error manifiesto o arbitrariedad en la evaluación de los hechos realizados por parte de las autoridades. Siguiendo su método habitual, al Tribunal no le corresponde realizar normalmente una reevaluación de los hechos, salvo cuando observa que los tribunales nacionales no han realizado una ponderación razonable de los derechos en conflicto. El Tribunal tampoco consideró que las autoridades hubieran sido en modo alguno responsables de una situación de ruptura familiar que hubiera dado lugar a la constatación de una violación. A diferencia por ejemplo de las situaciones que describimos en el artículo anterior, en las que las instituciones públicas habían actuado incorrectamente al alejar a los niños de sus padres biológicos haciendo imposible que los vínculos pudieran restablecerse.

En general, y como se describe a continuación en cada caso, el Tribunal no encontró ninguna deficiencia en las justificaciones proporcionadas por las autoridades para sus decisiones, que se habían centrado en el interés superior de los niños, y también consideró que el proceso de toma de decisiones en sí era correcto. Por ello concluyó que las demandas eran manifiestamente infundadas y las desestimó por inadmisibles.

6. Para facilitar la lectura añadimos que las instancias noruegas en materias de menores son cuatro, una primera no judicial ejercida por la Junta de bienestar social municipal (the County Social Welfare Board), una segunda ya judicial el tribunal de la Ciudad o municipal (the City Court), la tercera sería el Tribunal Superior (the High Court) y una cuarta y última instancia el Tribunal Supremo (Supreme Court).

1. El primer caso *A.G. contra Noruega* (nº. 12825/20)

7. El primer caso *A.G. contra Noruega* (nº. 12825/20) trata de un ciudadano ruso que se quejó de la negativa a concederle el derecho de visitar a sus cuatro hijos. Los motivos de la decisión habían sido el grave abandono y el contexto de violencia doméstica. En cualquier caso, los propios niños se oponían al contacto con su padre. Por tanto, hechos relevantes en el presente caso, que lo distinguen notablemente de casos noruegos como *Strand Loben* o los casos españoles *Haddad* y *Omorefefe*, son que está probado que el padre maltrataba a la madre y que en tres ocasiones esta tuvo que ser alojada con sus hijos en una casa de violencia contra la mujer. Los niños habían estado viviendo con el padre, uno siete años, otro cuatro años y medio y otro dos años. Dos de los niños habían sido diagnosticados con síndromes traumáticos. Habían experimentado ya una severa falta de cuidado y habían sido testigos de las palizas que su padre proporcionaba a su madre (ver, § 3). Se prohibió al padre todo contacto con los hijos también por teléfono o internet, incluso después de su expulsión a Chechenia (ver, § 2). El ayuntamiento consideró que existía un peligro real y presente de que cualquier contacto del padre con los hijos hubiera supuesto una injerencia en su necesidad de seguridad. A todo ello se une, que el hijo mayor pidió testificar ante los jueces del tribunal municipal y solicitó que se cortara todo contacto con su padre, que recordaba perfectamente las palizas a su madre y los gritos de esta (ver, § 4). Entrando en el análisis del TEDH, un elemento importante que no existe en los casos en que los niños son dados en acogimiento a los meses de nacer y sin que haya habido ningún trato con sus padres, es que en el caso presente los niños habían vivido con su padre y la medida se produce en base a unos hechos de maltrato.

Además los niños pudieron, dada su edad, ser oídos por los jueces, lo que no ocurre en otras situaciones (ver, § 10). Para el Tribunal, los jueces deben dar importancia a los deseos de los niños según su edad y grado de madurez (ver, § 11)¹².

2. El segundo caso *A.H contra Noruega* (nº. 39771/19)

8. El segundo caso *A.H contra Noruega* (nº. 39771/19) trata de la queja de una ciudadana noruega sobre restricciones al derecho de contacto con su hija y a una orden de tutela (ver, § 2). En contraste, el padre biológico estuvo de acuerdo con la medida (ver, § 7). Las autoridades habían considerado que no era capaz de cuidar de su hija y que levantar la orden de acogida le causaría graves daños en vista del apego que había desarrollado hacia sus padres de acogida (ver, § 8). El Tribunal de Estrasburgo comprueba los razonamientos realizados por los tribunales domésticos noruegos. El Tribunal de distrito había llegado a la conclusión de la falta de capacidad de la madre basándose en múltiples pruebas y todas ellas actualizadas (a diferencia de lo que vimos en la sentencia de *Omrefe*). Se basó en un informe de un experto, que estudió en concreto los hechos del caso, recabó información de terceras partes, visitó la casa de acogida, habló directamente con la demandante y con el padre de la niña y observó la interacción entre la niña y los padres biológicos. El tribunal de distrito dedicó dos días a la audiencia del caso y llegó también a la conclusión de que la madre no podía cuidar de la niña (ver, § 7). Aunque el Tribunal de Estrasburgo en su análisis deja apuntado que ha encontrado violación del Artículo 8 en numerosos casos noruegos porque se otorgaba un derecho de visitas muy escaso, y que esto también sucede en el presente caso (ver, § 8), sin embargo la decisión final de los tribunales noruegos de no devolver la guarda a la madre se basa en su falta de habilidades motoras, sociales, lingüísticas y cognitivas para cuidar de la menor, a lo que se añade el apego que la menor ya tenía con la familia de acogida, pero sin ser este último el argumento principal. Por tanto, el TEDH examina sólo este punto sobre esta decisión y no se pronuncia sobre la escasez de derechos de visitas porque no ha sido el objeto del presente recurso (ver, § 9). Concluye que los tribunales nacionales han realizado un correcto asesoramiento de los hechos, basado en relevantes y suficientes razones, de manera que la interferencia en el derecho de la demandante ha sido proporcionada y ha perseguido un fin legítimo en interés de la menor (ver, § 10).

3. El tercer caso *A.N. contra Noruega* (nº. 12825/20)

9. El tercer caso *A.N. contra Noruega* (nº. 12825/20) trata de la queja de una ciudadana noruega sobre restricciones al derecho de contacto con sus cuatro hijos (ver, § 1). Las autoridades habían considerado que era necesario limitar el contacto con la madre debido a preocupaciones sobre su salud mental y se les había colocado en acogimiento con carácter de emergencia (ver, § 2). Se le concede derecho de visitas de cuatro veces al año por cada hijo por la junta de bienestar social del condado, que es aumentado por el juzgado municipal a doce veces en el caso de tres de ellos, aunque esto último es denegado por el Tribunal Supremo ante un recurso de los servicios sociales (ver, §§ 3-4). Los tribunales no descartaron que pudiera recuperar el cuidado de los niños si las circunstancias cambiaran. El TEDH va a examinar el proceso en su integridad y las razones dadas por los tribunales internos en no aumentar el tiempo del derecho de visita. El Tribunal de Estrasburgo observa que las razones dadas para colocar a los niños en acogimiento fueron la situación de falta de cuidado por parte de la madre, su aislamiento, la existencia de conflicto y de falta de estructura. Inicialmente, la junta de bienestar social del condado consideró que todavía era posible una reunificación de los tres niños con la madre si esta mejoraba su salud mental en base a un tratamiento médico (ver, § 12).

10. En este caso, se observa un buen hacer por parte de las distintas instancias porque no se limitan a considerar que la situación no podía evolucionar y a reiterar un primer informe, sino que atienden

¹² Ver, STEDH, *K.B. and Others v. Croatia*, nº. 36216/13, § 143, 14 de marzo de 2017.

constantemente a la situación de la madre con nuevas evaluaciones (al contrario de lo que vimos en el caso *Haddad c. España*). Por eso el juzgado municipal decide aumentar el número y la duración de las visitas (ver, § 4). Pero después de ello, la salud de la demandante empeoró y el Tribunal Supremo tuvo en cuenta nuevos hechos. A saber, que la demandante había sido hospitalizado y diagnosticada con una psicosis paranoica y se había trasladado a Suecia donde planeaba vivir. Además la reacción de la demandante al no aumentarle el derecho de visita fue no acudir a las visitas después de una determinada fecha. La situación se fue deteriorando y la demandante no era capaz de entender cómo sus reacciones y arrebatos durante las visitas afectaban negativamente a sus hijos. Estos aumentaron sus reacciones adversas después de cada visita, con problemas para el sueño, para la comida y síntomas de malestar. Además los dos niños mayores fueron oídos por los jueces en relación con sus deseos sobre las visitas. Y se deja la cuestión abierta para un futuro si las circunstancias cambiaran (ver, § 12).

El Tribunal de Estrasburgo considera que las autoridades domésticas han actuado en este caso correctamente por múltiples razones. Especialmente que se ha intentado por todos los medios preservar hasta donde era posible los contactos de los niños con su madre biológica, intentado que el contacto aumentara. La decisión del Tribunal Supremo estuvo basada en los hechos concretos y las circunstancias específicas, teniendo en cuenta cómo se desarrollaban las vistas con la madre y la evolución negativa de los problemas mentales de la madre. El acogimiento en vista de las circunstancias se consideró que iba a ser a largo plazo, pero el tribunal Supremo dejó abierta la posibilidad de que si las circunstancias cambiaran y la madre pudiera volver a recuperar la guarda de los hijos. Para el TEDH esta actitud está en mayor conformidad con los principios sentados en su jurisprudencia, según los cuales los padres biológicos deben tener la posibilidad de que su petición de derecho de visita sea vuelto a examinar cuando ha pasado un cierto tiempo o cuando exista información sobre cambios significativos en la situación relevantes para el derecho de visitas o de contactar con sus hijos (ver, § 14)¹³.

4. El cuarto caso, *FK v. Norway* (nº. 51860)

11. El cuarto caso, *FK v. Norway* (nº. 51860), se refiere a un padre de nacionalidad turca y su queja por la prohibición impuesta por las autoridades de comunicarse electrónicamente con su hija que estaban en una familia de acogida (ver, § 2). Las razones para la prohibición se basaban en la actitud hostil y amenazadora con la menor durante las llamadas de Skype (ver, § 6). Las sesiones de contacto presenciales habían sido posibles cuando la prohibición que tenía el demandante de entrada en Noruega había sido levantada. El demandante estaba casado con una ciudadana noruega. En el año 2013 se dictó una orden de expulsión a Turquía con prohibición de entrar durante cinco años (en la decisión no se detalla las razones de esta orden). Al año siguiente su pareja y él tienen una niña en Turquía y la madre vuelve a Noruega con la niña y la menor es colocada en acogimiento. Al demandante se le otorga un derecho de visitas de cuatro veces al año, y en un primer momento se le permiten contactos por Skype. Pero tres años más tarde en 2017, la junta del condado le reduce los contactos a dos veces por año y le prohíbe los contactos por teléfono o por internet (ver, § 7). En realidad, un año más tarde ya se le permite venir a Noruega y se le aumentan los derechos de visita a seis veces por año, pero presenciales. El demandante se le otorga visa de turista para poder venir a visitar a su hija. Poco después solicita el derecho de reunificación familiar para volver a Noruega y se le concede un derecho temporal de residencia en Noruega desde 2020 y donde se traslada en 2021. A día de hoy, la menor sigue en acogimiento familiar.

12. En esta decisión el Tribunal recuerda la importancia del equilibrio entre proteger la salud y el desarrollo de un menor con el interés de la reunificación familiar y del derecho a la vida familiar de los padres (ver, § 14). En este caso además se tiene en cuenta si las autoridades domésticas han dado suficientes y relevantes razones para rechazar el derecho del demandante a contactar con su hija a través de medios electrónicos a la luz de su estatus de inmigrante, que puede hacer que este tipo de contacto

¹³ *Mutatis mutandis*, STEDH, *E.M. and Other v. Norway*, nº. 53471/17, § 59, 20 de enero de 2022.

sea relevante (ver, § 14). Los hechos concretos del caso son a mi parecer relevantes ya que plantean una situación que no había sido analizada hasta ahora por el Tribunal por el hecho de que el demandante estuviera fuera del país (con prohibición de entrada durante un periodo) y también porque los derechos de contacto con los menores a través de los medios electrónicos es un tema frecuente en la actualidad en casos de separaciones y divorcios. Si se prescinde del contexto, podría parecer inicialmente que la actitud de los tribunales habían sido muy estrictas. Sin embargo, el TEDH va a considerar que las razones dadas por los tribunales noruegos para esa prohibición fueron suficientes y relevantes en las circunstancias del caso. En resumen, esos contactos no eran en el mejor interés de la menor que no se sentía segura por su escasa edad, y no habían contribuido a la mejora de la reunificación familiar y que incluso se había probado que habían tenido una influencia negativa en la relación con su hija, mientras que en contraste las visitas presenciales habían mejorado esa relación (ver, §§ 15-17).

Como hemos indicado inicialmente el demandante había tenido contacto con su hija vía Skype, pero la niña había tenido reacciones muy negativas porque el padre había mostrado una actitud agresiva con los servicios sociales y con los padres de acogida, amenazándoles en varias ocasiones. Todo ello aumentó los miedos de la menor que no quería ver a su padre. En contraste con ello, en 2018 cuando el padre ya pudo volver a realizar las visitas en persona las relaciones mejoraron y la menor empezó a tener interés en conocer sus orígenes turcos y el Tribunal Supremo aumentó la frecuencia de las sesiones de visita. Pero el contacto via internet incluso ya en esa época seguía siendo contraproducente porque en ocasiones el padre le había dicho que le iba a ir a buscar y eso le había causado a la pequeña malestar, inseguridad y miedo. Dado que para entonces la niña tenía sólo cuatro años, y que el padre ya tenía permiso de residencia en Noruega y se le habían aumentado las visitas, el posible factor anterior de desventaja inicial por estar en Turquía había desaparecido, nada de ello se podía entender como un factor de desventaja por el hecho de ser inmigrante (ver, § 18).

5. El quinto caso, *H.L. v. Norway* (nº. 59747/19)

13. El quinto caso, *H.L. v. Norway* (nº. 59747/19), concierne a una ciudadana con nacionalidad portuguesa en relación con su demanda de no levantar una medida de cuidado sobre su hija. Se quejan también de que su hijo no había sido suficientemente oída en los tribunales domésticos. La niña había sido originalmente colocada bajo cuidado del Estado en forma de urgencia a causa de las palizas propinadas por su madre y por su padre (ver, § 1). Las autoridades se negaron a levantar la orden, aunque los padres sostuvieron que la niña había mentido sobre la violencia y no habían querido volver a las sesiones de contacto porque estas eran supervisadas. La duración total del procedimiento relativo a la orden de acogida no fue excesiva dada la complejidad del caso. El Tribunal de la Ciudad encontró probado que la menor había sido pegada por su padre con un cinturón y que la madre también le había pegado con un palo en las manos y le había dado una bofetada en la cara. Estamos ante un caso claro de maltrato infantil. Aunque la menor al ser preguntada por el Tribunal Supremo sobre dónde quería vivir respondió que preferiría vivir con sus padres, el Tribunal mantuvo la orden de acogimiento.

14. El Tribunal de Estrasburgo considera que los tribunales domésticos han examinado de una manera eficiente las evidencias presentadas ante ellos. Además, las razones expuestas en las sentencias para justificar su fallo de no levantar la orden de acogimiento son suficientes y razonables. En relación con el punto concreto de que la menor fuera oída, el TEDH no encuentra ninguna razón que pruebe que la niña no haya sido suficientemente escuchada en los procedimientos. La niña que tenía 11 años en ese momento fue oída por varios profesionales en varias ocasiones. No hubo ningún error en el modo en la manera en que los puntos de vista de la menor fueron obtenidos y estuvieron basados en cuestiones de evidencia (ver, § 13). Además, el punto sometido al examen del Tribunal de Estrasburgo es tan sólo la cuestión de la medida de acogimiento y nada relativo al proceso penal contra los padres y las reglas del derecho nacional sobre el modo de obtener evidencias de los niños en casos relacionados con imputaciones penales contra sus padres (ver, § 13)). De hecho, la demanda ante el TEDH está interpuesta por la madre en relación con la orden de acogimiento y con la duración del procedimiento, que a ojos del

TEDH fue también adecuado dada la complejidad del caso. Por último, querría llamar la atención de que se trata de una medida de acogimiento, y los padres seguían teniendo la patria potestad sobre la menor.

6. El sexto caso, *I.M. v. Norway* (nº. 16998/20)

15. El sexto caso, *I.M. v. Norway* (nº. 16998/20), trata de una nacional noruega y de la decisión de reemplazar la medida de acogimiento de su hijo por una adopción. Las autoridades descubrieron que la demandante, que tenía una discapacidad intelectual leve y problemas importantes para realizar las tareas diarias, estaba permanentemente incapacitada para cuidar a su hijo. Inicialmente se intentó extender las sesiones de contacto, pero la demandante no se presentó a la mayoría de las sesiones y finalmente solicitó reducir el contacto con su hijo.

16. Este caso es relevante porque ofrece un contraste con las sentencias *Strand Loben and Other v. Norway* y la sentencia *Abdi Ibrahim v. Norway*¹⁴, ambas de Gran Sala, en las que se falló una violación contra Noruega porque las medidas que resultan en que los vínculos con los hijos sean cortados definitivamente se deben deber a circunstancias extraordinarias y sólo puede estar motivado por un requerimiento principal perteneciente al mejor interés del niño. En estos casos el TEDH realiza un escrutinio estricto de si las circunstancias en el caso concreto fueron tan excepcionales que las medidas hayan estado justificadas (ver, § 8). En la decisión quedará claro que las circunstancias han justificado esta medida de dar el niño en adopción y que en este caso no se puede considerar a las autoridades responsables de la pérdida de los vínculos familiares, ni de no haber cumplido con sus obligaciones positivas de facilitar la reunificación familiar (ver, § 12).

La demandante es la madre de un niño, que nació en septiembre de 2016. La madre nunca estuvo en relación con el padre y tenía la patria potestad ella sola (ver, § 2). Nada más nacer el niño fue colocado en acogimiento familiar. Se le concedió un derecho de visitas de una hora a la semana bajo supervisión (ver, §3). Pero la realidad fue que la demandante sólo acudió 6 veces de cada 10. Aunque se le ofreció ayuda para trasladarse a las sesiones, en diciembre de 2016 pidió tener menos contactos y cuando la Junta a resultas de esto redujo las visitas a dos horas por año, ella no apeló contra esta decisión (ver, § 10 y 3). Dos años más tarde, en 2018, la Junta decide privar a la madre de la patria potestad y dar el niño en adopción a sus padres de acogimiento, lo que es confirmado por el Tribunal de la Ciudad (*City Court*), el Tribunal Superior (*High Court*) y el Tribunal Supremo (*Supreme Court*) en 2019 (ver, § 4).

El Tribunal de Estrasburgo acepta que las instancias judiciales dieron suficientes razones para esa decisión. En suma, la demandante era permanentemente incapaz de proveer a su hijo con el cuidado diario y si no hubiera sido adoptado hubiera tenido que vivir y crecer en un hogar de acogida. El TEDH reconoce los hechos probados en las decisiones domésticas. A saber, que la demandante tenía una incapacidad intelectual leve, pero que le hacía incapaz de gobernarse a si misma. De hecho, vivía en una casa con personal presente 24 horas al día, estaba bajo una guardia legal, y tenía problemas para llevar a cabo las tareas diarias sin ayuda y asistencia (ver, § 9). Por su parte, el menor desde el inicio tuvo problemas de desarrollo lingüístico y nutritivos. El niño reaccionaba negativamente a los contactos con su madre biológica. Por último, esta última desarrolló una mala relación con la madre de acogida, que fue en aumento con el tiempo (ver, § 9).

Por todo ello, el TEDH concluye que en este caso ha habido circunstancias excepcionales que justifican la decisión de reemplazar la medida de acogimiento con la adopción en interés del menor (ver, § 13). En cuanto al proceso interno de toma de decisiones, el TEDH considera que la madre ha podido estar presente en el procedimiento a través de un abogado, que además ha presentado un número de

¹⁴ STEDH, *Abdi Ibrahim v. Norway* (GC), nº. 15379/16, § 145, 10 de diciembre de 2021. Para un comentario de esta sentencia véase ELÓSEGUI, M., “Los límites de la libertad religiosa de los padres biológicos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de acogimiento familiar y adopciones: Los casos *Abdi Ibrahim v. Noruega* y *Kilic v. Austria*”, en Guillermo Vicente y Guerrero (coord.), *Desarrollos, retos y crisis actuales de la libertad religiosa*, A Coruña, Colex, 2023, pp. 77-104, ISBN 9788413599281.

testigos que fueron oídos en las vistas. Por tanto, se concluye que las autoridades y tribunales actuaron correctamente y que la injerencia en el derecho a la vida familiar de la demandante estuvo justificada (ver, § 14-16).

7. El séptimo caso, *J.B. and E.M. v. Norway* (nº. 277/20)

17. El séptimo caso, *J.B. and E.M. v. Norway* (nº. 277/20), trata de una expareja de un nacional nigeriano y de una nacional noruega, y de la decisión de retirarle la patria potestad de su hijo y de autorizar su adopción por parte de sus padres de acogimiento. La decisión se basó esencialmente en la falta de interés de los demandantes por el niño desde su colocación en hogares de guarda a una edad muy temprana (cuatro meses). No se habían presentado a las sesiones de contacto programadas y nunca llamaron ni preguntaron por él.

18. Este caso es en parte semejante al anterior *I.M. v. Norway*, pero añade un elemento nuevo porque hay una queja relacionada con el Artículo 9 tomado en su conjunto con el Artículo 2 del Protocolo número 1 (derecho de los padres a educar conforme a sus creencias), porque los padres biológicos alegan que los de acogida son una pareja de homosexuales y que esto va contra su libertad de pensamiento, conciencia y religión.

En cuanto a la utilización del criterio del derecho de libertad religiosa de los padres biológicos a la hora de ser respetado en el proceso de adopción, ha sido importante la decisión de la Gran Sala en el caso ya citado de *Abdi Ibrahim v. Noruega*, en el que el TEDH dictaminó que ese derecho no puede ser examinado aisladamente, sino que debe ser situado en el contexto del Artículo 8, y ponderarlo como un factor importante en el contexto de los acogimientos o adopciones junto con otros elementos. Además, ya en esa sentencia el TEDH aclaró que incluso la Convención de los derechos del niño no impone una obligación prioritaria de que se deba elegir una familia de acogida o adopción de la misma religión que los padres biológicos.

Una vez aclarado ese aspecto, el TEDH va a dar por probados todos los datos y circunstancias del caso que justifican a sus ojos la toma de decisión de los tribunales domésticos de cambiar el acogimiento en adopción. Las circunstancias son que el niño estaba en acogida desde los cuatro meses hasta la edad de seis años que es cuando se decide la adopción. Los padres biológicos no habían acudido a las visitas previstas, acudiendo ambos simplemente dos veces en toda la vida del niño. El Tribunal Superior (*High Court*) había descrito con datos que los padres no habían mostrado ni un mínimo interés, ni habían pedido ninguna información sobre el menor. Al margen de que dijeran que no visitarían al menor si era adoptado por esa pareja de homosexuales, el hecho es que nunca le habían visitado. Las circunstancias de los padres biológicos hacían que el contacto fuera muy improbable porque ninguno de los dos vivía ya en Noruega. El padre había sido expulsado de Noruega a Nigeria con una orden permanente de no volver a dicho país. En algún momento, en los procedimientos internos el padre había alegado que quería que le devolvieran al niño y que asumiría el cuidado diario, pero no alegó esto ante el Tribunal de Estrasburgo (ver, § 14). En ese mismo año 2014 de la expulsión, la pareja se había separado y la madre se había trasladado a vivir a Suecia de modo permanente. En la actualidad, los dos padres viven en Suecia y cada uno tiene su propia familia. Esto se añade al hecho de su previa conducta en la que ni visitaron al niño, ni preguntaron por él.

19. Otra cuestión importante en el análisis de este caso por parte del TEDH es que ante el TEDH los demandantes se quejaron por dos cosas: tanto por la medida previa de acogimiento, como por el resultado final de la suspensión de la patria potestad y la sustitución del acogimiento por adopción. Si bien el procedimiento de acogimiento y el derecho de visitas había quedado fuera del límite de los seis meses de plazo en la presentación de demandas ante el TEDH, es importante que el TEDH, acepta cautelarmente examinar ese punto en la medida en que haya podido influir en el hecho de la pérdida de vínculos que hubiera llevado a una adopción por culpa de la conducta de las autoridades noruegas. El TEDH es exquisitamente cauteloso en este punto a la luz las violaciones que había encontrado en ese

país por la imposición de unos regímenes de visitas tan estrictos que le había llevado a hacer responsables a las autoridades noruegas de provocar o hacer imposible una recuperación del vínculo con los padres biológicos¹⁵.

Examinado este punto a la luz de todas las circunstancias señaladas anteriormente, de que fueron los padres los que no acudieron a las visitas, más la situación de ambos desde 2014, siendo que la decisión de la adopción se toma en 2016, la pérdida de vínculo con los padres biológicos de ninguna manera puede ser atribuida a las autoridades, sino a la propia conducta de los demandantes. Por ello, el TEDH considera razonable la conclusión del tribunal Superior de que las evidencias prueban que es totalmente improbable que los demandantes fueran a tener ningún contacto en el futuro con su hijo, lo que justifica la adopción (ver, §§18-19). La queja sobre el Artículo 9 queda por tanto diluida en el conjunto de estos otros factores.

8. El octavo caso, *M.A. and Others v. Norway* (nº. 41172/20)

20. El octavo caso, *M.A. and Others v. Norway* (nº. 41172/20), trata de una ciudadana polaca que vivía en Dantzig (Polonia) y de la retirada de sus responsabilidades parentales y de las restricciones de contacto con respecto a sus hijos gemelos¹⁶. Las decisiones se basaron en los deseos de los niños, que en ese momento tenían 16 años y llevaban mucho tiempo en hogares de acogida. Además, su madre no había solicitado que se levantara la orden de tutela y durante largos períodos no había utilizado realmente los derechos de visita que se le habían concedido.

21. En este caso es relevante que los niños nacidos en el año 2003 fueron colocados en acogimiento desde sus 7 años en 2010. Cuando los tribunales deciden retirar la patria potestad tanto al padre, como a la madre en 2019, los gemelos tenían ya 16 años y declararon ante el Tribunal de la Ciudad que no querían tener ningún contacto con su madre. A pesar de ello este Tribunal le concedió a la madre el derecho a dos video-llamadas y una visita al año. Esta última sólo había querido comunicarse con ellos por internet, y había dificultado de modo práctico los documentos necesarios para los niños, como los pasaportes entre otros (ver, § 10). Por otro lado, el TEDH examina y reconoce que la demandante había sido oída durante todo el proceso judicial y había tenido parte en la toma de decisiones.

El TEDH realiza un análisis como en el caso anterior, viendo el caso en su conjunto, a pesar de que la primera parte del proceso estaba fuera del plazo de los seis meses. Observa que la demandante no presentó ningún recurso contra la orden de acogimiento, además no utilizó su derecho de visitas, y tampoco alegó nada en contra de la última decisión del Tribunal de la Ciudad de concederle el contacto vía internet, a pesar de que eran los hijos los que no querían. Por tanto, la decisión de retirar la patria potestad y dar a los dos gemelos en adopción era proporcionada y basada en relevantes y suficientes razones (ver, § 12).

9. El noveno caso, *R.A. v. Norway* (nº. 44598/19)

22. El noveno caso, *R.A. v. Norway* (nº. 44598/19), trata de la queja de un ciudadano noruego sobre las restricciones a los derechos de contacto con su hija, nacida en 2003, que había sido colocada en acogida en 2016, por una situación de emergencia. Ambos padres biológicos estuvieron de acuerdo inicialmente con esta medida. En 2017 se oponen a ello, pero la Junta decide mantener la orden de acogimiento y les otorga un derecho de visitas de dos horas seis veces al año. Los padres apelan ante el

¹⁵ Remite para ello a la jurisprudencia que ya examinamos en el artículo anterior publicado en esta revista, entre otros *Pedersen and Others v. Norway*, n.º 39710/15, §§ 67-69, *M.L. v. Norway*, n.º. 64639/16, § 92, 22 de diciembre 2020, *Abdi Ibrahim v. Norway*, ya citada.

¹⁶ Aunque la madre vino al tribunal también en nombre de sus hijos, y en otros casos se ha dicho que no tendría legitimidad para hacerlo, en el presente caso no considera relevante entrar a esa materia (ver, § 4) porque va a desestimar el caso por otros motivos. Para los actuales problemas procesales que se plantean ante el TEDH en la representación de menores remito a ELÓSEGUI, M. “La representación de los niños ante el TEDH y el principio de subsidiaridad”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 10198, 2022.

Tribunal de la Ciudad, que encarga un informe a un experto. En 2018 este Tribunal a la vista del informe decide mantener el acogimiento y retirarles el derecho de visitas. Se une a ello además que la hija no quería tener contacto con sus padres. Había habido preocupación por el trauma causado por la violencia. La hija estaba siendo tratada por ansiedad y depresión y, cuando tenía 15 años, se había opuesto al recurso de sus padres contra la decisión de denegar el derecho de visita. Se habían intentado medidas menos intrusivas, sin éxito.

23. Este caso es muy importante por varias razones, por un lado, por la participación de la menor, ya una adolescente de quince años y medio en el proceso judicial, así como el asesoramiento sobre sus circunstancias mentales que eran muy graves y basadas en los malos tratos infringidos por sus padres que tenían a su vez problemas de salud mental. El segundo punto que querría destacar como una buena práctica es la actuación de los servicios sociales, que intentaron un seguimiento de dos años desde 2014, antes de que el Tribunal Supremo decidiera en 2016 retirar el derecho de visitas a la vista de la evolución del caso.

Con relación al primer punto, el TEDH tiene en cuenta todo el análisis detallado de hechos realizado por el Tribunal Supremo. A saber, la menor estaba recibiendo tratamiento psiquiátrico a domicilio en una clínica para niños y adolescentes, debido al trauma que sufría por las experiencias traumáticas y dolorosas de su niñez. Luchaba contra la ansiedad y la depresión había sufrido episodios de intento de suicidio. El Tribunal Supremo insistió en que la adolescente necesitaba reforzar sus vínculos con sus iguales después de haber sufrido un largo periodo de bullying y exclusión social. Además, había progresado gracias al apoyo que recibía en la casa de acogida (ver, § 12).

En este sentido, el TEDH otorga una gran importancia al hecho de que la menor haya sido oída ante el Tribunal Supremo y que su voluntad conforme a su madurez haya sido tenido en cuenta (ver, *K.B. and Others v. Croatia*, ya citado). El Tribunal de la Ciudad y el Tribunal Supremo consideraron que no le podían imponer unas visitas contra su voluntad, dada ya su crecida edad y su férrea oposición (ver, § 15).

24. En segundo lugar, en relación con la actuación de los servicios sociales estos dan muestras de un buen hacer profesional. Fueron contactados por la clínica psiquiátrica de niños y adolescentes en 2014. El TEDH ha recibido extensa información proporcionada por las dos partes en litigio ante él sobre la evolución de los hechos desde ese año, lo que incluye la preocupación de los servicios sociales por los problemas de salud mental de la familia y la violencia. Hicieron un acompañamiento proponiendo distintas medidas, algunas de las cuales fueron aceptadas por los padres y otras no¹⁷. Lo que es destacable en este caso, a diferencia de otras demandas contra Noruega, los servicios sociales conocieron bien a la familia y sólo propusieron en 2016 la medida de acogimiento, después de que fracasaran otras medidas menos intrusivas (ver, § 14).

25. Me permito añadir que la decisión tomada a continuación por el Tribunal Supremo estuvo basada en hechos reales y probados, en una evolución a peor de las circunstancias, y no en premisas previas de que los padres no fueran a ser capaces de cuidar a la menor. Además, a los padres no se les ha retirado la patria potestad. Por todo ello, teniendo en cuenta como se desarrolló la toma de decisiones a nivel doméstico, más toda la información recibida por el TEDH, este concluye que no ha habido una violación del Artículo 8 del CEDH, y considera que también la queja sobre la falta de un procedimiento judicial equitativo referido al Artículo 6 del CEDH es inadmisibles por manifiestamente infundada (ver §§ 19-22).

10. El décimo caso, *R.I. c. Noruega* (nº. 7692/20)

26. El décimo caso, *R.I. c. Noruega* (nº. 7692/20), trata de la queja de una ciudadana noruega sobre la decisión de permitir la adopción de su hijo de cuatro años, que había estado bajo cuidado públi-

¹⁷ La actuación de los servicios sociales y las ONG's que trabajan al servicio de la administración tienen en muchas ocasiones un buen conocimiento de las familias cuando han tenido la oportunidad de hacer un seguimiento y una evaluación continuada. Este es uno de los puntos en los que me ha insistido la Asociación Lauka de Guipúzcoa.

co desde que tenía seis semanas. La decisión tuvo en cuenta cargos penales contra los padres y concluyó que habían abusado gravemente de su hijo, el cual había sufrido 19 fracturas de costillas bajo su cuidado con riesgo de colapso pulmonar y de muerte. Las autoridades llegaron a la conclusión de que era poco probable que sus padres le brindaran la atención adecuada en el futuro.

27. Como desde el inicio sólo se concedió a los padres un escaso derecho de visitas de una por año, el TEDH desarrolla un largo razonamiento para mostrar que en este caso esa decisión estuvo justificada dadas las circunstancias excepcionales, y que el caso difiere de todos aquellos múltiples en los que el Tribunal ha condenado a Noruega precisamente por las restricciones en los derechos de visita. El TEDH se apoya en las descripciones de los hechos realizadas por los tribunales internos, pero también en el material aportado ante el propio TEDH. Queda probado que el recién nacido fue víctima de serias lesiones ocasionadas por sus padres, que había un procedimiento penal abierto contra los padres por causar al niño 19 fracturas de costillas con un objeto desafilado, con riesgo de muerte, lo que le causa heridas de larga duración. En esas circunstancias, los tribunales decidieron que era irrealista que el niño pudiera volver algún día al cuidado de sus padres (ver, §§ 12-13). También el TEDH estima que los tribunales domésticos actuaron correctamente al decidir sustituir el acogimiento por la adopción, para dar estabilidad al menor, que había estado bajo cuidado de diversas personas hasta desde las seis semanas hasta los cuatro años y medio, y necesitaba una estabilidad.

El TEDH concluye que, en casos de tal extrema gravedad, y en un tema tan complejo la cuestión debe decidirse con mayor razón por las autoridades domésticas, siempre que se respete los aspectos procesales del Artículo 8 y se de a los padres suficiente oportunidad de participar y presentar su caso en los tribunales (ver, § 17).

11. El onceavo caso, *R.K. y otros c. Noruega* (nº. 45413/20)

28. El caso onceavo, *R.K. y otros c. Noruega* (nº. 45413/20)¹⁸, trata de la queja de dos ciudadanos noruegos sobre una orden de cuidado emitida con respecto a su hijo y restricciones a sus derechos de visita. Las decisiones se basaron en la incapacidad de los padres para proporcionar cuidados básicos al niño: la madre tenía una discapacidad de aprendizaje que no podía ser compensada por el padre, que también tenía deficiencias importantes en sus habilidades de cuidado. Se habían intentado medidas menos intrusivas.

Los padres poco después de tener al niño se trasladaron a vivir a un centro familiar. Los encargados del centro pusieron en conocimiento de la Junta de Servicios Sociales la necesidad de que el niño fuera dado en acogimiento con urgencia, debido a la falta de capacidad de los padres para cuidarle. Se les concedió un derecho de visitas de una hora por semana, que se redujo seis meses más tarde a dos horas cuatro veces al año. El caso se examinó ante el Tribunal Superior en una composición de pleno de 11 jueces. En el procedimiento ante el Tribunal Supremo los padres estuvieron asistidos por un abogado y por un psicólogo. Sus quejas ante el TEDH se centran no en la medida de acogimiento, sino en la reducción del derecho de visitas y su representación en el propio procedimiento y que no se atendiera al fin de la reunificación familiar.

Este caso y el razonamiento del mismo presenta interés para situaciones en los que los padres tienen a su vez discapacidad y están en tutela o en cierto modo bajo cuidado de terceros (como hemos visto en el caso *I.M. v. Norway*, caso número seis). Los demandantes se quejan de tres aspectos: primero, que el asesoramiento por parte de algún experto en el momento en que el niño fue colocado en acogimiento era insuficiente; segundo, que las autoridades no se habían esforzado para lograr la reunificación; tercero, que el procedimiento judicial no se había llevado a cabo con la suficiente diligencia (ver, § 9).

29. El TEDH analiza los argumentos de los tribunales domésticos y da cuenta de que el Tribunal Supremo noruego ratificó las apreciaciones del Tribunal Superior, basadas en la incapacidad de aprendi-

¹⁸ Como en el caso anterior, los padres vienen al TEDH también en representación del menor, pero el TEDH decide no examinar la legitimidad para ello, dado que el caso es inadmisibile por varias razones (igual que en *M.A. and Others v. Norway*).

zaje de la madre, que no podían ser sustituidas por el padre, que mostraba deficiencias significantes en sus destrezas de cuidado del menor (ver, § 12). Además, el TEDH observa que en las cuatro instancias de decisión, los demandantes estuvieron representados por un abogado de oficio y dieron testimonio en las vistas del Tribunal de distrito y el Tribunal Superior, y se les oyó también en la Junta. Por otro lado, psicólogos nombrados por el tribunal tuvieron reuniones con los demandantes y observaron las sesiones de contacto con el menor. Fueron oídos un gran número de testigos a lo largo de las diversas instancias (ver, § 13). Por todo ello, el TEDH concluye que en el procedimiento visto en su conjunto los demandantes pudieron participar plenamente en el proceso de toma de decisiones y que no hubo deficiencias (ver, § 14), y que estuvieron representados por abogado ante el Tribunal Supremo.

30. En relación con la primera queja de que no hubo un experto en el primer paso de colocar al niño en acogimiento, el TEDH observa que los propios demandantes no recurrieron esa decisión, y que el Tribunal Supremo les aumentó el derecho de visitas a dos horas ocho veces al año. Por tanto, el TEDH no ve que haya habido una deficiencia por ese hecho de no contar con la opinión de un experto en el momento de la decisión del acogimiento de urgencia (ver, § 15). En relación con la segunda queja, el TEDH constata que las autoridades antes de tomar la decisión de poner al niño en acogimiento intentaron otras medidas menos intrusivas, ofreciendo a los demandantes la estancia en un centro familiar nada más nacer el niño y el apoyo allí de un equipo que incluía un psicólogo. A pesar de todos esos apoyos, se vio claro que los padres no podían atender a sus necesidades básicas de alimentación y darle los cuidados básicos. Todo ello ponía en peligro su salud y la seguridad (ver, § 16). Por todas estas razones se concluye que la demanda es inadmisibile.

12. El doceavo caso, *T.H. contra Noruega* (nº. 42796/20)

31. Por último, el doceavo caso, *T.H. contra Noruega* (nº. 42796/20), trata de un ciudadano noruego y de las restricciones a sus derechos de visitas con sus dos hijos que habían sido acogidos bajo cuidado público cuando tenían tres y cuatro años. La decisión de restringir este derecho se basó en el miedo de los niños al contacto con sus padres, que se consideró compatible con un trauma. Las autoridades consideraron que cualquier mayor nivel de relación con los padres sería perjudicial para los niños.

32. Los demandantes no se quejan de la orden de acogimiento, sino de la restricción de las visitas establecidas por el Tribunal Superior (ver, § 6 y § 2). Inicialmente se decidieron visitas semanales con el fin de facilitar el retorno de los niños a sus padres. Pero debido a la evolución de la situación y su deterioro, el Tribunal Superior decidió de modo diferente, reduciéndolas a seis veces por año con respecto al primer niño y tres con respecto al segundo (ver, § 2). Los niños manifestaron el miedo a las visitas con sus padres, y tenían síntomas de falta de sueño, dolor corporal y ansiedad después de cada visita. Uno de los niños relató haber sufrido violencia de sus padres y haber sido atado una vez a una silla (ver, § 9). Por tanto, según el Tribunal Superior el balance ante los posibles beneficios de recuperar un contacto en el futuro y las desventajas actuales de las visitas debían inclinarse a favor de la restricción de estas (ver, § 11). El TEDH considera que estas razones son relevantes y suficientes y hacen este caso diferente de los otros en los que el TEDH ha dictado condenas contra Noruega.

IV. Las 9 demandas en las que se ha dictado una violación del artículo 8 contra Noruega

33. En cambio, en las nueve demandas restantes que se dictaron en tres sentencias, el Tribunal dictaminó que los hechos eran similares a casos anteriores en los que se había constatado una violación del Convenio. Por las razones que se exponen a continuación, el TEDH sostuvo que las decisiones de las autoridades habían violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar.

1. *D.R. v. Norway* (n.º 63307/17) y *D.J. y P.J. v. Norway* (n.º. 38105/19)

34. Los solicitantes en estos casos son ciudadanos noruegos y un nacional de Bosnia y Herzegovina. Se quejaron de decisiones de retirar y/o restringir el contacto con sus hijos que habían sido acogidos bajo cuidado público. No se había concedido ningún derecho de visita, excepto respecto de uno de los niños. Las restricciones habían sido de tal alcance que los demandantes y sus hijos fueron privados de toda o casi toda vida familiar. El TEDH ve los casos similares a las sentencias dictadas contra Noruega en *K.O. and V.M. v. Norway* y *A.S. v. Norway*, y *A.L. and Others v. Norway* y falla que ha habido una violación del Artículo 8.

2. *K.F. y A.F. v. Norway* (n.º 39769/17 y otras 5 solicitudes) *S.S. y J.H. v. Norway* (n.º. 15784/19)

35. Los demandantes en estos casos son ciudadanos noruegos y un ciudadano marroquí. Todos se quejaron de la adopción de sus hijos sin su consentimiento. En estos casos, el Tribunal consideró que las decisiones no habían considerado suficientemente importante que el acogimiento fuera temporal o que los vínculos familiares se preservaran en la medida de lo posible.

V. Conclusión

36. Las demandas han reafirmado los principios rectores con respecto a los niños bajo tutela pública. Los Estados tienen una amplia discreción a la hora de decidir si deben aplicar una medida de acogimiento, pero el TEDH tiene que llevar a cabo un “escrutinio más estricto” de cualquier medida adicional adoptada, como restringir los derechos de visita. En particular, la adopción debe estar justificada por “circunstancias excepcionales” y por la exigencia imperiosa del interés superior del niño.

El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado

The Equal Marriage from the Logics of Private International Law

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ*

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

Recibido: 16.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8934

Resumen: Recientes casos han mostrado un interés renovado por el régimen jurídico de los matrimonios transfronterizos igualitarios, que puede abordarse desde las dos lógicas que informan el Derecho internacional privado. Desde una lógica de Derecho internacional, se analizará el matrimonio igualitario a la luz de los derechos humanos, del proceso europeo de integración y del impacto de ambos en los sistemas constitucionales de los Estados. La conclusión será que debe atenuarse el orden público de los Estados contrarios a este matrimonio. Desde una lógica de Derecho privado, la mencionada atenuación del orden público resultará una técnica especialmente útil para afrontar la validez y eficacia del matrimonio igualitario transfronterizo, cuestiones relacionadas con la separación legal, divorcio y régimen económico, así como la identidad, la nacionalidad y los derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género.

Palabras clave: Matrimonio igualitario, TEDH, TJUE, separación legal, divorcio, nulidad matrimonial, cónyuge del mismo sexo, nacionalidad e identidad, derechos alimenticios y sucesorios.

Abstract: recent cases have shown a renewed interest about the regulation of cross-border equal marriages, which can be analyzed from the logics that informs Private International Law. From a logic of International Law, equal marriage will be analyzed in light of human rights, the European integration process and the impact on the constitutional systems of States. As conclusion, it will be necessary to attenuate the public order of the States contrary to this marriage. From a logic of Private Law, the mentioned attenuation of public policy is a particularly useful technique for the validity and effectiveness of cross-border equal marriage, issues of legal separation, divorce and property regime, as well as identity, nationality and maintenance and inheritance rights of the spouse of the same sex or gender.

Keywords: Equal marriage, ECHR, CJEU, separation, legal divorce, marriage annulment, same-sex spouse, nationality and identity, maintenance and inheritance rights.

Sumario: I. Introducción: la intersectorialidad del matrimonio igualitario transfronterizo. II. Lógica de Derecho internacional en el matrimonio igualitario: 1. Derechos humanos y matrimonio igualitario: A) Ausencia de un derecho humano al matrimonio igualitario e irrelevancia del elemento transfronterizo. B) El derecho humano a la vida privada y familiar en las relaciones igualitarias: la

*Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, “Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE).

atenuación del orden público en casos transfronterizos. 2. Integración europea y matrimonio igualitario: A) La libre circulación de personas y los cónyuges del mismo sexo o género. B) Configuración legal de la libertad fundamental. C) La idoneidad del método del reconocimiento para los matrimonios igualitarios. 3. Impacto de la lógica internacional en los sistemas constitucionales. III. Lógica de Derecho privado en el matrimonio igualitario transfronterizo: 1. Validez y eficacia del matrimonio transfronterizo igualitario: A) La despreocupación de la UE por la celebración del matrimonio transfronterizo igualitario. B) El reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado por autoridad extranjera. C) Patologías de las acciones de nulidad de matrimonio igualitario transfronterizo. 2. La tutela judicial en casos de separación, divorcio y régimen económico del matrimonio transfronterizo igualitario: A) Inhibición de tribunales de Estados miembros para el matrimonio igualitario. B) Foro de necesidad y matrimonio igualitario vinculado a terceros Estados. C) Interacciones con la tutela judicial ejecutiva. 3. Hacia la equiparación de derechos personales y patrimoniales de los cónyuges del mismo sexo o género: A) Nacionalidad e identidad de los cónyuges del mismo sexo o género. B) Derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género. IV. Conclusiones.

I. Introducción: la intersectorialidad del matrimonio igualitario transfronterizo

1. Recientes casos han mostrado un interés renovado por el régimen jurídico de los matrimonios transfronterizos igualitarios¹, una de las grandes líneas de investigación del Prof. Calvo Caravaca². En este sentido, ante el TJUE está pendiente una cuestión prejudicial de 23 de noviembre de 2023 planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo polaco, en el asunto *JC-T* y *MT*, en el que deberán abordarse los efectos civiles de un matrimonio igualitario celebrado en un Estado miembro en otro Estado miembro que solo contempla el matrimonio entre personas de distinto sexo³. Además, el 2023 ha sido un año de especial importancia para los matrimonios igualitarios en el TEDH, con cuatro sentencias sobre la violación del respeto de la vida privada y familiar, en demandas contra Rusia⁴, Ucrania⁵, Rumania⁶, Bulgaria⁷ y Polonia⁸. La Sentencia contra Rusia es, sin duda, el caso de referencia a partir del cual la Gran Sala del TEDH construye su jurisprudencia, y ello sin perjuicio de que Rusia ha dejado de ser miembro del Consejo de Europa⁹. Pero la sentencias contra Rumania, Bulgaria y Polonia tienen una especial relevancia, al tratarse de Estados miembros de la UE y muchas veces en relación con casos transfronterizos.

2. Cabría pensar que el punto de partida debe ser una regulación general y genérica para todo matrimonio, sin consideración al sexo o género de los contrayentes. Pero el hecho de que algunos Estados miembros, principalmente de la Europa del Este pero también en países tan emblemáticos como Italia o Grecia, todavía no reconozcan el matrimonio igualitario genera una problemática particular, caracterizada por su intersectorialidad. Efectivamente en ella convergen planteamientos de derechos humanos, Derecho de la UE y de Derecho de persona, familia y sucesiones. Por esta razón, y evocando el planteamiento de M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, se propone una metodología sobre dos lógicas, la internacional y la de Derecho privado¹⁰. En la primera se analizará el matrimonio igualitario desde las

¹ Se utilizará esta terminología para referirse a cualquier matrimonio sin impedimento de género o sexo, incluyendo tanto los matrimonios de personas del mismo sexo como los matrimonios en los que ha existido un cambio de sexo o género.

² Entre otras, por ejemplo, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 23, 2005, pp. 11-70.

³ Asunto C-713/23.

⁴ STEDH (Gran Sala) 17 de enero de 2023, *Fedotova and others v. Russia*, nos. 40792/10 y otros.

⁵ STEDH 1 de junio de 2023, *Maymulakhin and Markiv v. Ukraine*, nos. 75135/14.

⁶ STEDH 23 mayo 2023, *Buhuceanu and others v. Romania*, no. 20081/19 y otros.

⁷ STEDH 1 septiembre 2023, *Koilova and Babulkova v. Bulgaria*, no. 40209/20.

⁸ STEDH 12 diciembre 2023, *Przybyszewska and others v. Poland*, no. 11454/17 y otros.

⁹ El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Resolución CM/Res(2022)2, de 16 de marzo de 2022, por la que la Federación de Rusia dejaba de ser miembro del Consejo de Europa. Por Resolución del TEDH, de 22 de marzo de 2022, se declaró que la Federación de Rusia dejaba de ser parte con efectos de 16 de septiembre de 2022. De hecho, el Gobierno ruso ya no se presentó a la audiencia en el asunto *Fedotova*, que finalmente fue cancelada.

¹⁰ Cf. “Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, vol. 2, 2005, pp. 1787-1813.

perspectivas de los derechos humanos, del proceso europeo de integración y del impacto de ambos en los sistemas constitucionales de los Estados. Como se verá, de esta lógica se deriva la obligación de atenuar el orden público de los Estados contrarios a este matrimonio. En la segunda se abordará cómo dicha atenuación es una técnica especialmente útil para afrontar la validez y eficacia del matrimonio igualitario, cuestiones relacionadas con la separación, divorcio y régimen económico, así como la identidad, la nacionalidad y los derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género.

II. Lógica de Derecho internacional en el matrimonio igualitario

1. Derechos humanos y matrimonio igualitario

A) Ausencia de un derecho humano al matrimonio igualitario e irrelevancia del elemento transfronterizo

3. El TEDH considera que no hay un derecho humano en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH)¹¹, a que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Al respecto evita posicionarse sobre si existe una discriminación en ello y sobre la alusión del Convenio y de la propia Declaración de Derechos Humanos de las NU a “hombres y mujeres”¹². En cualquier caso, el Tribunal de Estrasburgo añade que la ausencia de cualquier forma de reconocimiento y protección jurídica de las parejas del mismo sexo viola el respeto de la vida personal y familiar del artículo 8 del CEDH, siguiendo su doctrina previa en el asunto *Oliari*¹³.

4. El desplazamiento del debate desde el derecho humano al matrimonio hasta el respeto a la vida personal y familiar permite al TEDH, además, reafirmarse en su concepción del CEDH como un texto vivo que requiere de una interpretación dinámica, actual y contextualizada, más sencilla en el concepto de “vida familiar” que en el de matrimonio. Con ello desmonta un argumento del Gobierno ruso en el asunto *Fedotova*, que, apelando al artículo 62 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados, hecho en Viena el 23 de mayo de 1969, sostenía que había ratificado el CEDH en un momento en el que el matrimonio estaba claramente previsto entre hombre y mujer¹⁴.

Por todo ello, el TEDH constata el consenso en una “tendencia clara y continua” a favor del reconocimiento legal y la protección de las parejas del mismo sexo¹⁵, junto con una convergencia de los organismos internacionales¹⁶, para promover la armonía de valores de la sociedad democrática, tales

¹¹ BOE nº 243, 10.10.1979.

¹² Expresiones que han dado lugar a famosas relecturas como, por ejemplo, hizo el Tribunal Constitucional sobre que la conjunción “y” no es sinónimo de “entre” hombres y mujeres, cf. STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, BOE nº 286, 28.11.2012. En el ámbito del TEDH, la falta de pronunciamiento sobre el principio de no discriminación en el matrimonio origina una opinión parcialmente disidente de los jueces PAVLI y MOTOC.

¹³ Vid. STEDH 21 de julio de 2015, *Oliari y otros v. Italy*, nº 18766/11 and 36030/11.

¹⁴ Cf. apartado 110; y las opiniones disidentes de los Jueces WOJTYCZEK, POLÁČKOVÁ y LOBOV.

¹⁵ De acuerdo con el estudio del TEDH en el asunto *Fedotova*, treinta Estados partes ofrecen actualmente a las parejas del mismo sexo la posibilidad de que su relación sea reconocida por ley. En particular, dieciocho Estados (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y el Reino Unido) permiten el matrimonio igualitario, mientras que otros doce Estados (Andorra, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Grecia, Hungría, Italia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro y San Marino) permiten formas alternativas al matrimonio para uniones de parejas del mismo sexo. En la Federación de Rusia y los dieciséis Estados miembros restantes (Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Georgia, Letonia, Lituania, Moldavia, Macedonia del Norte, Polonia, Rumania, Serbia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania), las parejas del mismo sexo no tienen la posibilidad de que su relación sea reconocida por ley.

¹⁶ Apartado 177 del asunto *Fedotova*. Desde la perspectiva de las Naciones Unidas, se cita el Informe A/HRC/29/23 “Discriminación y violencia contra las personas por su orientación sexual e identidad de género” de 29 de mayo de 2015 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (<https://digitallibrary.un.org/record/797193?v=pdf>). Desde la perspectiva del Consejo de Europa y de su Consejo de Ministros: Recomendación CM/Rec(2010)5 del Consejo de

como el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura¹⁷. Frente a las opiniones disidentes que ven en la alusión a la “tendencia dominante” un criterio interpretativo ajeno al Derecho Internacional, la inclusión del debate político en el análisis jurídico encuentra una razón jurídica última: la dignidad de las personas. De ahí deduce la importancia de esta cuestión para su “identidad personal y social”¹⁸, un valor intrínseco por conferir a la pareja “existencia y legitimidad frente al mundo exterior”¹⁹.

5. De todo lo expuesto hay un dato especialmente llamativo en la jurisprudencia del TEDH a los efectos del DIPr: aunque los casos puedan responder a una situación transfronteriza y a la falta de efectos en un Estado del matrimonio celebrado en el extranjero, el TEDH se centra en un análisis de Derecho civil y en si las legislaciones de los Estados demandados deben permitir contraer estos matrimonios o establecer un régimen de uniones de hecho²⁰.

B) El derecho humano a la vida privada y familiar en las relaciones igualitarias: la atenuación del orden público en casos transfronterizos

6. El TEDH concluye que el derecho a la vida privada y familiar requiere proporcionar un marco jurídico a las uniones del mismo sexo y prestar una protección efectiva a sus relaciones de pareja²¹. Se muestra partidario de una acción positiva y concluye que no hay protección efectiva por omisión²². La protección efectiva exige conceder derechos concretos propios de una vida en pareja, y no orientarse a derechos teóricos, simbólicos o ilusorios²³. Tampoco se considera suficiente el acceso a derechos únicamente por vía judicial con base en acciones genéricas de Derecho común, al margen de un reconocimiento oficial de la pareja.

Ello conduce a un margen de apreciación de los Estados significativamente reducido a la hora de reconocer las uniones de parejas del mismo sexo²⁴. No obstante, este margen se amplía a la hora de determinar el abanico de formas de protección. Existe una “elección de los medios” para cumplir con las obligaciones positivas en lo que respecta a la forma de reconocimiento y al contenido de la protección²⁵.

7. La necesidad de un mínimo reconocimiento de las parejas del mismo sexo como respeto a la vida privada y familiar precisa de una doble técnica propia del DIPr: la transposición de instituciones y la atenuación del orden público. Se trata de buscar una institución en el Estado de destino mínimamente equivalente a la del Estado de origen que se pretende reconocer: en este caso, la asimilación de un matrimonio de cónyuges del mismo sexo a parejas de hecho del mismo sexo, que deben tener una mínima protección²⁶.

Ministros del Consejo de Europa, sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; Informe sobre la implementación de la Recomendación CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros del Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH), 16.9.2020. En relación con la Asamblea Parlamentaria: Recomendación 1474 (2000) de 26.9.2000 relativa a la “Situación de lesbianas y gays en los Estados miembros del Consejo de Europa”; Resolución 2239 (2018) “Vida privada y familiar: lograr la igualdad independientemente de la orientación sexual”, de 10.10.2018; Resolución 2417 (2022) “Combatir el creciente odio contra las personas LGBTI en Europa”, de 25.1.2022. Todos los documentos citados del Consejo de Europa están disponibles en <https://www.coe.int/>.

¹⁷ Apartado 179 en el asunto *Fedotova*.

¹⁸ Apartado 185 en el asunto *Fedotova*.

¹⁹ Apartados 200 y 201 en el asunto *Fedotova*.

²⁰ Cf. A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 160.

²¹ Apartado 178 del asunto *Fedotova*. En la doctrina española, *vid.* ya tempranamente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Dimensión internacional de matrimonios entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador no vio”, *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 9-37, pp. 32-33.

²² Apartado 179 en el asunto *Fedotova*.

²³ Apartado 190 en el asunto *Fedotova*.

²⁴ Apartados 186 y 187 en el asunto *Fedotova*.

²⁵ Apartados 188 y 189 en el asunto *Fedotova*.

²⁶ *Id.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El impacto de la admisión del matrimonio de homosexuales en el Derecho español: perspectiva internacional”, *Matrimoni homosexual i adopció/Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006, pp. 45-73, pp. 58-60; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista*

Esta equivalencia no se basaría en el desconocimiento de la institución matrimonial, sino en la atenuación del orden público y en el reconocimiento de unos mínimos efectos²⁷.

2. Integración europea y matrimonio igualitario

A) La libre circulación de personas y los cónyuges del mismo sexo o género

8. Desde la célebre Sentencia de la Gran Sala del TJUE de 5 de junio de 2018 en el asunto *Coman* y otros²⁸, el matrimonio de personas del mismo sexo tiene una relevancia constitucional en el proceso de integración europea, de la que se derivan tres premisas. Primera, sin necesidad de un acto legislativo expreso, el TFUE²⁹ establece una serie de garantías y de derechos a los cónyuges del mismo sexo en tanto afecten a la libre circulación de personas. Segunda, sin el ejercicio de la competencia normativa por el legislador de la UE, el Tribunal de Justicia va a interpretar cuestiones de trascendencia constitucional relacionadas con los cónyuges del mismo sexo. Y, tercera, sin necesidad de normas de conflicto, esta interpretación se construirá sobre el método de reconocimiento de actos, con la atenuación del orden público de los Estados miembros contrarios y la obligación de reconocer unos mínimos efectos.

En este sentido, la negativa al reconocimiento del matrimonio del mismo sexo se convierte en un obstáculo ilegal a la libre circulación de personas y al ejercicio efectivo del derecho de entrada y residencia en un Estado miembro, garantizado en el artículo 21 TFUE³⁰. Afecta, además, a la Carta Europea de Derechos Fundamentales³¹ y, en particular, al derecho al respeto de la vida privada y familiar de los cónyuges³², con el mismo sentido y alcance que los garantizados en el CEDH³³ y en el marco de un diálogo armónico entre TJUE y TEDH³⁴.

9. Es cierto que la competencia para regular el estado civil es de los Estados miembros, pero el ejercicio de dicha competencia debe respetar las disposiciones del TFUE y las libertades de los ciudadanos de la UE³⁵ y, a este respecto, la entrada y la residencia de sus cónyuges de tercer Estado lo son³⁶. Que un ciudadano de la UE no pueda residir con su núcleo familiar en un Estado miembro es un elemento relevante de disuasión y, por tanto, un obstáculo a la libre circulación³⁷, que no es proporcional³⁸, ni atiende a razones de interés general, por no suponer una amenaza real y grave³⁹. Debe, por tanto,

Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, nº 25, 2009, pp. 9-44, pp. 23-24; y M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 167-172.

²⁷ Cf. M. SOTO MOYA, *op. cit.*, pp. 178-188. Sobre la evolución de esta técnica en materia matrimonial, *vid.* M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Matrimonio, igualdad conyugal y Derecho internacional privado", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, vol. 1, 2001, pp. 33-51, esp. p. 51.

²⁸ Asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. Se trataba de un matrimonio de persona del mismo sexo, celebrado en los Estados Unidos, de un hombre con doble nacionalidad estadounidense y rumana con otro hombre estadounidense, que solicita a la Inspección General de Inmigración de Rumanía el ejercicio del derecho de residencia del cónyuge de tercer Estado en dicho país.

²⁹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE* nº 83, 30-III-2010.

³⁰ Apartado 40. *Vid.* los artículos 2, punto 2, letra a), 3, apartados 1 y 2, letras a) y b), y 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE* nº L 158, 30.4.2004.

³¹ Apartado 47. *Vid.*, en otro contexto, STJUE de 13 de septiembre de 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, apartado 66.

³² Artículo 7 de la Carta y su cita en el apartado 48 de la Sentencia.

³³ Cf. apartados 49 y 50.

³⁴ *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, "La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*", *La Ley. Unión Europea*, nº. 61, 2018, § 14.

³⁵ Cf. apartado 38.

³⁶ Cf. apartado 39.

³⁷ Cf. apartado 24.

³⁸ Cf. apartado 41 y, previamente, entre otras, STJUE de 26 de febrero de 2015, *Martens*, C-359/13, EU:C:2015:118, apartado 34.

³⁹ Apartados 44 y 45. Desde el momento en el que no se obliga a ningún Estado miembro a incluir el matrimonio del mismo sexo ni en su constitución ni en su legislación. *Vid.*, sobre esta doctrina, STJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff*, C-438/14, EU:C:2016:401, apartado 67.

atenuarse el orden público de los Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario y reconocerse unos mínimos efectos a este, al menos, los relacionados con la libre circulación de personas⁴⁰.

B) Configuración legal de la libertad fundamental

10. En la Sentencia *Coman* se enfatiza mucho en que la Directiva 2004/38, que concede el derecho de entrada y residencia a los cónyuges de ciudadanos de la UE, guarda silencio sobre el retorno de un ciudadano de la UE a su Estado miembro de origen. Por eso se apela al efecto útil de la libre circulación y a la evitación de discriminaciones inversas⁴¹. El regreso del ciudadano de la UE al Estado de su nacionalidad no puede ser más perjudicial ni someterse a requisitos más estrictos que su movilidad a un Estado miembro distinto, conforme a la Directiva 2004/38, que tiene, en este sentido, una aplicación analógica⁴².

Pero la Sentencia rezuma que la cuestión trasciende a la legalidad ordinaria, de tal manera que la propia Directiva y cualquier otro acto derivado quedan compelidos por los límites derivados del TFUE. No obstante, a mi juicio no se trata exactamente de que el concepto de “cónyuge” sea autónomo del Derecho de la UE, como afirma el Tribunal⁴³. Más bien se trata de un concepto que se somete a la legislación del Estado de celebración del matrimonio, sin que los Estados miembros puedan oponerse al reconocimiento de tal condición⁴⁴.

C) La idoneidad del método del reconocimiento para los matrimonios igualitarios

11. En el asunto *Coman*, el TJUE se refiere constantemente a que se trata de un matrimonio “contraído en un Estado miembro de conformidad con su Derecho”⁴⁵. Podría afirmarse que el TJUE da una trascendencia constitucional al método de reconocimiento de actos para garantizar la libre circulación de personas⁴⁶. Ello se explica por varias razones. En primer lugar, dicho método bebe de principios constitucionales, el del Estado de origen y el del reconocimiento mutuo⁴⁷, que no precisan, por tanto, de actos derivados. Se adecua, además, a la regulación de situaciones correlativas en el espacio, merced al ordenamiento de integración, a diferencia de aquellas situaciones discontinuas en el espacio, que siempre han encontrado un método idóneo en la localización en un Estado de la relación jurídica.

En segundo lugar, el método de reconocimiento implica una circulación de actos entre dos Estados, y no su mera localización en un Estado⁴⁸. Por esta razón, este método se vincula operativamente a la libre circulación de personas, habida cuenta de que ambos conceptos presuponen un elemento necesariamente transfronterizo: la movilidad de personas y la portabilidad de su estado civil⁴⁹. Aparece con

⁴⁰ Cf. M. D. ORTIZ VIDAL, “El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 62, 2020, pp. 127-154, pp. 146-151.

⁴¹ Cf. apartados 20 y 21.

⁴² Cf. apartados 25, 54 y 55. Esta idea es contante en la jurisprudencia, *vid.* STJUE de 12 de marzo de 2014, *O. y B.*, C-456/12, EU:C:2014:135, apartado 50; STJUE de 10 de mayo de 2017, *Chávez-Vilchez y otros*, C-133/15, EU:C:2017:354, apartados 54 y 55; STJUE de 14 de noviembre de 2017, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, apartado 61.

⁴³ *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios...”, *loc. cit.*, § 9.

⁴⁴ *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto *Coman*», *La Ley (Unión Europea)*”, *La Ley. Unión Europea*, n° 56, 2018, esp. §§ 9 y 10.

⁴⁵ Idea que se repite insistentemente en los apartados 33, 35, 36, 39, 40, 45, 51, 52 y 56.

⁴⁶ Cf. M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, 5 de junio de 2018, en el as. C-673/16, *Coman*)”, *REEI*, núm. 36, 2018, pp. 9-16, esp. pp. 11 y ss.

⁴⁷ *Vid.* M. GARDENES SANTIAGO, “Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable”, en *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional –AEPDIRI– celebradas en Madrid el 17 y el 18 de diciembre de 2007*, Madrid, AEPDIRI/Iustel, 2008, pp. 521-537.

⁴⁸ *Vid.* A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, pp. 45 y ss. Se evita, así, el conocido riesgo de un “efecto nacionalizador” o tratamiento de una situación heterogénea como si fuera interna de la *lex causae*. *Vid.* las indispensables reflexiones al respecto de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Objeto del DIPr y Especialización Normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.

⁴⁹ *Vid.* S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017, pp. 347 y ss. En

ello un título competencial claro del Derecho de la UE que justifica la intervención del TJUE y que no existiría si no se hubiera ejercido la circulación⁵⁰.

En tercer lugar, el TJUE encuentra ventajas importantes en la aplicación del método de reconocimiento, para no afectar el interés general ni el orden público de los Estados miembros y respetar el principio de proporcionalidad en la intervención de la UE⁵¹. No se trata de obligar a incluir el matrimonio en sus órdenes constitucionales y legislaciones; solo de reconocer el acto jurídico de otro Estado miembro.

12. Afirmada las bondades del método del reconocimiento en el TFUE, en el asunto *Coman* se pasa de puntillas por la cuestión de qué hubiera ocurrido si el matrimonio se hubiera celebrado en un tercer Estado. Por ejemplo, si en lugar de un matrimonio de un rumano y un estadounidense celebrado ante autoridades belgas, el matrimonio se hubiera celebrado ante autoridades estadounidenses. Ya no opera el principio de Estado de origen ni con ello una presunción de validez de dicho matrimonio en el Estado de origen. Por consiguiente, *prima facie* el Estado miembro de destino podría exigir un reconocimiento conflictual y exigir que el matrimonio fuera válido conforme a las normas de DIPr del Estado de acogida. Ahora bien, subsiste la obligación de atenuar el orden público del Estado de acogida y de no negar la eficacia por el único impedimento de que se trate de cónyuges del mismo sexo.

3. Impacto de la lógica internacional en los sistemas constitucionales

13. En la litigación internacional expuesta ante el TEDH y el TJUE, los Estados demandados se han defendido con vehemencia invocando la vulneración de su orden constitucional. Esto ha reabierto el debate clásico sobre conflictos de constituciones y la supremacía o primacía del Derecho internacional y de la UE; máxime cuando el TJUE no ha dudado en afirmar que la vocación del estatuto del ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros⁵². No es este el lugar para abordar esta cuestión, pero sí para recordar que el ordenamiento de la UE y los ordenamientos estatales son sistemas jurídicos autónomos que concurren en un mismo territorio⁵³, pero que tienen un presupuesto de validez distinto y que, por ello, se entienden por relaciones de compatibilidad, por un bimomio de cumplimiento-incumplimiento y por interacciones de *inputs* y *outputs*. Ciertamente, las autoridades estatales, que lo son a la vez de la UE, se enfrentan al dilema de cumplir con lo regulado en su constitución para el matrimonio igualitario o cumplir con el Derecho de la UE, incumpliendo uno de los dos⁵⁴.

España, *vid.* M. SOTO MOYA, *op. cit.*, pp. 172 y ss.; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, pp. 93 y ss. En términos más generales, son imprescindibles los trabajos de E. JAYME y C. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 501-514, esp. pp. 501-503; *id.*, “Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe”, *ibid.*, vol. 24, 2004, pp. 481-493, esp. pp. 483-484; P. LAGARDE, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé”, *R. des C.*, t. 371, 2014, pp. 9-42, pp. 26-30; e Y. LEQUETTE, “Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?”, *R. des C.*, t. 387, 2016, pp. 9-644, pp. 559 y ss.

⁵⁰ De hecho, el Tribunal exige que se haya activado la libre circulación, es decir, que se haya ejercido en otro Estado miembro; por consiguiente, la afectación al Estado miembro de la nacionalidad se produce cuando existe una circulación de regreso. *Vid.* apartado 31 y precedentes como la STJCE de 7 de julio de 1992, *Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296, apartados 21 y 23.

⁵¹ Apartado 45.

⁵² Apartado 30 y previamente STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, apartado 31; STJUE de 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, apartado 41.

⁵³ El Tribunal de Justicia ha afirmado que, aunque el TCEE había sido concluido bajo la forma de un acuerdo internacional, no deja de ser la “*carta constitucional de una comunidad de Derecho*” [Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apartado 21], constituyendo un “*ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros*” (STJCE de 15 de julio de 1964, *M. F. Costa c. ENEL*, 6/64, EU:C:1964:6). Ya con anterioridad la STJCE de 5 de febrero de 1963 [*van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 26-62, EU:C:1963:1] se refería a un Derecho europeo independiente de las legislaciones de los Estados miembros. En España, la Declaración 1/2004 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre de 2004 (*BOE* supl. al núm. 3, 4-I-2005) no dudó en calificar a la UE como un “*ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio*”, en cuyo marco el Derecho europeo es “*un sistema normativo autónomo*” (FF.JJ. 2 y 4).

⁵⁴ Nótese las serias dudas sobre el cumplimiento de la Sentencia *Coman* en Rumania, *vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos de las personas LGBTIQ en la Unión Europea (2021/2679(RSP)) (2022/C 117/01). Este incumplimiento ha originado una demanda ante el TEDH. *Vid.* L. A. PÉREZ MARTÍN, “El caso *Coman*

A este respecto, el Derecho internacional y el de la UE emiten una serie de *outputs*. A los más obvios amenaza de sanciones que se deriven por el incumplimiento del ordenamiento de la UE e influencia y presión para reformar los sistemas constitucionales, se une un tercer *output* posibilista: una invitación a que los Estados miembros atenúen su orden público y reduzcan, así, la tensión entre sistemas. Los Estados miembros pueden recoger esa invitación como un *input* y considerar que no hay lesión a su Constitución, porque no se obliga a celebrar matrimonios del mismo sexo, sino simplemente a reconocer los actos celebrados en otros Estados miembros. Dicha atenuación del orden público operaría de dos formas: bien a través de la transposición de instituciones y asimilación del matrimonio a una unión de hecho protegida en el Estado de acogida (modelo del TEDH); bien a través de la minimización de efectos y reconocimiento solo de aquellos efectos que permita el ejercicio de la libertad fundamental de circulación (modelo del TJUE). Con este planteamiento ya se pueden abordar las cuestiones propias al Derecho matrimonial y a una lógica de Derecho privado.

III. Lógica de Derecho privado en el matrimonio igualitario transfronterizo

1. Validez y eficacia del matrimonio transfronterizo igualitario

A) La despreocupación de la UE por la celebración del matrimonio transfronterizo igualitario

14. La UE se ha despreocupado de las cuestiones jurídicas relativas a la celebración de matrimonios en general y entre parejas del mismo sexo en particular. En supuestos puramente internos esto se explica por la ya aludida falta de una competencia normativa para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros⁵⁵. A lo sumo, del CEDH se desprende ya una obligación para los Estados parte de regular de forma efectiva las parejas del mismo sexo. En cualquier caso, en supuestos transfronterizos esta despreocupación es menos justificable, pues puede defenderse una competencia de la UE para unificar las normas de DIPr sobre la celebración del matrimonio⁵⁶. Sorprenden, de hecho, los avances en la libre circulación de decisiones sobre crisis matrimoniales frente a la despreocupación por la libre circulación de matrimonios como actos jurídicos, sin reparar en que la portabilidad del estado civil afecta a la libre circulación de personas.

15. Esta situación da un margen de actuación amplio a los Estados miembros, para abordar fenómenos como el “turismo matrimonial” o aquella práctica en la que se busca la autoridad de un Estado miembro cuyo ordenamiento permite el matrimonio igualitario, aunque esté poco vinculada con las circunstancias de los contrayentes. En España, efectivamente se aplica la ley española a la posibilidad de celebrar el matrimonio igualitario, aunque no esté permitido por la ley de la nacionalidad de los contrayentes⁵⁷. No es tanto una cuestión de capacidad individual de los contrayentes, sino un aspecto con-

entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ¿ilícito? a la práctica a la libertad de circulación en la UE”, en P. JIMÉNEZ BLANCO e I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza*, Madrid, Colex, en prensa (cortesía del autor).

⁵⁵ Cf. apartado 37 de la Sentencia *Coman* antes citada y, en el mismo sentido, STJUE de 24 de noviembre de 2016, *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, apartado 59. En la doctrina, entre otros, *vid.* M. REQUENA CASANOVA, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto *Coman* y otros”, *RDCE*, núm. 62, 2019, pp. 41-79, pp. 49-52.

⁵⁶ Ciertamente el artículo 81 del TFUE, al referirse a los conflictos de leyes, se refiere a la “*cooperación judicial*” en asuntos civiles. Pero no puede olvidarse que el DIPr aplicable a la celebración del matrimonio afecta de lleno a una acción judicial, la de nulidad matrimonial, como se verá después. Tampoco, que el legislador ya ha lanzado propuestas para unificar aspectos del estado civil al margen de su determinación por un órgano jurisdiccional. Así ocurre con la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM(2022) 695 final, 2022/0402(CNS), Bruselas, 7.12.2022. Esta propuesta se aplicaría a la determinación de la filiación, sea en un contexto judicial o no, y a documentos públicos que pueden ser certificaciones registrales en las que no ha existido un proceso jurisdiccional.

⁵⁷ *Vid.* la Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 *sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo*, BOE n° 188, 8-VIII-2005. En la doctrina, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 26 y ss.; E.

sustancial al matrimonio a celebrar entre dos personas, que, además, expresa el ejercicio de un derecho fundamental y que, por ello, se somete a la ley española como ley de la autoridad de celebración⁵⁸. En este contexto debe entenderse la demanda pendiente ante el TEDH por la no expedición de certificados de capacidad matrimonial por Estados de la nacionalidad contrayentes contrarios al matrimonio igualitario⁵⁹. Sorpresivamente se demanda a Polonia por no expedirlos, en lugar de a España por requerirlos, cuando es el propio ordenamiento español el que considera esta una cuestión regida por la ley española y ajena a un certificado de capacidad.

16. Sea como fuere, la eventual práctica de “turismo matrimonial” por celebrar matrimonios al margen de lo dispuesto por la ley nacional de los contrayentes se mitiga con la exigencia de que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en España para poder celebrar el matrimonio⁶⁰. En modo alguno cabe aplicar requisitos de competencia distintos a los de los matrimonios de distinto sexo⁶¹. Tampoco parece existir un riesgo de “turismo matrimonial” en relación con el matrimonio celebrado por el cónsul o diplomático encargado del Registro Civil en el extranjero⁶². Es sabido que este matrimonio exige una vinculación relevante con el Estado del cónsul⁶³ y, además, el Estado de recepción puede oponerse a la celebración de matrimonios del mismo sexo⁶⁴, si estos suponen una vulneración de su ordenamiento⁶⁵. Cabría, no obstante, evitar estos inconvenientes y permitir que el cónsul fuera simplemente instructor del expediente y delegara en otra autoridad española la celebración del matrimonio⁶⁶.

B) El reconocimiento del matrimonio igualitario celebrado por autoridad extranjera

17. El hecho de que en España se celebre el matrimonio igualitario con independencia de lo que disponga la ley nacional de los contrayentes puede suponer que el matrimonio sea claudicante y no susceptible de reconocimiento en algunos terceros Estados⁶⁷. En la UE, a día de hoy tampoco existen

ZABALO ESCUDERO y P. DIAGO DIAGO: “Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista”, *Estudios de Derecho Judicial, Novedades legislativas en materia matrimonial*, nº 130, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 245-310, esp. pp. 277-285; y, desde una perspectiva más crítica, P. ABARCA JUNCO y M. GÓMEZ JENE, “Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *REDI*, vol. LVIII, 2006-1, pp. 309-318, esp. pp. 314-315. Atendiendo a un análisis comparado, *vid.* J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Capacidad para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Problemas de Derecho Internacional Privado. Una visión comparada España-Canadá”, *ADC*, t. LXIII, 2020, pp. 637-676, esp. pp. 644 y ss.

⁵⁸ *Vid.* la citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 y, por todos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Nota a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515, esp. p. 513; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica”, *La Ley*, núm. 6629, 15.1.2007, pp. 1-15. *Vid.* ya tempranamente sobre la aplicación de la ley de la autoridad, *Vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 90-96 y 178 y ss.

⁵⁹ *Szypula v. Poland*, 78030/14 y 23669/16.

⁶⁰ Artículo 51 Cc. *Vid.* la ya citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005.

⁶¹ *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2022, § 335.

⁶² Artículo 51.2.3º Cc.

⁶³ Al menos uno de los contrayentes debe ser la nacionalidad del cónsul y al menos uno de los contrayentes debe estar domiciliado en la demarcación del cónsul, además de que ninguno de los contrayentes debe ser de la nacionalidad del Estado de recepción.

⁶⁴ Artículo 5, apartado f) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963; artículo 13.b) Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11 de diciembre de 1967.

⁶⁵ Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 *antes citada*, § IX.

⁶⁶ *Cf.* la citada Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, § IX, si bien referido al antiguo artículo 57 Cc ya reformado, y al artículo. 250 RRC.

⁶⁷ *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado”, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, Comares, 2009, pp. 69-80, esp. pp. 74-78; M. SOTO MOYA, “Matrimonio, orientación sexual e integración del extranjero”, *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-714 (versión consultada en www.digibug.ugr.es, pp. 1-36, esp. pp. 28 y ss).

normas europeas sobre el reconocimiento de matrimonios entre Estados miembros⁶⁸. En consonancia con lo señalado en el apartado anterior, en la agenda de la UE debería estar la unificación de las normas de DIPr sobre la celebración del matrimonio y su reconocimiento entre Estados miembros. Sea como fuere, está claro que el reconocimiento del matrimonio del mismo sexo ha sido hasta ahora una materia sometida al DIPr del Estado requerido y a sus consideraciones de orden público⁶⁹. Cuando este no admita los matrimonios del mismo sexo, el resultado podría ser *prima facie* la denegación de la inscripción.

18. No obstante, la cuestión es si la doctrina *Coman* es extensible en este punto, de tal manera que se deben reconocer los matrimonios, válidamente celebrados conforme al ordenamiento de otro Estado miembro, incluidas sus normas de DIPr. A tal efecto, y como ya se ha indicado, está pendiente una cuestión prejudicial de 23 de noviembre de 2023 planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo polaco, en el asunto *JC-T* y *MT*. Sin adelantar nada sobre el caso, es verdad que la Sentencia *Coman* insiste enormemente en su carácter excepcional y en su referencia únicamente al derecho de residencia de un cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la UE⁷⁰. A ello se une la jurisprudencia del TEDH que no eleva a derecho humano el matrimonio igualitario y, por tanto, no impide todavía invocar el orden público en contra.

Sea como fuere, también es cierto que, de forma embrionaria, la Sentencia *Coman* sentó dos bases muy útiles *pro futuro* para el DIPr sobre cómo afrontar la eficacia civil de un matrimonio igualitario, que pueden ser desarrolladas en la futura sentencia en el asunto *JC-T* y *MT*. La primera, la necesidad de que prime un método de reconocimiento del acto más que un método puramente conflictualista, sobre la base de la idea de la portabilidad del estado civil. Y ello sin perjuicio de exigir una vinculación real y significativa del acto jurídico con el Estado miembro de origen, sin amparar prácticas de “turismo matrimonial”⁷¹. La segunda premisa derivada del asunto *Coman* es la necesidad de atenuar el orden público nacional del Estado de la autoridad que conozca del caso. Al menos, los matrimonios igualitarios tendrán que ser reconocidos como uniones de hecho protegidas⁷².

La interrogante es si el TJUE irá más allá en el caso pendiente *JC-T* y *MT*. No es descartable que el principio de no discriminación pueda ser invocado para obligar al reconocimiento de los matrimonios igualitarios celebrados en otros Estados y, con ello, reducir el principio de identidad nacional de los Estados miembros contrarios a estos, cosa que el TEDH ha evitado hasta este momento y que el TJUE no hizo en el asunto *Coman*⁷³. Pero, sobre todo, es probable que el TJUE haga una lectura no solo desde el respeto a los derechos humanos. Hasta la fecha todos los casos en los que se han planteado cuestiones de portabilidad de identidad o de estado civil han sido resueltas a favor de un reconocimiento obligado en el Estado de destino por su vinculación a la libre circulación de personas⁷⁴. Así ha sucedido en materia de nombre, en los casos *García Avello*⁷⁵ y *Grunkin Paul*⁷⁶, en materia de filiación, en el asunto *Pancharevo*⁷⁷, y en materia de género, al menos en las conclusiones del asunto *Mirin*⁷⁸. Nada indica que no ocurra lo mismo con el matrimonio igualitario.

⁶⁸ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El impacto de la admisión del matrimonio...”, *loc. cit.*, pp. 63-64.

⁶⁹ En España, artículo 98.1 LRC. Vid. E. ARTUCH IRIBERRI, “La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LIV, 2002-1, pp. 41-63, pp. 58-63.

⁷⁰ Cf. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios...”, *loc. cit.*, § 6; A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, p. 159.

⁷¹ Cf. P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, nº 35, 2018, pp. 1-49, esp. pp. 39-40.

⁷² Sobre la situación de las uniones registradas del mismo sexo, *vid.* apartado 36 de la Sentencia *Coman*, *cit.*

⁷³ Vid. J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio, las familias y la protección del menor en el ámbito internacional*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 37.

⁷⁴ *Vid.*, en el mismo sentido, A. DURÁN AYAGO, *op. cit.*, p. 158.

⁷⁵ Vid. STJCE (Gran Sala) de 2 de octubre de 2003, C-148/02, EU:C:2003:539. La doble identidad se produce por una situación de doble nacionalidad entre Estados miembros, un menor hispano-belga cuyo nacimiento debe inscribirse en ambos países.

⁷⁶ Vid. STJCE (Gran Sala) 14 de octubre de 2008, C-353/06, EU:C:2008:559. En este caso, la doble identidad se produce por la necesaria inscripción en el Estado miembro de la nacionalidad y en el Estado miembro de nacimiento y residencia.

⁷⁷ Vid. STJUE (Gran Sala) 14 de diciembre de 2021, C-490/20, C-490/20, EU:C:2021:1008.

⁷⁸ Conclusiones del Abogado General J. R. DE LA TOUR, de 7 de mayo de 2024, C-23/4, UE:C:2024:385.

C) Patologías de las acciones de nulidad de matrimonio igualitario transfronterizo

19. La competencia judicial internacional para las acciones de nulidad matrimonial está recogida en el Reglamento (UE) 2019/1111⁷⁹, en los mismos términos y con la misma amplitud que el divorcio y la separación, sin reparar en que se tratan de acciones muy distintas, como se evidencia en los supuestos de matrimonios entre personas del mismo sexo. La pregunta es si los tribunales de un Estado miembro deben conocer de acciones de nulidad del matrimonio del mismo sexo constituido conforme a otro ordenamiento a pesar de que en el Estado del foro no se reconozcan dichos matrimonios. Piénsese, por ejemplo, en el matrimonio igualitario español de dos polacos residentes en España; imagínese, incluso, que con el tiempo y antes de presentar la demanda regresan a Polonia donde fijan su residencia. ¿Deben los tribunales polacos conocer de una acción de la nulidad del matrimonio celebrado ante autoridad española?

20. Esta situación puede provocar patologías jurídicas. Por un lado, en la normativa actual nada impide anular matrimonios del mismo sexo totalmente válidos en el Estado de celebración, en lo que es una “exacerbación del orden público” de los Estados contrarios al matrimonio igualitario. Por otro lado, puede darse un conflicto de órdenes públicos: en el Estado del foro se anula el matrimonio del mismo sexo por ser contrario a su orden público; en el Estado de celebración no se reconoce dicha sentencia precisamente por vulnerar el orden público favorable al derecho a un matrimonio igualitario como derecho fundamental. Este conflicto se produce porque, bajo la noción de orden público, coexisten dos concepciones. Hay un orden público “portable”, el del Estado de constitución del matrimonio, vinculado a la validez universal de sus propios actos, que tiene vocación de circular en otros Estados miembros⁸⁰. Por otra parte, hay un orden público estático, el de cualquier otro Estado miembro distinto, vinculado a la eficacia territorial de un acto extranjero y construido en términos defensivos de no reconocimiento de actos de otro ordenamiento en su territorio. Este orden público estático en modo alguno tiene vocación de circular en otros Estados miembros⁸¹.

21. La normativa europea actual no aborda este problema. El Reglamento (UE) 1259/2010, sobre ley aplicable a la separación y divorcio⁸², expresamente excluye de su ámbito de aplicación la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio, así como la nulidad matrimonial⁸³. El ya citado Reglamento (UE) 2019/1111, que sí incluye las acciones de nulidad a los efectos de la competencia judicial y el reconocimiento, tampoco soluciona estas patologías. De hecho, ni siquiera atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio para las acciones de nulidad, los cuales garantizarían que el matrimonio no fuera anulado en ningún caso por un mero impedimento de género.

2. La tutela judicial en casos de separación, divorcio y régimen económico del matrimonio transfronterizo igualitario

A) Inhibición de tribunales de Estados miembros para el matrimonio igualitario

22. Los Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario se enfrentan a un dilema: prestar una tutela judicial efectiva a los cónyuges del mismo sexo en materias como separación, divorcio o

⁷⁹ Del Consejo, de 25 de junio de 2019, *DOUE* n° L 178, 2.7.2019.

⁸⁰ *Vid.*, destacadamente, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, pp. 273 y ss., sobre la aplicación de la teoría del “ordenamiento competente” a estas cuestiones.

⁸¹ *Vid.*, sobre las distintas finalidades de la acción de nulidad matrimonial, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales (Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español)*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2004, pp. 179 y ss.

⁸² Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, *DOUE* n° L 343, 29.12.2010.

⁸³ Artículo 1.2, apartados b) y c).

régimen económico matrimonial, o permitir que sus órganos jurisdiccionales se inhiban respecto de un matrimonio que su ordenamiento no admite. En esta tesitura, atribuir competencia a los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio del mismo sexo puede ser una solución óptima. Presentarán una proximidad jurídica relevante y el matrimonio será válido en ese ordenamiento, de forma que los cónyuges encontrarán en esos tribunales la mínima tutela judicial efectiva.

23. La inhibición está prevista en el Reglamento (UE) nº 1259/2010, para la separación y el divorcio⁸⁴, y en el Reglamento (UE) nº 2016/1103 para los regímenes económicos matrimoniales⁸⁵. Entre una y otra redacción hay diferencias en la técnica, en la formulación, en el margen de apreciación judicial, en el procedimiento⁸⁶. También hay diferencias en los Estados miembros participantes, ya que se trata de actos de cooperación reforzada en los que la mayoría de Estados miembros contrarios al matrimonio igualitario no ha participado, quizá con excepciones como la de Bulgaria o Rumania, en este último caso solo en relación con el Reglamento de 2010⁸⁷. Pero la diferencia fundamental está en los efectos de una y otra normativa. En materia de separación y divorcio, podrían concurrir inhibiciones en cadena y el riesgo de que ningún otro tribunal prestase tutela judicial efectiva⁸⁸. Este riesgo concurre porque no está prevista en ningún caso la competencia de los tribunales del Estado de celebración. Ni siquiera parece posible recurrir a las legislaciones estatales para solucionar esta cuestión respecto de cónyuges requeridos que sean nacionales o residan en un Estado miembro⁸⁹.

Mucho más avanzado es el Reglamento 2016/1103. En él, para estos casos, se prevé la competencia los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio del mismo sexo, que garantizan la tutela judicial efectiva, pues no encontrarán problemas de reconocimiento o validez de un matrimonio del mismo sexo creado al amparo de su propio ordenamiento. Esta solución se articula de dos formas: una, jerárquica, a través de una sumisión de las partes a dichos tribunales derogando la competencia de cualquier otro tribunal; otra, alternativa, en defecto de sumisión de las partes, en la que los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio se presentan como una alternativa a la competencia de cualquier otro tribunal que pudiese encontrarse con el mismo problema de inhibición⁹⁰.

⁸⁴ Cf. el artículo 13. El Preámbulo, en su apartado 26, es muy significativo cuando explica que un tribunal no considera válido un matrimonio a los efectos de la crisis matrimonial es tanto como interpretar que el matrimonio no existe. Al respecto, *vid.* J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Reglamento 2201/2003 regulador de la competencia judicial internacional en materia de separación judicial y/o divorcio: inclusión o exclusión”, *Ius et Praxis*, nº 1, vol. 24, 2018, pp. 207-242, p. 221.

⁸⁵ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, *DOUE* nº L 183, 8.7.2016. *Vid.* su artículo 9, con una expresión un tanto errática: “en su DIPr no está reconocido el matrimonio en cuestión”.

⁸⁶ En la técnica, el primer reglamento regula el sector de la ley aplicable y el segundo regula los tres sectores y esta cuestión la ubica en el sector de la competencia judicial internacional. En la formulación, el primero lo señala en sentido negativo (no dictar sentencia) mientras que el segundo lo hace en sentido positivo (inhibirse). Por lo que respecta al margen de apreciación, el primero no se refiere a la excepcionalidad, cuando el segundo sí. En cuanto al procedimiento, el primero no fija ninguna obligación procesal, en tanto en cuanto el segundo exige que no haya una dilación indebida.

⁸⁷ El Reglamento 1259/2010 se aplica a diecisiete Estados miembros; el 2016/1103 a dieciocho. Aplican únicamente el Reglamento de 2010: Estonia, Letonia, Lituania, Hungría y Rumania. Solo aplican el de 2016: Chipre, Chequia, Croacia, Finlandia, Países Bajos y Suecia. Aplican ambos: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Grecia, España, Eslovenia, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta y Portugal.

⁸⁸ Cf., en detalle y muy acertadamente, M. A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del “forum necessitatis” al Reglamento Bruselas II “bis”», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 63, 2019, pp. 407-448, *passim*.

⁸⁹ Artículo 6.2.

⁹⁰ El considerando 38 expresamente lo recoge: “*todo órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda tras la inhibición, distinto de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio, podrá asimismo verse excepcionalmente en la necesidad de declinar su competencia en las mismas condiciones*”. Así ocurriría si existe una sumisión a los tribunales del Estado miembro cuyo ordenamiento rige el régimen económico matrimonial, pero que no necesariamente reconocen el matrimonio del mismo sexo. En defecto de sumisión, cabe estar a los tribunales de otros Estados miembros, según las reglas generales: residencia habitual común o última residencia común si al menos un cónyuge reside allí; residencia habitual del demandado o nacionalidad común de los cónyuges. El título del precepto y el considerando 38 da a entender que hay una relación de alternatividad entre estos tribunales. *Vid.*, al respecto y por todos, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 327-334.

B) Foro de necesidad y matrimonio igualitario vinculado a terceros Estados

24. Hasta aquí se ha analizado el problema de la inhibición de tribunales de Estados miembros. Pero también puede ocurrir que el proceso sobre matrimonios del mismo sexo no pueda iniciarse en un tercer Estado con el cual el asunto presenta conexiones estrechas precisamente porque el ordenamiento de ese tercer Estado no reconozca la validez de dichos matrimonios. Téngase en cuenta, además, que, como ya se ha indicado, algunos de los Estados miembros que no reconocen el matrimonio igualitario (p.e. Letonia, Lituania o Polonia) son terceros Estados, pues no han participado en la cooperación reforzada de los Reglamentos (UE) 1259/2010 y 2016/1103.

En estos casos, si el matrimonio se ha celebrado en un Estado miembro, resulta oportuno que los tribunales de dicho Estado puedan conocer por razones de necesidad. Piénsese, a modo de ejemplo, en los dos rusos residentes en España que contraen matrimonio en España, sin que, en modo alguno exista “turismo matrimonial”, pero que, después, regresan a Rusia donde fijan su residencia. Es muy probable que los tribunales rusos no presten tutela judicial a este matrimonio; los tribunales españoles, aunque no tienen competencia, deberían dar tutela judicial efectiva.

25. El Reglamento 2019/1111 no contempla un foro de necesidad en los términos expuestos ni, por tanto, habilita esta tutela judicial efectiva para el matrimonio del mismo sexo⁹¹. No obstante, si el cónyuge requerido es nacional y residente de tercer Estado, puede aplicarse la ley interna⁹²; y, en este caso, la LOPJ sí permitiría el juego de un foro de necesidad⁹³. Respecto de los litigios económicos matrimoniales, el Reglamento (UE) n° 2016/1103 afortunadamente sí regula un foro de necesidad, que tendría total operatividad en este caso⁹⁴. Por un lado, el proceso no puede iniciarse o resulta imposible en un tercer Estado con el cual el asunto presenta conexiones estrechas. Por otro, el asunto presenta una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que va a conocer, la propia celebración del matrimonio.

C) Interacciones con la tutela judicial ejecutiva

26. Junto con la tutela judicial declarativa, deben mencionarse los aspectos relativos a la tutela por ejecución. En el ámbito estatal, cuando España sea el Estado requerido de reconocimiento, no habrá problema en reconocer resoluciones relacionadas con el matrimonio igualitario. En el ámbito convencional, apenas hay convenios que se apliquen estas materias, pero los Estados contratantes pueden negarse al reconocimiento de estas resoluciones si el matrimonio igualitario como cuestión previa no es reconocido. A lo sumo, el fallo de esas resoluciones podría ser adaptado y aminorado a los efectos que pudieran tener las uniones de hecho protegidas. Pero, sin duda, el mayor interés se encuentra en el ámbito de la UE. Los motivos de denegación de reconocimiento de las decisiones en materia de régimen económico matrimonial deben ser aplicados, según el Reglamento (UE) 2016/1103, con respeto a los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta y, en particular, al principio de no discriminación⁹⁵. Parece una obviedad, aunque su inclusión también podría verse como una exigencia de atenuación del orden público de estos Estados miembros. De este modo, no se deja de reconocer un reparto judicial de bienes, por ejemplo, por el hecho de que el matrimonio igualitario no tenga efectos.

⁹¹ *Vid.*, exhaustivamente, M. A. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *loc. cit.*, pp. 416 y ss.

⁹² *Vid.*, por todos, A. S. DE SOUSA GONÇALVES, *Matérias matrimoniais e responsabilidades parentais na União Europeia*, Coimbra, D'Ideias, 2023, pp. 78-80.

⁹³ Artículo 22.octies.3. Sería uno de los casos en los que “*los tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia*” y “*el supuesto litigioso presente vinculación con España*”, dado que es el Estado de constitución del matrimonio.

⁹⁴ Artículo 11. *Vid.*, por todos, H. MOTA, *Casamento e Património nas Relações Privadas Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 131.

⁹⁵ Artículo 38.

27. Curiosamente el Reglamento (UE) 2019/1111 para el reconocimiento de resoluciones de crisis matrimoniales no contiene una disposición semejante sobre el principio de no discriminación. Podría pensarse que no es necesario reconocer la separación, divorcio o anulación matrimonial si el matrimonio no produce efectos. Pero esta premisa admite dos matices. Por un lado, si, como se ha destacado, no es descartable que en una futura sentencia sobre el asunto *JC-T* y *MT* el TJUE exija el reconocimiento a los matrimonios igualitarios, a partir de ese momento será necesario también reconocer las resoluciones judiciales sobre crisis matrimoniales. Por otro lado, no conviene olvidar la interacción entre la tutela declarativa y por ejecución. Y es que la posibilidad de reconocer resoluciones de separación, divorcio o nulidad matrimonial precisamente obliga a dar tutela judicial declarativa para cuestiones económicas derivadas de aquellas. Así, el juez ya no puede inhibirse conforme al Reglamento (UE) 2016/1103, por mucho que su ordenamiento no admita el matrimonio igualitario⁹⁶.

3. Hacia la equiparación de derechos personales y patrimoniales de los cónyuges del mismo sexo o género

A) Nacionalidad e identidad los cónyuges del mismo sexo o género

28. La atenuación del orden público para reconocer ciertos efectos transfronterizos al matrimonio igualitario puede jugar con distinta intensidad. Así, podría entenderse que la adquisición de la nacionalidad por matrimonio de un Estado miembro contrario a la institución igualitaria estaría vedada al cónyuge del mismo sexo, sin posibilidad de atenuar el orden público a una cuestión que sigue siendo competencia exclusiva de los Estados y expresiva de su identidad nacional. No parece que en el asunto pendiente y ya citado *JC-T* y *MT* se vaya a entrar en este tema.

Al contrario, cabría atenuar el orden público y reconocer como mínimo efecto la adquisición de apellidos entre cónyuges del mismo sexo, aunque el matrimonio no produzca efectos en el Estados de reconocimiento⁹⁷. Desde los conocidos asuntos *García Avello* y *Grunkin Paul*, ambos previamente citados, se ha consagrado un derecho europeo a la identidad única de rango constitucional, que debe ser reconocida por todos los Estados miembros; la invocación del orden público en sentido contrario no parece proporcional⁹⁸. A este respecto, la ya citada cuestión prejudicial pendiente en el asunto *JC-T* y *MT* evidencia que las autoridades polacas, pese a no reconocer los matrimonios igualitarios, sí reconocen la identidad de los cónyuges derivada del matrimonio.

B) Derechos alimenticios y sucesorios del cónyuge del mismo sexo o género

29. La pensión alimenticia y los derechos sucesorios del cónyuge del mismo sexo implican un planteamiento previo de la validez del matrimonio igualitario⁹⁹. El Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias¹⁰⁰ deja claro que las decisiones dictadas en aplicación del mismo no prejuzgan la existencia del matrimonio¹⁰¹. En el mismo sentido debe interpretarse el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones, cuando excluye las relaciones de familia de su ámbito de apli-

⁹⁶ Artículo 9.3 del Reglamento (UE) 2016/1103. No parece que el Estado del juez contrario al matrimonio igualitario y que debe conocer de la litigación económica pueda negarse a reconocer la separación o divorcio. *Vid.* M. SOTO MOYA, «La aplicación de los Reglamentos 2201/2003 (Bruselas II bis) y 1259/2010 (Roma III) a los matrimonios del mismo sexo», *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 de octubre de 2011, Valencia*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 595-605, esp. p. 598.

⁹⁷ Sobre esta problemática, *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 178-180.

⁹⁸ *Vid.*, sobre la proporcionalidad en este tema, STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, EU:C:2010:806; y STJUE de 2 de junio de 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff* antes citado.

⁹⁹ *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *op. cit.*, pp. 172-185.

¹⁰⁰ Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, *DOUE* n° L 331, 16.12.2009.

¹⁰¹ Artículo 1.

cación¹⁰². La validez del matrimonio del mismo sexo se someterá, como cuestión previa, a las normas de DIPr del Estado del juez¹⁰³. Si este Estado reconoce el matrimonio del mismo sexo, se procederá a la determinación de la ley aplicable a los alimentos y a los derechos sucesorios, al margen de que esta ley no reconozca tal condición a los cónyuges del mismo sexo. Una conclusión, no obstante, que no ha quedado muy clara en el Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 2007¹⁰⁴.

30. El problema se presenta cuando el Estado del juez no reconoce el matrimonio del mismo sexo conforme a sus normas de DIPr. Diecisiete años después del Protocolo de La Haya y doce después del Reglamento europeo de sucesiones, debe darse una lectura más allá de la mera negación de los derechos, por lo menos, en el ámbito de Estados contratantes del CEDH y, por extensión, de la UE¹⁰⁵. A día de hoy, el orden público debe atenuarse. La atenuación material se fundamenta en la jurisprudencia del TEDH e implica un reconocimiento funcionalmente equivalente a los derechos alimenticios o sucesorios de una pareja de hecho, a modo de sustitución¹⁰⁶. Es más, con una hipotética sentencia del TJUE en el asunto pendiente *JC-T* y *MT* favorable a la portabilidad del estado civil adquirido en otro Estado, la equiparación de derechos sería imparable entre ciudadanos de la UE. Si esto no fuera suficiente, y en particular para nacionales de terceros Estados, cabría una atenuación espacial del orden público. En este sentido, el orden público del Estado del juez no es necesariamente el más vinculado con el caso, como para negar la concesión *erga omnes* de derechos alimenticios o sucesorios¹⁰⁷. Así, para negar una pensión alimenticia al cónyuge del mismo sexo debería, al menos, ser contrario al orden público del Estado del foro y al orden público del Estado de residencia habitual común de los cónyuges, como ordenamiento más estrechamente vinculado al que se refiere el artículo 5 del Protocolo de La Haya¹⁰⁸. Para negar los derechos sucesorios, el matrimonio del mismo sexo debería ser contrario no solo al orden público del Estado del foro, sino también del Estado cuyo ordenamiento rige la ley sucesoria¹⁰⁹.

IV. Conclusiones

- 1.^a El TEDH se muestra prudente al declarar que no existe un derecho humano al matrimonio del mismo sexo, pero sí a una protección efectiva como pareja por respeto a la vida familiar, concepto mucho más adecuado para una interpretación dinámica y actual del CEDH.

¹⁰² Artículo 1.2.a).

¹⁰³ Cf. § 31 del Informe explicativo de A. BONOMI del Protocolo de La Haya de 2007, publicado en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=4898&dtid=3>. En él se señala que la pensión alimenticia entre cónyuges del mismo sexo fue una cuestión controvertida y objeto de un deliberado silencio, en un momento, 2007, donde existían “*oposiciones fundamentales*”.

¹⁰⁴ Cf. § 31 del citado Informe de A. BONOMI, cuando recuerda “*la posibilidad en un caso concreto de denegar, por razones de orden público, la aplicación de una ley extranjera que reconozca una obligación alimenticia derivada de dichas relaciones controvertidas*”. Si la condición de cónyuge es una cuestión previa, ya no debería quedar sometida a la ley rectora de los alimentos como cuestión principal. Se trata, no obstante, de un defecto técnico quizá menor, porque en la práctica el orden público del foro que veta la cuestión previa es el que vetará la cuestión principal es el mismo.

¹⁰⁵ En el Reglamento (UE) 650/2012 no puede pasar desapercibida la alusión a la prohibición de cualquier forma de discriminación en su aplicación, cf. el considerando 58 del Preámbulo.

¹⁰⁶ Cf. M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 122, 2008, pp. 913-941, p. 938. El propio Informe al Protocolo de La Haya de 2007, en su § 31, permite cierta falta de uniformidad en el Protocolo por la falta de “*consenso necesario*” y señala que los Estados firmantes podrían aplicar a estas parejas de hecho el artículo 5, “*norma especial sobre cónyuges y excónyuges*” o los artículos 3 y 6, “*norma general sobre la ley aplicable*”.

¹⁰⁷ El Informe explicativo del Protocolo de La Haya no excluye del todo un debate clásico: si puede estarse a la validez del matrimonio conforme a las normas de DIPr del ordenamiento competente para regir los alimentos, cf. § 24.

¹⁰⁸ Dejando al margen el impacto de una futura sentencia en el asunto pendiente *JC-T* y *MT*, piénsese en los dos rumanos residentes en España, donde contraen matrimonio, y en el regreso de uno de ellos a Rumania, donde fija su residencia habitual y solicita una pensión alimenticia. El orden público rumano no es el más vinculado; lo es el orden público español, que admite el matrimonio igualitario.

¹⁰⁹ Imagínese el caso contrario al anterior: el matrimonio igualitario en España de dos españoles residentes en Rumania. El orden público rumano no es el más vinculado, si el causante ha elegido la ley española como rectora de su sucesión, donde el matrimonio igualitario está admitido.

- 2.^a Dicha protección efectiva se refiere genéricamente a la legislación civil, sin alusiones concretas al DIPr, pese a que muchos casos de los que han llegado al Tribunal sean transfronterizos.
- 3.^a Por su parte, en el Derecho de la UE, hay unos derechos de los cónyuges del mismo sexo deducidos del propio TFUE sin necesidad de acto derivado por el TJUE sin necesidad del legislador, a partir del método de reconocimiento de actos sin necesidad de normas de conflicto.
- 4.^a De lo expuesto, parece obligado que los Estados contrarios al matrimonio igualitario deben atenuar su orden público: bien a través de la transposición de instituciones y asimilación del matrimonio a una unión de hecho que debe protegerse en el Estado de acogida; bien a través del reconocimiento de unos mínimos efectos que permitan el ejercicio de la libertad fundamental de circulación. Incluso cabe pensar en una futura sentencia del TJUE en el asunto *JC-T* y *MT* que concluya que la portabilidad del estado civil de matrimonio igualitario se vincula directamente a la libre circulación de personas.
- 5.^a La atenuación del orden público permite construir soluciones posibilistas desde la perspectiva del Derecho privado. A día de hoy sorprenden los avances en la libre circulación de decisiones sobre crisis matrimoniales y efectos económicos frente a la despreocupación por la libre circulación de matrimonios como parte de la portabilidad del estado civil.
- 6.^a En este sentido, hay una competencia plena de los Estados para regular la celebración del matrimonio igualitario, pero debe defenderse una competencia de la UE para unificar las normas de DIPr en la materia y su reconocimiento entre Estados miembros.
- 7.^a La falta de ejercicio de esta competencia de la UE provoca una patología y una exacerbación del orden público: los tribunales de un Estado miembro puedan anular matrimonios del mismo sexo totalmente válidos en el Estado de celebración. La normativa europea no prevé ni la posible inhibición de esos tribunales, ni tan siquiera la competencia de los tribunales del Estado de celebración del matrimonio.
- 8.^a La competencia a los tribunales del Estado miembro de constitución del matrimonio igualitario tampoco está prevista para supuestos de separación y divorcio, a diferencia del Reglamento sobre regímenes económico matrimoniales, que garantiza la tutela judicial efectiva en caso de la inhibición de tribunales de Estados miembros contrarios a este matrimonio. Respecto de matrimonios vinculados a terceros Estados, si el proceso no puede iniciarse en dicho Estado, los tribunales del Estado miembro de celebración del matrimonio deben conocer con base en el foro de necesidad.
- 9.^a El orden público parece jugar sin atenuación para impedir la adquisición de la nacionalidad del cónyuge del mismo sexo de Estados contrarios al matrimonio igualitario, aunque debe flexibilizarse en lo que respecta al reconocimiento de los apellidos que se hayan podido adquirir.
- 10.^a Por su parte, la pensión alimenticia y los derechos sucesorios del cónyuge del mismo sexo deben, al menos, equipararse a los que tendrían como pareja de hecho protegida, en caso de que el juez considere, como cuestión previa, inexistente el matrimonio. Además, deberían reconocerse los derechos como cónyuge si el matrimonio es válido en el Estado de residencia habitual común de los cónyuges, a los efectos de la pensión alimenticia, o en el Estado cuyo ordenamiento rige la ley sucesoria.

Algunas reflexiones sobre la evolución del Derecho internacional de la sostenibilidad

Some Reflections on the Evolution of International Sustainability Law

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA

*Catedrático de Derecho internacional público
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 22.09.2024 / Aceptado: 11.10.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8935

Resumen: Esta contribución supone una reflexión sobre la noción de sostenibilidad y su relevancia para el orden internacional. Al ser una noción indeterminada es relevante acercarse a la misma con la finalidad de ver en que medida se refleja en obligaciones jurídicas generales y particulares y si cabe hablar de un derecho internacional de la sostenibilidad. En todo caso el contexto actual geopolítico y económico no es muy positivo, como tampoco lo es la crisis del multilateralismo y de las instituciones internacionales en un derecho internacional en transición.

Palabras clave: Sostenibilidad. Desarrollo sostenible. Derecho internacional de la sostenibilidad. Instituciones y sostenibilidad.

Abstract: This contribution involves a reflection on the notion of sustainability and its relevance for the international order. As it is an indeterminate notion, it is relevant to approach it in order to see to what extent it is reflected in general and particular legal obligations and whether it is possible to speak of an international law of sustainability. In any case, the current geopolitical and economic context is not very positive, nor is the crisis of multilateralism and international institutions in an international law in transition.

Keywords: Sustainability. Sustainable development. International sustainability law. Institutions and sustainability.

Sumario: 1. La conformación progresiva de un orden internacional de la sostenibilidad. 2. Obligaciones generales y particulares en materia de sostenibilidad. 3. Un contexto internacional crítico para la sostenibilidad. 4. La necesidad de reforzar el multilateralismo en tiempos de multilateralismo.

*Este trabajo es en homenaje al prof. ALFONSO CALVO CARAVACA, compañero durante más de tres décadas en la Uc3M, y prestigioso iusinternacionalista. Estas reflexiones sobre la sostenibilidad y el Derecho internacional forman parte de la investigación colectiva que se realiza en el marco del Proyecto I+D de la agencia estatal de investigación titulado “Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad, especial relevancia para España” (PID 2022-13833390B-100).

1. La conformación progresiva de un orden internacional de la sostenibilidad

1. Vivimos en la *era del desarrollo sostenible*, lo que no puede sino afectar a la evolución del Derecho internacional¹, en torno al cual ya ha empezado a haber algunas reflexiones². La Agenda 2030 es, en cierto modo, similar a la *Declaración universal de derechos humanos* de 1948, y puede ser el punto de partida de un *Derecho internacional de la sostenibilidad*. Sería sin duda un mejor orden internacional, más justo³. La preocupación por la sostenibilidad es grande en la Unión Europea, pero sin una agenda integral universal sería una sostenibilidad fallida. La sostenibilidad requiere una agenda global, así como del fortalecimiento del multilateralismo.

2. En el momento de escribir estas líneas se está celebrando la *Cumbre del futuro, de Naciones Unidas* (22, 23 de septiembre de 2024) y los Estados acaban de aprobar un documento final en el que muestran la necesidad de impulsar la financiación del desarrollo sostenible, abordar la paz y la seguridad, la cooperación digital y contribuir a transformar la gobernanza global. Todo ello y aún otras cosas son necesarias para la sostenibilidad.

Entre otras, la sostenibilidad del planeta requiere del cuidado de ecosistemas. Como botón de muestra sobre el amazonas hay una *organización del tratado de cooperación amazónica* en la que se viene debatiendo entre Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela cómo proteger la región. El Presidente de Brasil (Lula da Silva), propuso en la COP 27 de Egipto proteger el “pulmón del planeta” para llegar a una deforestación cero en siete años. Pero no hay un consenso sobre la manera de abordar el tema ni siquiera entre los Estados amazónicos. Así, entre Lula y Gustavo Petro, Presidente de Colombia, no hay acuerdo sobre el papel de la industria petrolera (que defiende Lula, frente a Petro). Y esto es moneda común en muchas iniciativas que son necesarias para impulsar la sostenibilidad.

3. Además el éxito de la sostenibilidad dependerá de que se desarrollen las obligaciones políticas, pero también jurídicas de los Estados, controladas por órganos independientes y con planes multilaterales que la favorezcan. Muchos convenios internacionales establecen obligaciones jurídicas que tienen relación con la Agenda 2030⁴.

¹ Sobre la principal preocupación, que es la lucha contra el cambio climático véase KRAUS, L., *El cambio climático. La ciencia ante el calentamiento global*, Pasado&Presente, Barcelona, 2021. En cuanto a una perspectiva general integral de las preocupaciones y problemas. SACHS, J., (2015) *La era del desarrollo sostenible*, Paidós, Barcelona.

² BOYLE, A., FREESTONE, D., (1999), *International law and sustainable development*, Oxford; BUHMANN, K., (2017) *Power, procedure, participation and legitimacy in global sustainability norms. A theory of collaborative regulation*, Routledge; DIAZ BARRADO, C., (2016) “Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta”, *Anuario español de derecho internacional*. DURAN LALAGUNA, P., DIAZ BARRADO, C., FERNANDEZ LIESA, C., (Coords) (2016), *International society and sustainable developments goals*, Thomson Reuters, 578 pp FERNANDEZ LIESA, C., MANERO SALVADOR, A., (Coords), (2017) *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*, Thomson Reuters Aranzadi, 214 pp; FERNANDEZ LIESA, C., “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, *Anuario español de derecho internacional*, vol. 32, 2016, pp. 49-81; RODRIGO, A., (2015) *El desafío del desarrollo sostenible*, Tribuna internacional; SANDS, Ph., (1994) “International law in the field of sustainable development”, *BYBIL*, 303-381; SCHREIBER, V., (2005) “Introduction: what are international standards?”, *International standards and the law*, Nobel, P., (ed), Publishers, Berne; SCHRIJVER, N., WEISS, F., (2004) *International law and sustainable development goals*, Martinus Nijhoff Publishers; VOIGT, C., (2008), *Sustainable development as a principle of international law. Resolving conflicts between climate measures and WTO law*, Martinus Nijhoff Publishers; STEPHENS, T., (2010) “Sustainability discourses in international Courts: What place for global justice?”, *Global Justice and sustainable development. Legal aspects of sustainable development*, (Freestone, David), vol. 7; WILLIAMS, O., (2014), *Sustainable development. The UN millennium development goals, the UN global compact, and the common good*, University of Notre Dame Press, Indiana.

³ TOMUSCHAT, C., “The 2030 Sustainable development goals. The quest for a perfect world order”, *International community law review*, 24, 2022, 507-552, p. 510.

⁴ Entre otros, la Convención de biodiversidad biológica; -Convención de Naciones Unidas contra la desertificación; -Convención Ramsar zonas húmedas de importancia internacional; -Convención de Basilea sobre el control de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación; -Convención de Bonn sobre especies migratorias; Convenio de Naciones Unidas sobre cambio climático y protocolo de Kioto; -Acuerdo de París de cambio climático; -Convenio de Montego Bay sobre derecho del mar; -Convenio internacional de prevención de contaminación por buques (y protocolo); -Código internacional para buques que operan en aguas polares (código polar); -Convenios contra la esclavitud, trabajos forzados.; -Convenios relativos al derecho a la educación; -Convenio de derechos económicos sociales y culturales; -Convenio de derechos civiles y políticos.

Podríamos incluir mucho más convenios en esa lista, que tienen relación con los objetivos de desarrollo sostenible, la Agenda 2030 y que establecen obligaciones jurídicas para los Estados. El seguimiento de la agenda 2030 debería partir del cumplimiento del derecho vigente, nacional e internacional. Una primera debilidad de la sostenibilidad es la suficiencia y la eficacia de las normas internacionales. La cartografía jurídica de la sostenibilidad, el mapa de normas internacionales y regionales de sostenibilidad y su aplicación por los Estados es fragmentario, complejo y necesitado de desarrollos normativos.

4. Cabe plantearse si existe un orden internacional de la sostenibilidad. A nuestro juicio es un *sector en formación, pues hay normas, hay un análisis doctrinal y existe una materia que tiene que ver con la sostenibilidad*. Al igual que existe un Derecho internacional del comercio, un Derecho internacional del medio ambiente, un Derecho internacional de los derechos humanos, se plantea si existe un orden internacional de la sostenibilidad. A nuestro juicio es un orden en formación, que va tomando cuerpo desde la aprobación en 2015 de la Agenda 2030, si bien la idea de sostenibilidad como vimos es previa.

5. La sistematización de este orden internacional de la sostenibilidad es algo que está en la actualidad en pleno proceso, lo que requiere una labor de la doctrina. En ese sentido una primera tarea consiste en establecer un *catálogo del Derecho internacional general aplicable erga omnes en materia de agenda 2030*, al igual que hizo la Cruz Roja en el ámbito del derecho internacional humanitario consuetudinario. Esto es algo que se va a hacer por la Corte internacional de Justicia, como veremos, en respuesta a una cuestión de la Asamblea General de Naciones Unidas. Establecer las reglas consuetudinarias básicas de alcance general erga omnes en materia de sostenibilidad daría un panorama internacional mínimo aplicable a la Comunidad internacional

- Para establecer la existencia de una regla general consuetudinaria hay que hacer un estudio singular de cada norma en el que se indique que confluye una práctica internacional (y se analice) junto a una *opinio iuris (que se pruebe)*. Hay ya muchas reglas con este sentido que pueden ser incluidas en un catálogo, en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional del medio ambiente. Esa labor tiene relación con muchos ODS y permite establecer las *obligaciones y los límites a la libertad del Estado (lo que no está prohibido está permitido) en el camino de la sostenibilidad*.
- Esto permitiría debatir y, en su caso, establecer si existe un *régimen internacional de la sostenibilidad*, cosa actualmente dudosa, pues no existen normas secundarias propias en materia de sostenibilidad. Estamos ante un sector más que ante un régimen. Un *macrosector*, el de la sostenibilidad, que encubre al menos otros tres: *el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional económico y el derecho internacional del medio ambiente*.

También se puede reflexionar sobre si hay un régimen propiamente o solo normas materiales. Hay que clarificar las normas y ver qué naturaleza tienen, convencionales y consuetudinarias y vinculadas por ejemplo a los principios generales del derecho. Otro elemento de investigación es identificar las *lagunas normativas de la sostenibilidad* y realizar sobre esta base un programa legislativo nacional e internacional con objeto de rellenarlas, con propuestas legislativas nacionales e internacionales. Hay ámbitos que actualmente necesitan desarrollos normativos o de otra naturaleza. Así, por ejemplo, aunque reducir la *pobreza* es el primer objetivo de la Agenda 2030 no se ha desarrollado un derecho humano a no ser pobre.

6. Si nos fijamos en sectores concretos cada uno de ellos tiene su complejidad y sus cuestiones. Por ejemplo, el *Acuerdo de París* realizado con el objeto de reducir las emisiones y de intentar evitar el aumento de las temperaturas más allá de 2% en el siglo XXI constituye un objetivo ambicioso. Ahora bien, las obligaciones jurídicas para cada Estado no son sencillas de determinar en ausencia de mandatos normativos precisos. Es decir, un objetivo genérico debe ser traducido en obligaciones concretas y precisas, de hacer o no hacer, de comportamiento y de resultado. En la actualidad la evolución normativa tanto para proteger el clima como en materia de energía, en la Unión europea ha dado lugar a múltiples estándares que pretenden incrementar la eficiencia energética, impulsar las energías renovables, algu-

nas de las cuales van más allá del acuerdo de París y de la propia ley de cambio climático española. El acuerdo de París tiene una relevancia casi mitológica en la reducción de los gases de efecto invernadero y de dióxido de carbono (CO₂), que han ratificado 190 Estados. Este acuerdo pretende evitar que suba la temperatura 2 grados centígrados, o más, respecto a los niveles preindustriales, y alcanzar la neutralidad climática a mediados del siglo XXI. Este acuerdo es el principal, y sustituyó al convenio de Kyoto.

7. En este proceso la agenda 2030 es un faro que ilumina la senda y que complementa la metodología propia del derecho. La metodología que se utiliza, con *objetivos, metas, indicadores, acuerdos no normativos, planes y programas se aleja de los instrumentos típicos del Derecho internacional*. Además, en el proceso no solo participa la Comunidad internacional, sino que tiene una vocación integradora de los actores no estatales de la sociedad global.

La agenda 2030 no pretende solamente evitar un desastre ecológico, sino que tiene la lógica de combinar esa perspectiva con la sostenibilidad económica y social. En todo caso algunas reflexiones previas sobre el derecho de la sostenibilidad deben partir de algunas consideraciones. En esta conformación de un orden internacional de la sostenibilidad es conveniente realizar dos tareas: a) de un lado, clarificar el marco normativo del derecho internacional de la sostenibilidad; b) de otro lado indicar lo que falta por hacer, y clarificar los avances normativos y las lagunas de la sostenibilidad. Ninguna de estas dos tareas es sencilla. En la tarea de *clarificar el marco normativo del Derecho internacional de la sostenibilidad* la dificultad es que el Derecho internacional es muy particularista, está compuesto de miles de tratados y de normas particulares, que hacen que cada Estado tenga unas obligaciones jurídicas (también en la sostenibilidad particulares).

2. Obligaciones generales y particulares en materia de sostenibilidad

8. En este proceso de clarificación es conveniente distinguir entre las obligaciones generales de todos los miembros de la Comunidad internacional y las obligaciones específicas, así como también en función de la naturaleza de las mismas. Realizar esta labor no es nada sencillo. De ahí la importancia de la cuestión consultiva planteada por el representante de Vanuatu en nombre de un conjunto de Estados a la AGONU, para que la Asamblea General de Naciones Unidas se dirigiese a la Corte de Justicia internacional para que ésta, en virtud de sus competencias consultivas, se pronuncie sobre las *obligaciones de los Estados en materia de cambio climático*. El 29 de marzo de 2023 la AGONU adoptó la Resolución 77/276 *Petición de dictamen consultivo de la CIJ sobre las obligaciones de los Estados en materia de cambio climático*. La AGONU, de conformidad con el art. 96 de la Carta de Naciones Unidas interpuso a la Corte, en virtud del art. 65 del estatuto la siguientes cuestiones:

“Teniendo en cuenta en particular la Carta de Naciones Unidas, el Pacto de derechos civiles y político, el pacto de derechos económicos, sociales y culturales, la convenio marco de naciones unidas sobre cambio climático, el acuerdo de París, la convención de Naciones Unidas sobre derecho del mar, la obligación de diligencia requerida, a los derechos reconocidos en la declaración universal de derechos humanos, en principio de prevención de daños significativos al medio ambiente y la obligación de proteger y preservar el medio marino:

- A) Cuáles son, en Derecho internacional, las obligaciones que incumben a los Estados en lo que se refiere a la protección del sistema climático y a otros componentes del medio ambiente contra las emisiones antropicas de gas de efecto invernadero y para las generaciones presentes y futuras?
- B) Cuales son, teniendo en cuenta estas obligaciones las consecuencias jurídicas para los Estados que, por sus acciones u omisiones, han causado daños significativos al sistema climático y a otros componentes del medio ambiente, en relación:

A los Estados y, en particular a los pequeños Estados insulares en desarrollo que por su situación geográfica y su nivel de desarrollo sont lesés o especialmente afectados por los efectos nefastos de cambios climáticos o son particularmente vulnerables frente a estos efectos?

De los pueblos y los individuos de generaciones presentes y futuras afectados por los efectos nefastos de los cambios climáticos?”

En virtud de este procedimiento el tribunal internacional de justicia va a tener que interpretar el alcance general de obligaciones erga omnes que derivan para los Estados de los *Tratados de cambio climático, desertificación, diversidad biológica, protección de la capa de ozono, derecho del mar y derechos humanos*. Además, tendrán en cuenta los *informes del grupo de expertos intergubernamentales sobre la evolución del clima (GIEC), los Informes de la Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente sobre la diferencia entre las necesidades y las perspectivas de adaptación al cambio climático, los informes sobre el estado del clima mundial de la organización meteorológica mundial*. Asimismo hay que destacar los trabajos realizados por la Comisión de derecho internacional de Naciones Unidas sobre *responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos, protección de la atmósfera, protección de personas en caso de catástrofes, protección del medio ambiente en los conflictos armados, daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas, elevación del nivel del mar y derecho internacional*.

Las diferentes convenios generales son sin duda un elemento importante como la *convención marco de Naciones unidas sobre cambio climático, la convención sobre diversidad biológica, la convención sobre la lucha contra la desertificación, el acuerdo de París y las decisiones adoptadas por las conferencias de las partes*.

Además, en este procedimiento el tribunal tendrá que tener en cuenta la evolución y los resultados de las principales conferencias de Naciones unidas en desarrollo sostenible (y la Agenda 2030); asimismo en cuanto al derecho del mar es relevante las resoluciones que adopta anualmente la AGONU sobre los océanos y el derecho del mar (desde la resolución 61/222 de 20 de diciembre de 2006), que ponen de relieve los efectos nefastos del cambio climático y su impacto en los océanos. Del mismo modo y en cuanto a la relación entre derechos humanos y cambio climático hay una práctica relevante

9. Como reflexión general se puede afirmar que *el Derecho internacional debe abordar nuevos avances para adaptarse al desafío de la sostenibilidad*. El orden internacional que se ha formado desde la modernidad hasta nuestros días nunca ha tenido la sostenibilidad como un objetivo hasta tiempos muy recientes, de tal manera que el panorama normativo internacional responde a otros objetivos y refleja, fundamentalmente, un consenso entre los intereses nacionales de los Estados. En este sentido desde que en la modernidad nace el Estado, el sistema de Estados europeos, que luego se universaliza es tanto el propio Estado como el ser humano el centro del mundo. Esto dará lugar a un orden internacional en el que con el tiempo se van a reconocer los derechos humanos, que va a estar centrado en el ser humano y en el interés del Estado. *Pero la protección de la naturaleza, las cuestiones vinculadas a la gestión de los recursos naturales no renovables o a la huella humana en la tierra estarán totalmente ausentes de la agenda internacional hasta tiempos recientes*.

10. En este sentido se ha señalado la *necesidad que tendría el orden internacional de pasar de un fundamento antropocéntrico a un fundamento ecocéntrico*⁵. Ahora bien, un giro de tal calibre no depende de que se decida por la doctrina sino de que los Estados lo decidan conjuntamente y lo lleven a cabo lo cual se enfrenta a los propios intereses económicos de los Estados, en su competencia económica para crecer. Hay una *tensión entre la economía, la ecología y la necesidad de financiar los servicios públicos y al propio Estado* que lleva a promocionar un crecimiento lo más grande posible que conduce a su vez a una economía consumista que lleva a estrujar los recursos de la tierra de una manera descontrolada y abusiva. Cambiar este modo de vida de la colectividad humana no depende de que lo decida una persona, pues en un sistema descentralizado de Estados depende de todos ellos, de la Comunidad internacional, y luego en las formas de vida depende de cada uno de nosotros. La sociedad humana está articulada sobre unos pilares que hacen muy difícil, cuando no imposible, actuar de manera eficaz con estos instrumentos para abordar un problema de esta naturaleza.

⁵ KOTZE, L., FRENCH, H.D.; “The anthropocentric ontology of international environmental law and sustainable development goals: towards a ecocentric rule of law in the Anthropocene”, *Global journal of comparative law*, vol. 7, 2018, p. 5; MANERO SALVADOR, A., *El Antropoceno y el Derecho internacional. Implicaciones para el Artico*, Tirant lo Blanch, 2024. Asimismo véase: DELMAS-MARTY, M., (2019) “Repenser le Droit à l’heure de l’anthropocène”, *Critique*, Opinión.

Es difícil que los Estados den un giro de esa naturaleza que supone un cambio sistémico, una especie de *big bang* sin el concurso de la ciudadanía. Y un giro del Antropoceno al ecoceno supondría un nuevo mundo hoy desconocido. Por ello no cabe duda de que el *Derecho internacional está inadaptado a los retos derivados del antropoceno*⁶ pero no cabe sino afrontarlos desde los instrumentos del Derecho internacional actualmente existente. Otra cosa es reflexionar desde la filosofía sobre otro mundo y otro derecho más ideal para ello. *Los grandes cambios en la comunidad internacional siempre son progresivos y se harán, en su caso, de manera tal vez imperceptible pero capa a capa que pueden llevar a un gran cambio, a una nueva perspectiva del Derecho internacional.*

Así sucede salvo en caso de grandes colapsos o guerras, como la II Guerra Mundial que dio lugar a las Naciones Unidas. Estamos en un momento de la historia de la humanidad en el que la huella humana en la tierra debe ser redirigida desde los instrumentos propios del Derecho internacional, para que no suponga una destrucción irreversible. Las grandes interconexiones ambientales, sociales, económicas y culturales del mundo hacen difícil luchar frente a la crisis ambiental que vivimos desde cada Estado y con los instrumentos propios de la Comunidad internacional. De ahí que sería conveniente impulsarlos al máximo y crear una organización internacional con poder que supervisase los compromisos y las políticas nacionales.

11. En todo caso, *aún sin esperar un giro sistémico del orden internacional, la clarificación del orden internacional general en cuanto a las obligaciones generales de los Estados resulta necesaria.* Esas normas ya existen. Con independencia de la precisión que hará la corte internacional de justicia a mi juicio cabe indicar que se ha desarrollado algunas obligaciones en el marco del derecho de la responsabilidad internacional. Hay célebres casos como el *Asunto del Trail Smelter case* (USA v Canadá) en el que el tribunal arbitral estableció que un Estado no puede utilizar su territorio o espacios bajo su jurisdicción de tal manera que se causen daños a otros Estados. De ahí que los Estados tienen *la obligación de evitar causar daños transfronterizos, obligación que el tribunal encontró en el principio del derecho romano sic utere tuo ut alienum non laedas.* Más recientemente entre otros asuntos en el de Corfú la CIJ estableció que *un Estado tiene la obligación de supervisar no solo lo que hace como Estado sino también lo que sucede en su territorio o bajo su jurisdicción y también bajo su control.* Se ha desarrollado por ello *el derecho de la responsabilidad frente a daños medioambientales incluso aunque no esté regulado por un convenio, es decir, en ausencia de un hecho ilícito internacional* (esta sería la responsabilidad internacional por hechos ilícitos), lo que dio lugar a la denominada *responsabilidad por actos no prohibidos*, en la que tiene especial importancia para la *protección del medio ambiente.*

También ha habido internacionalmente muchos casos que son relevantes a los efectos del establecimiento de obligaciones generales como casos relativos a *recursos naturales compartidos*, como lagos o acuíferos, desde el célebre *asunto del Lago Lanoux* (entre España y Francia), hasta otros más recientes ante la Corte internacional de Justicia, como el *Asunto Chile v Bolivia* (2016, sobre utilización de las aguas de un curso de agua internacional), *Hungría-Eslovaquia, Argentina v Paraguay* (célebre *asunto de las papeleras*), *Nicaragua v Costa Rica* (construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan, 2015), que han ido clarificando algunos principios a tener en cuenta. Además, la interpretación de los tratados y de los actos de organismos internacionales también será relevante. Junto a la clarificación de las normas generales hay un *sinfín de obligaciones particulares vinculantes inter partes.*

Dado que muchos recursos naturales están en el territorio de los Estados (otros en territorios universales o patrimonio de la humanidad) el papel del Estado sigue siendo importante pues de la soberanía deriva su *libertad para realizar o permitir que se realicen actividades extractivas o de otra naturaleza.* Ahora bien está *libertad no es ilimitada.* En particular, según el *Derecho internacional las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas un daño transfronterizo sensible están sometidas a determinadas obligaciones*, como deriva claramente de los trabajos de la omisión de derecho internacional de Naciones Unidas (Vid. Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas). En este sentido todo Estado tiene *la obligación de prevenir la realización de daños transfronterizos sensibles y, en todo*

⁶ BIBER, E., *Law in the Anthropocene epoch*, Berkeley public law research papers, 2016, p. 35

caso, minimizar el riesgo de causarlo. Además, tiene la obligación junto a los Estados involucrados de cooperar, junto a las organizaciones internacionales, para prevenir y minimizar daños. A tal efecto los Estados tienen que adoptar leyes y medidas de otra naturaleza para vigilar y, en particular, para autorizar (o no) cualquier actividad susceptible de causar daños transfronterizos, para lo que tiene que evaluar los riesgos, notificarlos e informar a los otros Estados posiblemente afectados, y realizar con ellos consultas sobre las medidas preventivas. A tal efecto los Estados tienen que tener en cuenta un conjunto de factores, como el grado de riesgo, la importancia socio-económica de las actividades, la disponibilidad de medios de prevención y minimización de daños, la disponibilidad de sufragar los costes de prevención, la viabilidad económica de la actividad (vid. Art 10 del proyecto de artículos sobre prevención de daño transfronterizo).

12. El desarrollo sostenible es una noción que avanza en el Derecho internacional, sobre todo del medio ambiente, pero también en otros sectores. La Agenda 2030 y las que le sucedan reflejan un consenso sobre la *urgente necesidad para la Humanidad de dar un giro al modelo de desarrollo basado en la explotación de los recursos no renovables*. Se encarna ya en muchas dimensiones jurídicas del Derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente, pero no acaba de penetrar en todas las capas del Derecho ni en el sistema económico internacional. En ese trípode *falla la pata de una regulación económica sostenible, y la fragmentación del medio ambiente*, así como la relación entre los tres sectores principalmente afectados. Solo de esa manera el desarrollo sostenible se convertirá en un *principio constitucional o estructural del Derecho internacional*. En todo caso se ha transformado la orientación del Derecho internacional. El desarrollo sostenible es un discurso que cambia la realidad jurídica y que resulta de un enfoque cosmopolita propio de la modernidad que todavía no se ha realizado.

El Derecho se construye desde los actos y los comportamientos de los Estados y de los sujetos de la Comunidad internacional, no desde las visiones doctrinales, que tienden a conformarlo y a darle forma a posteriori, lo que de alguna manera tiene relevancia indirecta en el sistema jurídico. Podemos e incluso debemos ser muy críticos con el sistema internacional, con la sociedad internacional y su derecho. *Pero una posición crítica no implica estar con la teoría crítica, pues la deconstrucción lleva más a la destrucción lo que puede hacer más ilusorios los ODS y la sostenibilidad*. Los procesos de transformación pueden ser criticables, incluso fallidos, pero no hay que olvidar que las grandes obras son el resultado de pequeños detalles, como son aquellos que pueden permitir rellenar de contenido, los 17 objetivos, así como las metas e indicadores. Caminante no hay camino, se hace camino al andar. *La hoja de ruta de la Comunidad internacional hacia la sostenibilidad es una apuesta abierta cuyo resultado es incierto*, pero que en todo caso forma parte de aquellos sueños que a veces se convierten en parte de la realidad.

Transformar esta realidad debería hacerse siguiendo como apuntábamos los análisis de la ciencia, lo que no suele ser el caso. Habría que seguir la enseñanza de la ilustración, el *sapere aude* kantiano, buscar las respuestas a los problemas en la ciencia, desde un espíritu libre.

3. Un contexto internacional crítico para la sostenibilidad

13. Afrontar la sostenibilidad exige superar determinados riesgos. El principio de sostenibilidad y la Agenda 2030 constituyen un *desafío mundial* pues tienen relación con las grandes amenazas y riesgos: La *crisis climática* es una amenaza para nuestro modo de vida. Entre los obstáculos los hay de carácter jurídico, como el que haya una adecuación entre el marco nacional, europeo e internacional. También hay obstáculos económicos, como el coste de la sostenibilidad, el incremento de costes que supone para los operadores económicos y particulares. También hay problemas de naturaleza geopolítica en las relaciones internacionales como los derivados de que no todos los actores y sujetos asuman el desafío de la sostenibilidad, este es el principal riesgo. Gobernar los riesgos globales exige, en primer lugar *determinar cuáles son en esta sociedad del riesgo mundial*⁷

⁷ BECK, U., (2008) *La sociedad del riesgo mundial*, Paidós, p. 11; INNERARITY, D., SOLANA, J., (2011) *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Paidós, p. 155

14. El World economic forum⁸ pone de relieve la *confluencia de viejos riesgos a los que se suman otros nuevos*. Entre los viejos está la creciente inflación, el incremento del coste de la vida, las guerras comerciales, las salidas de capital de mercados emergentes, el malestar social generalizado, la confrontación geopolítica y el espectro de la guerra nuclear. Entre los nuevos riesgos el insostenible nivel de deuda que parecen afrontar algunas economías, el que probablemente vamos hacia una nueva era de bajo crecimiento, de baja inversión global, de des-globalización, de declive del desarrollo humano tras décadas de progreso, de doble uso de las tecnologías y de presión creciente del cambio climático.

Este diagnóstico es altamente preocupante pues estamos en una *situación de confluencia de múltiples crisis, de policrisis interconectadas*. Las respuestas no son sencillas individualmente y menos la gobernanza de todas ellas. Esto se añade a una situación que traía causa de la pandemia, pero también más recientemente, ha influido en la misma la guerra de Ucrania. El *Informe de Naciones Unidas sobre los ODS, de 2022*, puso de relieve el importante obstáculo que en los últimos años ha supuesto para los ODS la COVID 19 y la guerra de Ucrania, que han producido un incremento general de la pobreza (en países pobres sólo el 0, 8% del desempleo está cubierto por prestaciones), el hambre y el precio de los alimentos, han puesto de relieve fallos en los sistemas de salud, ha aumentado la desigualdad, fundamentalmente en el marco de la educación, etc..

Es conveniente conocer este entorno estratégico y de riesgos, identificarlos y realizar las políticas de sostenibilidad en función de los mismos, para prevenir que se conviertan en daños reales y para minimizar su impacto. Una perspectiva general de análisis de riesgos, tradicional, ha llevado a poner de relieve otros por los institutos especializados, como son los derivados de los conflictos armados, el terrorismo, la ciberamenazas, el crimen organizado, el cambio climático, la inestabilidad económica y financiera, la vulnerabilidad energética, la proliferación de armas de destrucción masiva, la desigualdad, la violación de derechos humanos, las catástrofes y emergencias, la vulnerabilidad del espacio marítimo, de las infraestructuras críticas y de servicios esenciales.

En los análisis de riesgos los objetivos de desarrollo sostenible y la Agenda 2030 son como la otra cara de la moneda, como el Dios Jano, que permite afrontar muchos desafíos desde la construcción de sociedades pacíficas, justas e inclusivas, que protejan los derechos humanos y creen las condiciones para un crecimiento económico, sostenible, inclusivo y sostenido. Así, los efectos de un calentamiento global de más de 2 grados serían catastróficos. Por ello el *acuerdo de París de 2015* preveía limitar el calentamiento global y el Convenio Marco de cambio de 5-VI-1992⁹ indica, en su art. 1 que tiene por objeto:

“Lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”.

En todo caso *Mala tempora currunt* para los ODS. En los últimos años ha empeorado el mapa de los conflictos o la salud general de los modelos democráticos, lo que ha dado lugar a que se reviertan algunos avances recientes, y se incremente la pobreza por vez primera en una generación del 8, 3 al 9, 2 % entre 2019 y 2020, a nivel mundial. Del mismo modo en los países de bajos ingresos la prestación por desempleo es del 0, 8% y del 52, 2% en países de altos ingresos¹⁰. En el 47% de los países se ha incrementado el precio de los alimentos. La crisis de Ucrania ha provocado escasez alimenticia en los países más pobres del mundo. La situación ha evidenciado la fragilidad de los sistemas de seguridad alimentaria, ha incrementado la desigualdad, ha elevado, también por primera vez la tasa de pobreza laboral (del 6,7% en 2019 al 7, 2% en 2020)¹¹.

La pandemia también puso de relieve las deficiencias de muchos sistemas de salud, incluso en países muy avanzados. El COVID contagió a más de 500 millones de personas, con más de 15.000

⁸ Véase World economic forum, *The global risk report 2023*.

⁹ BOE 1 de febrero de 1994

¹⁰ Véase el *Informe sobre el desarrollo mundial. Finanzas al servicio de la recuperación*, del Banco Mundial, 2021

¹¹ Véase el Informe de la OIT sobre las *Perspectivas sociales y de empleo en el mundo 2022*.

millones de fallecimientos, e interrumpió los servicios esenciales de salud en el 92% de los países, deteniendo los progresos de la cobertura sanitaria universal, reduciendo la esperanza de vida mundial, incrementando la ansiedad y la depresión, la tuberculosis y el paludismo. Estamos en tiempos en que las inundaciones, sequías, incendios, huracanes, olas de calor y otros fenómenos están afectando de manera especialmente notable a los ecosistemas e incluso a la salud y la vida de muchas personas. Del mismo modo la pandemia afectó al acceso a la *educación* de muchas personas, y empeoró la desigualdad en la enseñanza, dado que un 50% de las escuelas en el mundo carecen de computadoras y de acceso a internet, por dar un dato significativo. También se ha producido la degradación ecosistemas de agua. En 300 años se ha perdido el 85% de los humedales. Muchos problemas de acceso al agua, a saneamientos, instalaciones básicos para lavarse las manos etc..

Estos últimos años también ha disminuido la financiación a PVD para energías renovables, aunque las energías renovables en 2019 representan solo el 17,7%. La situación de difícil recuperación económica también ha afectado al empleo mundial, habiendo aumentado la tasa del 5,4 al 6,6; en esa incierta recuperación los PMA se quedan rezagados, lo que afecta a la innovación e infraestructuras, siendo más resilientes las empresas de alta tecnología. La reducción de desigualdad entre países se ha visto frenada. En definitiva y como era previsible muchos datos permiten afirmar que la confluencia de crisis ha afectado al logro de los objetivos de la Agenda 2030, por lo que es necesario minimizar el impacto negativo y realizar esfuerzo en esa dirección.

4. La necesidad de reforzar el multilateralismo en tiempos de multipolarismo

15. *La sostenibilidad forma parte de la agenda multilateral internacional.* Los retos del multilateralismo para el siglo XXI son múltiples. De un lado tienen que gestionar el debilitamiento del Estado y la crisis del modelo de Estado nacional, hacer frente a las polícrisis y la globalización, al debilitamiento del Estado social, al reforzamiento de la sociedad civil, al reforzamiento de los grupos informales (frente a las OI) como el G-20, G-10, G-7 etc., a la sociedad digital.

¿Cómo realizar una gobernanza de todas estas cuestiones y del desarrollo sostenible? ¿Cómo afrontar los retos del medio ambiente, los derechos humanos y la transformación del sistema económico en la senda de la sostenibilidad, al mismo tiempo que evitar los conflictos y las rivalidades que conduzcan a una sociedad inestable?.

Todo esto pasa por reafirmar el papel de las Instituciones internacionales, por moderar el papel de las potencias y por retocar la arquitectura internacional para hacer frente a estos desafíos. Pero esto no es tarea sencilla. *El papel de las organizaciones internacionales no se ha visto tan reforzado como hubiera parecido en una sociedad post-westfaliana.* Hay nuevos actores junto a los Estados y las organizaciones internacionales que ejercen “autoridad pública”, se produce un fenómeno de *pluralización de la gobernanza internacional*. *La actividad normativa pasa por instrumentos “desformalizados” que no encajan en las categorías tradicionales de las fuentes del Derecho internacional. Así proliferan los entramados institucionales auspiciados por grupos de Estados, pero al margen del encorsetamiento normativo de las organizaciones.*

Emerge un *global law*, un derecho global para una *gobernanza global*. Pero esta gobernanza mundial no está sujeta a los principios de igualdad de los Estados, legitimidad y representatividad que, mal que bien, tienen las organizaciones internacionales. Hay un recurso creciente al “no derecho”, y al “no sujeto”, a mecanismos informales. *El reto actual es fortalecer al arquitectura internacional y evitar el debilitamiento de las organizaciones internacionales. La gobernanza exige reforzar el multilateralismo e incorporar en la misma el creciente papel de los actores no estatales, de la sociedad civil, en particular de las organizaciones no gubernamentales*

16. Todo esto debe ser tenido en cuenta pues evidencia una cierta crisis del multilateralismo. Es decir, *el tránsito al multipolarismo no está dando lugar a un reforzamiento del multilateralismo*, como evidencia que las grandes crisis de nuestro tiempo y, en particular, la guerra de Ucrania, o la posición de las grandes potencias en relación con el papel de las organizaciones. Hay bloqueo de Naciones Unidas

en muchas cuestiones y reforzamiento de las alianzas regionales, o simplemente el actuar al margen de las mismo. Esto plantea si estamos una gobernanza en progresión o en regresión. Esta es una de las dudas. *En todo caso, la apuesta por la sostenibilidad pasa por reforzar el multilateralismo y la gobernanza internacional de los problemas comunes, opción por la que tanto Europa como España deben remarcar, para apostar por un constitucionalismo global en la idea de proteger los bienes públicos globales.*

Ciertamente que muchas organizaciones internacionales han incluido la sostenibilidad en su acción. La agenda 2030 ha tenido éxito en cuanto que en *la familia de las Naciones Unidas forma parte de la hoja de ruta de todas las organizaciones internacionales*, es decir, no solo de naciones Unidas, sino también de los organismos especializados. El conglomerado de siglas dentro de la propia ONU que se ocupan del desarrollo sostenible es amplio. En primer lugar destaca el papel del PNUD (*Programa de Naciones Unidas sobre el desarrollo*), creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1965 y que es el referente en desarrollo sostenible, gobernabilidad y clima. Pero también hay muchos programas que han incluido, desde su enfoque sectorial, la preocupación por la sostenibilidad. Así, UNICEF (creado en 1946 y premio nobel en 1965), ACNUR (1950) que ha focalizado su acción a la luz de la Agenda 2030, el Programa Mundial de Alimentos (y la FAO), que es la agenda humanitaria más grande del mundo, creada en 1961, el fondo de población de Naciones Unidas, el PNUMA (Programa de Naciones Unidas del medio ambiente), ONU-Mujeres (2011), ONU hábitat (1975) (desarrollo sostenible de ciudades)

La Agenda 2030 se realiza en conexión con la labor de estos programas, así como de los acuerdos multilaterales y de las instituciones internacionales especializadas, fundamentalmente las vinculadas a Naciones Unidas. En este sentido todas las organizaciones especializadas se han orientado a la sostenibilidad, incluso aquellas que por su labor parecieran más distantes. Muchos de los retos actuales pasan por reforzar estas instituciones. Así, UNIDO (Organización de Naciones Unidas para el desarrollo industrial) considera la “industrialización” como el eje básico de la prosperidad sostenible, mientras que el conjunto de las instituciones incluyen en sus agendas y planes estratégicos la sostenibilidad y los aspectos que tienen relación con su sector de cada una de ellas. Además habría temas que se debería de desarrollar e incluir. Por ejemplo, la *Unión Internacional de telecomunicaciones* pudiera abordar las cuestiones del ciberespacio, la sociedad digital, las conexiones etc...

Las organizaciones realizan un papel relevante, que habría que impulsar mucho, en la sostenibilidad. Por poner varios ejemplos. La OACI (*organización de aviación civil internacional*), que es el organismo (creado en 1944) que promueve una segura y ordenada aviación civil, tradicionalmente preocupada por cuestiones relativas a la seguridad y ordenación del tráfico aéreo incluye desde hace unos años la cuestión de la contaminación y la sostenibilidad, lo mismo que la *organización marítima internacional* (OMI, creada en 1948) aborda, desde hace décadas, cuestiones vinculadas al medio ambiente marino como la contaminación de los buques o la prevención de la contaminación. De gran importancia para la sostenibilidad también es la *Organización mundial de la salud* (OMS, creada en 1946) que tiene por objeto “alcanzar para todos los pueblos el grado más alto de salud posible” o la OIT (*Organización internacional del trabajo*), cuyo objetivo estratégico *trabajo decente* coincide con uno de los objetivos de la Agenda 2030. O la UNESCO, tan relevante para el entendimiento entre los pueblos y para la diversidad cultural.

Otras que, en principio, parece que tuvieran menor papel, también lo tienen. Así la *Organización mundial del turismo*, creada en 1975, tiene por objeto y en su agenda de trabajo un “turismo responsable, sostenible y accesible”, que promueva el crecimiento económico, la sostenibilidad ambiental y el desarrollo inclusivo, lo que ha conducido a establecer muchas prioridades. O la *Organización internacional de alimentos* (FAO), creada en 1945 aborda cuestiones muy importantes para la sostenibilidad como “el suelo”, la alimentación, la agricultura, la pesca, los productos del mar, de los bosques y explotaciones forestales, la nutrición, aunque su objeto básico sea alcanzar la seguridad alimentaria, el acceso a alimentos de calidad que permitan una vida activa y saludable, aumentar la productividad agrícola, elevar el nivel de vida de la población mundial y contribuir al crecimiento de la economía mundial.. Los objetivos estratégicos también en gran parte coinciden con la Agenda 2030, en cuanto a la eliminación del hambre, la reducción de la pobreza (rural) o el incremento de la resiliencia de los medios de vida ante las catástrofes.. También en el marco de la ONU existe un *Fondo internacional de desarrollo agrícola* creado por la conferencia mundial de alimentación (Res XIII, de 26-XI-1974) para financiar, que es organismo especializado desde 1977 Estos ejemplos evidencian que estamos ante un reto trans-

versal que afecta al conjunto de las normas y políticas estatales y nacionales. En esta línea España y la Unión Europea podrían impulsar mucho su acción a través de estos canales multilaterales que se deben reforzar como mejor vía para abordar la sostenibilidad. La realización de la Agenda 2030 depende de la combinación de esfuerzos de la Comunidad internacional y de los Estados y los procesos de integración.

De otro lado, y aunque parece que existen muchas organizaciones internacionales hay *deficiencias, lagunas*. Aunque existe está el PNUMA no existe un organismo propiamente encargado de la sostenibilidad, del medio ambiente y/o de la energía, habiendo una fragmentación institucional que no es el marco óptimo para su tratamiento. Así en cuanto a la energía, algo esencial en la transición ecológica y la protección del medio ambiente hay diversas instituciones a tener en cuenta. De un lado la OIEA (*Organización internacional de la energía atómica*), que se creó con la idea de promover el uso pacífico de la energía nuclear. Esta organización presta apoyo a la idea de desarrollo sostenible. Hay otras organizaciones como la organización de armas químicas que aplica el convenio de armas químicas, que tiene una lógica muy concreta. Junto a esto en el marco de la energía o bien hay organizaciones de productores por cuestiones vinculadas al precio del recurso como la OPEP, u otros proyectos en la búsqueda de nuevas energías, ejemplos de cooperación internacional. Todo esto es bastante incipiente.

Hay un proyecto (proyecto ITER, *International Termonuclear experimental reactor*), que busca que la fusión nuclear sea una nueva forma de energía. Es un proyecto creado en 1986 por la cooperación entre diversos países, de un gran coste económico, auspiciado por la *Agencia internacional de la energía*, que es un organismo creado en 1974, compuesta por 28 países de la OCDE como respuesta a la crisis del petróleo, con objeto de hacer frente a una posible interrupción del suministro de petróleo y promover políticas energéticas racionales, mejorar el suministro de energía mundial, y promover la colaboración en tecnología energética. Más recientemente se ha creado la *Agencia internacional de energías renovables*, para su promoción, creada por impulso de Alemania, España y Dinamarca, con objeto de proporcionar asesoramiento sobre políticas concretar y facilitar la capacidad y transferencia de tecnología. Se formó en 2009 por 75 países que firmaron la carta de IRENA, operativa desde el 8 de julio de 2010, y firmada por la Unión Europea y otros países. Como vemos no existe ni un organismo internacional del medio ambiente ni de la energía que aborden conjuntamente los problemas, lo que a nuestro juicio constituye una deficiencia institucional.

Esta necesidad de mayor multilateralismo se enfrenta con una *situación geopolítica de creciente multipolarismo, que ha creado incertidumbre*. En la agenda 2030 cada Estado tiene un margen de acción muy amplio para adoptar las medidas normativas o de otra naturaleza para la puesta en marcha .

17. Un problema que afronta la agenda 2030, en España pero también en otros Estados, es tal lo que cabría calificar de *politización*. Creemos que la Agenda 2030 debería formar parte del consenso, en el sentido de que las principales cuestiones en términos ecológicos, sociales y económicos deberían ser indiscutibles. La agenda 2030 ni en los objetivos ni en las meyas establece las políticas precisas y concretas que deben aplicarse. Caben casi todas ellas siempre y cuando se orienten en la senda de cumplimiento. Establecen un margen de maniobra amplio a los Estados, salvo que quieran ir en la dirección contraria. De ahí que la politización, es decir, el considerar que la agenda 2030 constituye algo negativo para España más allá de no aceptar el cumplimiento de los compromisos no tiene sentido. Habría que fomentar una visión compartida de la agenda 2030, aunque hubiese luego diferentes recetas para llegar a ella, y que fuese esto lo que formase parte del debate. El ir totalmente contra la agenda 2030 debiera estar fuera de debate. Desgraciadamente la polarización y la radicalización política no ha permitido dejar la agenda al margen del radicalismo.

No es algo exclusivo de España y puede pasar en otros países. En Estados Unidos se planteó la necesidad de ir hacia un *new green deal global* en la cámara de representantes, donde en 2019 se creó un comité sobre cambio climático, que abordaría la descarbonización de la economía, en un debate que ha perdido fuerza. En todo caso abordar un cambio de esta naturaleza exige una transformación del paradigma económico, en el tránsito de la segunda a la tercera revolución industrial, que exige transformaciones en los sistemas de comunicación (con la digitalización), la energía y el transporte, y con nuevas infraestructuras. Aquí la cuestión hoy en día candente es si estas transformaciones las pueden liderar los Estados *uti singuli*, o debieran ser objeto de un planteamiento multilateral, desde las organi-

zaciones internacionales y los tratados internacionales. No cabe duda de la necesidad de combinar la vía nacional con la internacional y la necesaria interacción entre ambas. El tránsito del modelo económico internacional hacia la sostenibilidad sin embargo es difícil que se pueda realizar desde las instituciones, cuando además las internacionales carecen de suficiente poder.

18. Una de las cuestiones que plantea la Agenda 2030 es la coherencia y la correa de transmisión entre el plano internacional, el regional y el nacional. Estamos ante una hoja de ruta, un proyecto impulsado por Naciones Unidas, pero que solo puede funcionar si los Estados y los organismos internacionales competentes lo asumen. Su puesta en marcha no constituye una obligación inmediata, carece de aplicabilidad directa en su mayor parte, por lo que en tal sentido exige de desarrollos normativos y políticas de otra naturaleza para su aplicación.

El desarrollo de la Agenda se produce a través de un diálogo y una puesta en marcha que da lugar a la celebración de *Conferencias internacionales, tratados internacionales, recomendaciones, leyes, estrategias, planes internacionales, nacionales y regionales*. Toda esta superposición de planos, de distinto valor normativo, conduce a una *profusión que produce una cierta confusión y una alta complejidad*.

19. La Agenda 2030 y la noción de sostenibilidad tienen a su vez un *agenda propiamente europea* que ha avanzado hacia un modelo propio, en el que se ha puesto el acento en la transición ecológica y digital, entre otros ámbitos, y en el que la Unión Europea tienen unos elementos de análisis propios. En todo caso la gobernanza europea está en un momento de cierta crisis, en que habría que definir si realmente se va a avanzar en un modelo político de integración, si va a haber más de una velocidad, es decir si todos los Estados miembros comparten el mismo proyecto. No cabe desacoplar las políticas y que unos avancen en unas políticas y otros en otras, haciendo un jeroglífico cada vez más difícil.

20. La Unión Europea ha sido siempre un gran impulsor de la protección internacional del medio ambiente, con un modelo social avanzado y único en el ámbito internacional. En la actualidad se encuentra con diversas dificultades y en una encrucijada. En primer lugar por cuanto que la crisis de la energía que tuvo lugar como consecuencia de la invasión rusa de Ucrania llevó a un cambio en el modelo europeo. En 2021 el 40% de las importaciones europeas de gas, el 30% del petróleo y el 30% del carbón provenían de Rusia. La crisis de Ucrania ha llevado a que la Unión Europea tenga que avanzar en un modelo de autonomía energética, así como cambiar las claves del suministro y de la producción de energía, lo que lleva tanto a diversificar como a profundizar en la transición energética. El proceso de transformación energética y económica lo está haciendo la Unión Europea pero también otros países y regiones. Así la *inflation reduction act*, de Estados Unidos, la *green transformation programa*, de Japón, la *production linked incentive scheme*, de India, el *net zero industry act*, de la UE, se acompañan con una evolución cada vez mayor hacia un esfuerzo de utilización de energías renovables, a un esfuerzo por una mayor eficiencia energética y a la búsqueda de nuevas energías limpias, lo que está llevando a profundizar en la inversión en investigación hacia un nuevo modelo energético.

21. Ahora bien, la aplicación de la Agenda tiene *problemas fundamentalmente globales*, pues se ha topado con circunstancias complicadas en los últimos años y con los rasgos propios de una comunidad internacional carente de Estado, con unas Instituciones débiles y con unos sujetos que adoptan compromisos internacionales mirando a los intereses nacionales más que a los globales. A ello se han añadido la *pandemia COVID 19*, la *guerra de Ucrania*, la *inflación o el incremento de la deuda que se juntan a las dificultades propias para comprometerse debido a los intereses económicos, que hacen difícil la transición ecológica y otros cambios profundos*.

La *Conferencia sobre cambio climático celebrada en noviembre de 2022 en Egipto* (en Sharm el Shej) ha evidenciado las dificultades de avanzar. No ha habido avances sustanciales en el camino de la adopción de mayores compromisos para reducir la emisión de CO₂, el mayor problema, además de grandes ausencias como *China*. Si que se ha avanzado en la financiación, estableciéndose un fondo de 100.000 millones de dólares para los países más vulnerables, compromiso que ya se adoptó en la Cumbre de Copenhague de 2009, aunque luego no se cumplió; también hay un compromiso para ayudar

con hasta 40.000 millones a los países en desarrollo a afrontar las consecuencias negativas del cambio climático. Asimismo, se ha avanzado en la lucha contra la *deforestación o en reducir las emisiones de metano*. Sin embargo, la cuestión más relevante, la *relativa a reducir las emisiones de CO2 no ha sido objeto de compromiso, y con los compromisos actualmente vigentes no se puede afrontar el reto de evitar que suba la temperatura de la tierra en 1,5-2 grados*.

Todo esto trae causa del *alcance universal de la Agenda 2030*. Estamos ante una agenda global, no occidental. En este sentido indica Esther Barbe¹² que el desplazamiento del poder hacia las potencias emergentes afecta a la Unión Europea, en su defensa del multilateralismo, como principio de actuación y de normas consustancias a su identidad. La emergencia del sur global, el siglo asiático que es el XXI tiene efectos en la gobernanza global, en el comercio, la energía o el cambio climático. El comercio de los BRIC-Africa se ha multiplicado por más de 10 en el siglo XXI, lo que hace que el consumo de energía se esté incrementando exponencialmente, a lo que se suma el incremento de los niveles de vida y consumo en esas regiones, fundamentalmente en países como China e India, que se convierten en grandes contaminantes. Se calcula que en 2035 las emisiones de CO2 de China serán iguales o mayores a las combinadas de USA, UE y Japón.

Estas transformaciones implican cambios importantes en la *lucha por controlar los recursos naturales y suponen una transformación de la geopolítica y de la geoeconomía*. Los cambios en el poder internacional y el multipolarismo no necesariamente se traducen en un multilateralismo que hace frente a los problemas globales sino que puede desembocar en un mundo más conflictivo que cooperativo. Como indica Sahagún¹³ los principales responsables actuales frente al cambio climático, en países como China e India no están en la senda del cumplimiento establecidos por la COP 26.

Esto además se junta a una *lucha por el control de los recursos internacionales que está detrás de posibles conflictos internacionales futuros, además de los actuales*. En este sentido el golpe de Estado en Níger, en agosto de 2023, se ha visto desde estas claves de lucha por los recursos pueda exportar a Francia el 15% del uranio y a la UE el 20%, y junto a Kazajastán y Uzbekistán (que son dos de los principales productores de uranio del mundo, que controlan junto con Rusia el 60% de los recursos). De ahí que tanto Francia como Estados Unidos no han desechado una intervención militar, en un enfrentamiento por testaferreros con Rusia, que a su vez en su esfera de influencia también tiene a Mali, Burkina, Guinea y Argelia, mientras que del otro lado se sitúa una mayoría de países de la CEDEAO (Comunidad económica de Estado de África occidental).

El uranio es esencial para la energía nuclear o para desplegar parques de energía solar y fotovoltaica. Como predijo Klare¹⁴ los conflictos en el Golfo pérsico, en la cuenca del Nilo o las guerras internas por los minerales y la madera en el mundo de la postguerra fría iban a ser características. La nueva geografía estratégica parece estar dominada por la lucha por los recursos, por lo que predecía que las zonas de mayor conflicto serían la franja septentrional de América del Sur, el África Central, el golfo Pérsico, las regiones meridionales y surorientales de Asia, Indonesia y las Islas del Pacífico occidental.

¹² BARBE, E., *Cambio mundial y gobernanza global. La interacción entre la Unión Europea y las instituciones internacionales*, “La UE en el contexto internacional a la hora de las potencias emergentes”, 2021, Tecnos, pp. 7 ss

¹³ SAHAGUN, “El mundo en el tercer año de pandemia”, *Panorama estratégico 2022*, IEEEE, pp- 9 ss

¹⁴ KLARE, M.T., *Las guerras por los recursos constituyen el futuro escenario del conflicto global*, 2001, pp. 28.

Ley aplicable al convenio arbitral en ausencia de elección expresa de las partes

Choice of law to the arbitration agreement in the absence of express choice of the parties

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado.
Miembro del Institut de Droit International

Recibido: 18.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8936

Resumen: Hay varios factores interrelacionados que pueden afectar tanto a la existencia como a la validez del convenio arbitral y cada uno de ellos puede estar sujeto a diferentes leyes. que puede dar lugar llevar a resultados divergentes y generar confusiones adicionales. Para abordar este problema de manera efectiva, es crucial que los tribunales arbitrales y las partes involucradas en el arbitraje presten una atención cuidadosa a las distinciones entre los elementos esenciales y relacionados con la validez del acuerdo de arbitraje, así como a la aplicación de la ley correspondiente a cada uno de ellos. Esto contribuirá a promover la coherencia y la certeza en el proceso arbitral, facilitando así una resolución justa y eficaz de las controversias. La determinación de si un acuerdo de arbitraje es válido o no, según la ley aplicable, influirá en si la controversia puede someterse a arbitraje, si los procedimientos judiciales pueden ser suspendidos y si el laudo resultante puede ser anulado o denegada su ejecución. No deja de sorprender que un mecanismo como el arbitraje comercial internacional que busca promover la eficiencia y la previsibilidad para sus usuarios carezca de una respuesta uniforme en los sistemas estatales y de un consenso sobre cómo resolver la cuestión, generando una incertidumbre contraria al objetivo del arbitraje de alcanzar una resolución de controversias eficiente y predecible. La reciente práctica contradictoria suministrada por los tribunales ingleses y franceses ha vuelto a poner de relieve las consecuencias adversas para la institución arbitral de esta falta de unanimidad.

Palabras clave: Arbitraje comercial internacional, convenio arbitral, presunción de separabilidad, existencia, validez y eficacia, ley aplicable, ley de la sede del arbitraje, principio de validación.

Abstract: There are several interrelated factors that may affect both the existence and the validity of the arbitration agreement and each of them may be subject to different laws, which may lead to divergent results and generate additional confusion. To address this problem effectively, it is crucial that arbitral tribunals and the parties involved in the arbitration pay careful attention to the distinctions between the essential and validity-related elements of the arbitration agreement, as well as to the application of the relevant law to each of them. This will help to promote consistency and certainty in the arbitral process, thereby facilitating the fair and efficient resolution of disputes. The determination of validity or not an arbitration agreement is valid under the applicable law will have a bearing on whether the dispute can be submitted to arbitration, whether court proceedings can be stayed and whether the resulting award can be set aside, or its enforcement refused. It is surprising that a mechanism such as international commercial arbitration that seeks to promote efficiency and predictability for its users lacks a uniform response in state systems and a consensus on how to resolve the issue, creating uncertainty contrary to arbitration's goal of achieving efficient and predictable dispute resolution. The recent contradictory practice provided by the English and French courts has again highlighted the adverse consequences for the arbitral institution of this lack of unanimity.

Keywords: International commercial arbitration, arbitration agreement, presumption of separability, existence, validity and effectiveness, applicable law, law of the seat of arbitration, principle of validation.

Sumario: . Función localizadora del convenio arbitral. II. Derecho aplicable al convenio arbitral. 1. Presunción de separabilidad. 2. Determinación y ámbito de la ley rectora. III. Ley aplicable a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral cuando no concurre una elección expresa. 1. Importancia de la cuestión. 2. Soluciones de carácter conflictual: A) Dificultades en la determinación de la ley rectora. B) Aplicación de la ley rectora del contrato principal. C) Aplicación de la ley sustantiva del Estado basada en vínculos más estrechos o en o la relación más significativa con el acuerdo de arbitraje. D) Aplicación de la ley de la sede del arbitraje. 2. Soluciones de carácter material. IV. Consecuencias del diferente enfoque sobre la ley aplicable al convenio arbitral: la doble vida del laudo *Kabab-Ji*. V. Solución de síntesis: aplicación del principio de validación.

I. Función localizadora del convenio arbitral

1. Se afirma que el Derecho internacional privado, uno de cuyos maestros más eminentes es el Profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca, es una especie en peligro de extinción para convertirse en una colección de reglamentos sin alma ni inteligencia. La extraordinaria riqueza y profundidad de las investigaciones del catedrático merecidamente homenajeado pone en duda este pesimista aserto y abre la vía a múltiples formas de honrar a una descomunal obra científica. Una de ellas es esta modesta contribución escrita desde la admiración y el afecto.

La dependencia del arbitraje respecto del Derecho internacional privado se manifiesta a lo largo de todo su ciclo de vida, desde la elaboración del acuerdo de arbitraje, pasando por todo el proceso arbitral, hasta el momento en que un laudo se presenta ante un tribunal nacional para su anulación o para su reconocimiento y ejecución¹. Con referencia a la primera de estas dimensiones, es común en el ámbito del arbitraje internacional que intervengan múltiples sistemas y tradiciones jurídicas generando incertidumbre en cuanto a los límites y fronteras de la determinación y aplicación de la *lex causae* o de la ley que rige el fondo de la controversia. Si bien las partes tienen la responsabilidad principal de establecer el contenido de la ley aplicable, es claro que los árbitros poseen la facultad de determinar y verificar dicho contenido². En la operación, sin embargo, surgen incertidumbres respecto a los límites de esta facultad y cómo proceder en caso de que las partes no establezcan adecuadamente el contenido del Derecho aplicable. Los sistemas de Derecho civil y de *common law* ofrecen diferentes enfoques y herramientas para lograr un equilibrio adecuado entre el derecho y la justicia, por un lado, y el debido proceso y la autonomía de las partes, por otro lado, al tiempo que se salvaguarda la autonomía de las partes y se promueve la eficiencia del sistema arbitral³.

Desde la perspectiva de las operaciones de comercio transnacional la autonomía de la voluntad plasmada en el acuerdo de arbitraje otorga a las partes el control total sobre el proceso de resolución de la controversia⁴ del cual no es ajeno a otra importante manifestación de dicha autonomía: la designación del concreto procedimiento de arreglo de la eventual controversia surgida del contrato, bien a la jurisdicción estatal, a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o al arbitraje, por medio de un convenio o acuerdo cláusula arbitral⁵. Se acostumbra a utilizar el término “cláusula compromisoria” como distinto

¹ J.-M. JACQUET, “Droit international privé et arbitrage commercial international”, *Recueil des cours*, vol. 396, 2018, pp. 9-36.

² Y.D. RAMPALL y R. FEEHILY, “The Sanctity of Party Autonomy and the Powers of Arbitrators to Determine the Applicable Law: The Quest for an Arbitral Equilibrium”, *Harvard Negotiation L. Rev.*, vol. 23, n° 2, 2018, pp. 345-404.

³ M.S. ABDEL WAHAB, “Ascertaining the Content of the Applicable Law in International Arbitration: Converging Civil and Common Law Approaches”, *Arbitration*, vol. 83, n° 4, 2017, pp. 412-422.

⁴ J. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, 6ª ed., vol. I, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 401.

⁵ Si el convenio a acuerdo arbitral se incluye en un contrato, dicha cláusula del contrato recibe el nombre de “cláusula compromisoria”. Todo acuerdo arbitral es un contrato o compromiso, pero no todo acuerdo arbitral se incluye en un contrato

del “compromiso escrito” que no se incluye en el contrato, sino que se alcanza al margen o fuera del contrato. La “cláusula compromisoria” es, por tanto, una disposición específica dentro del contrato que establece que las partes acuerdan someter cualquier disputa derivada del contrato a un arbitraje vinculante⁶. En contraste, un “compromiso escrito” es un acuerdo autónomo, independiente de cualquier contrato principal, en el cual las partes se comprometen a resolver sus disputas mediante arbitraje⁷.

La distinción entre una cláusula compromisoria y un compromiso escrito es importante porque afecta la forma en que se aborda la validez y la aplicabilidad del acuerdo arbitral. En el caso de una cláusula compromisoria, su eficacia puede depender de la validez del contrato principal, aunque, como veremos, la doctrina de la separabilidad permite que la cláusula arbitral subsista incluso si el contrato principal es considerado nulo. Por otro lado, un compromiso escrito, al ser un acuerdo independiente, no está sujeto a la misma vulnerabilidad que un acuerdo inserto dentro de un contrato más amplio.

Esta diferenciación también refleja la flexibilidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, adaptándose a las necesidades y circunstancias específicas de las partes. La cláusula compromisoria y el compromiso escrito representan dos modos de manifestar la voluntad de someterse al arbitraje, cada uno con sus propias implicaciones legales y prácticas. En última instancia, ambos enfoques subrayan la importancia de un acuerdo claro y explícito para asegurar la efectividad del proceso arbitral y la resolución de disputas de manera equitativa y eficiente.

2. El Derecho sustantivo escogido o seleccionado por las partes para resolver el fondo de la controversia entraña un sistema de valores que se consideran como preferencias subjetivas con fundamento en su aplicación y a su aplicabilidad. Con bastante frecuencia en el ejercicio de su misión los árbitros acuden a un determinado Derecho estatal porque así lo han decidido las partes o porque entienden que la relación jurídica controvertida se subsume en su totalidad dentro de un determinado ordenamiento jurídico. En función de estas dos dimensiones localizadoras, procesal y sustantiva, se afirma con razón que el convenio arbitral es la “puerta de entrada del arbitraje”⁸. Sea con justificación o no, una parte que se niega a someterse a un procedimiento arbitral comercial internacional está en disponibilidad de expresar sus críticas al acuerdo de arbitraje, principalmente con dos objetivos diversos. De un lado, como una estrategia contra su aplicación por la contraparte y, de otro lado, como una demanda sustantiva ante un tribunal estatal, impugnando la objeción de arbitraje presentada por la contraparte⁹, versando ambas estrategias sobre diversos aspectos, como la existencia misma de la cláusula de arbitraje, su validez, tanto en forma como en contenido, así como su alcance y ámbito de aplicación, suscitando cuestiones metodológicas relacionadas con la dimensión conflictual del Derecho internacional privado en la fase preliminar del proceso arbitral.

Estamos ante un terreno fértil para explorar la dimensión transnacional del arbitraje y para verificar cómo el arbitraje internacional se relaciona con diversos sistemas jurídicos nacionales que interactúan entre sí para encontrar soluciones legalmente aceptadas a los problemas que surgen en un contexto internacional¹⁰. La interacción entre múltiples sistemas jurídicos nacionales es crucial para establecer un marco legal coherente y efectivo para resolver controversias en un entorno globalizado.

más amplio. Cf. S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *Anuario Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n° 23, 2017-2018, pp. 199-222, esp. p. 201.

⁶ A. LA MARTINA, “Spunti in tema di clausola compromissoria nell’arbitrato commerciale internazionale”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 38, n° 4, 2002, pp. 991-1010; G. RUFFINI, “La nozione di clausola compromissoria”, *Riv. arb.*, vol. 14, n° 3, 2004, pp. 417-430;

⁷ El art.II.2° CNY especifica que “[I]a expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas” (C. MORVIDUCCI, “La forma della clausole compromissoria secondo la convenzione di New York del 1958”, *Riv. dir. int.*, vol. 56, 1973, pp. 732-744). Y en la misma dirección, el art. 1.2 a) CG se refiere a “acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”

⁸ T.E. CARBONNEAU, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, 3ª ed., Thomson–West, 2005, p. 17.

⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Concurrencia del árbitro y del juez en el control del convenio arbitral”, *Anuario de Arbitraje*, 2021, pp. 97–154.

¹⁰ Como pusiera de relieve Lord MUSTILL en el asunto del *Channel Tunnel* “It is by now firmly established that more than one national system of law may bear upon an international arbitration. Thus, there is the proper law which regulates the sub-

3. Dentro de las múltiples razones que motivan el recurso por los operadores que participan en los negocios internacionales al arbitraje en sus contratos, destacan la eficacia, la neutralidad, el mayor control del proceso, la experiencia de los árbitros y la ejecutabilidad del laudo. Pero estas ventajas pueden verse comprometidas si una el convenio arbitral (cláusula de arbitraje/cláusula compromisoria) está mal redactado y las partes se ven envueltas en una disputa legal prolongada y costosa sobre cuestiones relacionadas con la existencia, validez, efecto, interpretación o ejecución del acuerdo de arbitraje¹¹, vinculadas muchas veces a un defectuoso empleo de la ley aplicable. En realidad, la ley aplicable al convenio arbitral es a menudo pasada por alto durante la negociación de un contrato, posiblemente porque se considera una cláusula secundaria, lo cual resulta totalmente incierto pues esta ley rige varios aspectos esenciales cuales son su existencia, validez, efectividad, alcance, interpretación, renuncia, terminación y ejecución. La aplicación de una ley u otra a la cláusula arbitral puede determinar la existencia misma del procedimiento arbitral o la validez futura del laudo.

La respuesta automática y tradicional conduce a declarar la cláusula en su conjunto sujeta a la ley del contrato que la contiene, pero el hecho de que existan varias leyes diferentes con vocación de aplicabilidad a un arbitraje comercial internacional no ayuda a eliminar la incertidumbre. Entre otras, cabe considerar las siguientes leyes en presencia:

- i) La ley aplicable al procedimiento arbitral (*lex arbitri*) determinada de forma diversa e independiente y que no tienen por qué coincidir con la ley aplicable al convenio arbitral. Es más, “la eventual diversidad entre ambas leyes puede ser fuente de conflictos, en la medida en que exista una diferencia de criterio sobre aspectos de dudosa calificación, procedimental o sustantiva”¹².
- ii) La ley aplicable a la arbitrabilidad. Para que una controversia pueda resolverse mediante arbitraje, el objeto del asunto debe ser “arbitrable”¹³, rigiendo generalmente, la elección por las partes de la sede del arbitraje¹⁴, aunque también se sugiere aplicar a la cuestión la ley que rige las cuestiones de fondo del litigio¹⁵.
- iii) La ley que rige las cuestiones de fondo entre las partes en un contexto en el cual la noción de *lex mercatoria* es un recurso valioso, pero a la vez polémico, al igual que la noción de *ex aequo et bono* es otro concepto discutido pero importante para el arbitraje comercial internacional.

stantive rights and duties of the parties to the contract from which the dispute has arisen. Exceptionally, this may differ from the national law governing the interpretation of the agreement to submit the dispute to arbitration. Less exceptionally it may also differ from the national law which the parties have expressly or by implication selected to govern the relationship between themselves and the arbitrator in the conduct of the arbitration: the ‘curial law’ of the arbitration, as it is often called’. Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd [1993] 1 All ER 664,682, [1993] AC 334, 357–3. Vid. M. Rubino-Samartano, “The Channel Tunnel and the *tronc commun* doctrine”, *J. Int’l Arb.*, vol. 10, n° 3, 1993, pp. 59–65,

¹¹ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9 (A.J. van den Berg, ed.), Kluwer Law International, 1999, pp. 197 ss.

¹² Cf. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009, pp. 39–74, esp. pp. 42–43. Este autor cita algunos ejemplos sumamente ilustrativos.

¹³ Por ejemplo, en la mayoría de las jurisdicciones, las cuestiones relacionadas con el Derecho penal, el Derecho de familia, el Derecho de la competencia y la insolvencia no son arbitrables. El art. II.1° CNY establece que se reconocerá un acuerdo de arbitraje internacional que “se refiera a una materia susceptible de solución mediante arbitraje” y el art. V.2° a) de dicho instrumento determina que no se reconocerá ni ejecutará un laudo si “la materia objeto de la diferencia no es susceptible de solución mediante arbitraje conforme a la ley” del país en el que se solicita el reconocimiento. Vid. L.A. MISTELIS, *Arbitrability: international & comparative perspectives*, Alphen aan den Rijn, Netherlands, Kluwer Law International, 2009.

¹⁴ M.L. MOSES, *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration*, 3ª ed., Cambridge University Press, 2017, p. 68. No obstante, para determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad debe examinarse, en primer lugar, en qué fase del procedimiento aparece y si surge mientras el caso está todavía ante el tribunal arbitral, debe aplicarse la ley que rige el acuerdo de arbitraje o la ley de la sede.

¹⁵ J.D.M. LEW, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements*, op. cit., p. 136. Vid. B. HANOTIAU, “The law applicable to arbitrability”, *Singapore Academy of L.J.*, vol. 26, 2014, pp. 874–885.

- iv) La ley aplicable a la validez del convenio arbitral cuya determinación suscita mayores dificultades, pues no existe una única ley que regule todos sus aspectos y cuya determinación constituye el objeto principal del presente estudio.

II. Derecho aplicable al convenio arbitral

1. Presunción de separabilidad

4. Las decisiones de los tribunales estatales y los laudos arbitrales han adoptado históricamente una serie de enfoques diferentes para seleccionar la ley que rige los acuerdos de arbitraje internacional y precisamente por producirse en un contexto internacional, esta materia tradicionalmente se ha enfocado exclusivamente desde la compleja metodología “conflictualista” privativa Derecho internacional privado¹⁶. Este enfoque ha adquirido ciertas dosis de complejidad tras la aparición de localizaciones que discurren desde la aplicación de la ley del foro judicial de ejecución, hasta respuestas alternativas de elección de ley basadas en la aplicación de la ley de la sede del arbitraje, la ley del contrato subyacente, o la ley con la “conexión más estrecha” o “relación más significativa” con el acuerdo de arbitraje. Sin embargo, ninguno de estos enfoques ha resultado plenamente satisfactorio, pues la discusión de los principios de elección del Derecho aplicable a los acuerdos de arbitraje internacional adopta como punto de partida la presunción de separabilidad según la cual un acuerdo de arbitraje internacional es (al menos presuntamente) separable del instrumento subyacente al que está asociado. La teoría y la práctica del arbitraje han concebido la noción de separabilidad con el propósito de salvaguardar y mantener el acuerdo de arbitraje distinto de su contrato principal. Este concepto, junto a la autonomía y al consentimiento de las partes, constituye uno de los fundamentos esenciales del arbitraje internacional, y aunque admite inflexiones promueve la autonomía del acuerdo de arbitraje estableciendo que la ley que rige el contrato subyacente, no se aplica automáticamente a la cláusula de arbitraje, aunque las partes pueden convenir expresamente una ley que regule ambos aspectos.

De manera más gráfica, el postulado de separabilidad¹⁷ considera que esta cláusula no es otra cosa que un “contrato dentro de otro contrato”; siendo la cláusula de arbitraje una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. Puede hablarse así de dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes, de suerte que la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el convenio arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes¹⁸.

¹⁶ Así se pronunció la Resolución del *Institut de droit international* sobre arbitraje en Derecho internacional privado adoptada en Amsterdam en 1957, dirigida tanto a los propios árbitros como a los tribunales estatales cuyo objeto era “*de soumettre les conflits de lois auxquels donne lieu l’arbitrage privé, à un système unique de droit international privé*” (art. 1º) (*Annuaire IDI*, 1957, II, p. 479).

¹⁷ En Francia este principio de autonomía se formuló en las recomendaciones del primer Congreso Internacional de Arbitraje (*Rev. arb.*, 1961, pp. 37 ss), donde se incluyó un estudio de F.-E. KLEIN, “Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire – Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal” (*ibid.*, pp. 48 ss). Posteriormente se estableció con claridad en la Sentencia de la *Cour de cassation, civile*, de 7 mayo 1963, *Gosset*, sosteniendo que la nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula de arbitraje “*En matière d’arbitrage international, l’accord compromissoire, qu’il soit conclu séparément ou inclus dans l’acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu’il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte*” (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, pp. 615 ss y nota de H. MOTULSKY). Y a este razonamiento se une el de la Sentencia de la *Cour de Cassation, civile*, 6 diciembre 1988, *Navimpex*, según el cual “*le principe d’autonomie de la clause compromissoire permet de se prévaloir de cette clause même lorsque le contrat signé par les parties n’a pas pu entrer en vigueur dès lors que le différend qui les oppose est lié à sa conclusion*” (*Rev. arb.*, 1989, pp. 941 ss y nota de B. GOLDMAN; *Journ. dr. int.*, 1990, pp. 134 ss y nota de M.-L. NIBOYET –HOEGY). Desde el punto de vista normativo, en 1980 el art. 1.442 NCPC recogió implícitamente el principio, aunque su codificación definitiva se produjo en 2011, cuando el Decreto nº 2011-48, de 13 de enero, dio al artículo 1.447 su redacción actual, que dispone en su primer párrafo que: “*La convention d’arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n’est pas affectée par l’inefficacité de celui-ci*”.

¹⁸ *Vid.*, *inter alia*, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), vol. II, 1975, p. 28; F.E. KLEIN, “Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d’arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449-552; E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex,

Desde la perspectiva del Derecho aplicable la síntesis de este planteamiento es la siguiente: la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a otro ordenamiento jurídico. Esta autonomía funcional propició la formulación del principio de autonomía conflictual, consistente en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral con independencia del contrato. La jurisprudencia y la literatura jurídica han debatido ampliamente sobre este postulado, el cual no es patrimonio exclusivo del arbitraje, sino un principio general presente en todos los sistemas legales relacionados con contratos, según el cual las cláusulas de resolución de controversias son independientes del resto del contrato¹⁹. De esta suerte, aunque el contrato en su conjunto pueda ser nulo o resuelto, la cláusula compromisoria sigue siendo válida y operativa. Su fundamento radica en la necesidad de promover la eficacia y autonomía de las cláusulas de resolución de disputas, permitiendo que sean tratadas como acuerdos separados y aplicadas incluso si el contrato principal se considera inválido o se resuelve. Esta doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral asegura que el proceso arbitral pueda seguir adelante, garantizando así que las partes puedan resolver sus disputas fuera del ámbito judicial estatal, respetando su voluntad inicial de someterse a arbitraje. Semejante independencia no solo refleja una técnica jurídica destinada a preservar la funcionalidad del arbitraje, sino que también subraya una concepción más profunda del contrato como un conjunto de acuerdos interdependientes pero autónomos. Esto permite una flexibilidad interpretativa que protege la intención de las partes de resolver sus disputas de manera eficaz y especializada, y asegura la estabilidad y predictibilidad del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. El principio de autonomía conflictual, al garantizar la separabilidad de la cláusula arbitral, no solo refuerza la seguridad jurídica, sino que también promueve la justicia al respetar la autonomía de la voluntad de las partes. Este enfoque se enmarca dentro de una tradición jurídica que valora la capacidad de los individuos y las entidades para determinar libremente las condiciones de su interacción, incluso cuando surgen disputas. La aplicabilidad continua de la cláusula compromisoria, a pesar de la nulidad del contrato principal, es un testimonio de la confianza depositada en el arbitraje como una institución capaz de ofrecer soluciones justas y equitativas fuera del ámbito estatal.

5. La presunta separabilidad del acuerdo de arbitraje, y por consiguiente la posibilidad de que una ley diferente pueda regir el acuerdo de arbitraje de las partes que la específica del contrato subyacente, es reconocida, *inter alia*, tanto por la CNY²⁰ como por la LMU²¹. Con frecuencia los tribunales

1997, pp. 110 ss; P. MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.*, 1998, pp. 359 ss; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 697–725, esp. pp. 714–719; *id.*, “Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, n° 2, 2016, pp. 581–607; S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *loc. cit.*, pp. 202–203; M.L. PALAZÓN GARRIDO, “El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral”, *Arbitraje comercial internacional (un estudio de Derecho comparado)* (S.A. Sánchez Lorenzo, dir.), Cizur Menor, Civitas Thomson–Reuters, 2020, pp. 221–269; G. ZARRA, “Separability and the Law Applicable to the Substantive Validity of Arbitration Agreements”, *J. Int’l Arb.*, vol. 41, n° 1, 2024, pp. 29–50.

¹⁹ La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: arts. 81.1° Convenio de Viena de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías; 7.3.5 (3) de los Principios UNIDROIT, sobre los contratos comerciales; 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales.; 9:305 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo; III.–3:509. *Vid.* S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *loc. cit.*, p. 203.

²⁰ La CNY descansa en la premisa de que el acuerdo de arbitraje es un acuerdo separable, sujeto a reglas internacionales especializadas tanto de validez sustantiva como formal, las cuales se encuentran establecidas en los arts. 11.1° a 3°. Por su parte, aunque su art. II no contiene una regla expresa de elección de ley, establece reglas internacionales sustantivas de presunta validez sustantiva y formal, directamente aplicables a los acuerdos de arbitraje internacional. La consecuencia necesaria de estas reglas es que el acuerdo de arbitraje estará sujeto, al menos en parte, a un régimen legal sustantivo diferente al del contrato subyacente de las partes.

²¹ El art 8 LMU establece una norma sustantiva según la cual los acuerdos de arbitraje internacional son presuntamente válidos y ejecutables, y por lo tanto están sujetos a un régimen jurídico especializado no aplicable a otros contratos. Y el art. 16 contempla expresamente la presunta separabilidad de los acuerdos de arbitraje internacional – y reconoce implícitamente la posibilidad de que se aplique al acuerdo de arbitraje una ley nacional diferente a la del contrato subyacente. *Cf.* G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 388–392.

nacionales como los internacionales han aplicado la presunción de separabilidad en parte para salvaguardar los acuerdos de arbitraje internacional de impugnaciones de su validez basadas en normas idiosincrásicas o discriminatorias de la legislación nacional. Dicha presunción de separabilidad ha permitido a los tribunales nacionales mantener la validez de los acuerdos de arbitraje internacional, a pesar de estas normas de derecho, aplicando al acuerdo de arbitraje una ley diferente a la del contrato subyacente²².

La separabilidad entre el acuerdo de arbitraje y el contrato principal lleva aparejadas importantes consecuencias²³. Entre otras cosas, el sometimiento de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado. La separabilidad puede considerarse hoy en día un principio general del arbitraje comercial internacional, lo que no implica que, en todos los casos, la cláusula de arbitraje deba ser considerada como completamente independiente del contrato principal, pues a otros efectos, por ejemplo, la cesión del contrato, la cláusula de arbitraje sigue considerándose parte integrante de este último.

No puede negarse que la presunción de separabilidad ha contribuido significativamente a la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje internacional y a la eficacia del proceso arbitral en su conjunto. Sin embargo, al contemplar los beneficios derivados de esta presunción, emerge una paradoja inherente a ella: la posibilidad de que diferentes sistemas jurídicos puedan aplicarse al acuerdo de arbitraje y al contrato subyacente, generando complejidades e incertidumbres. La realidad jurídica nos muestra que las jurisdicciones estatales y los tribunales arbitrales han desarrollado una gran variedad de doctrinas para determinar la ley más adecuada que rijan la validez sustantiva de los acuerdos de arbitraje internacional, entre las cuales se encuentran la ley del foro para la ejecución judicial, la ley elegida por las partes para regir el contrato subyacente, la ley de la sede del arbitraje, la ley del Estado con la “conexión más cercana” o la “relación más significativa”, y un enfoque “acumulativo” que considera la ley de todos los Estados posiblemente relevantes. En este mosaico jurídico, cada enfoque aporta su propia lógica y racionalidad, pero también su propia dosis de incertidumbre y conflicto potencial. La búsqueda de una coherencia absoluta en la aplicación de la ley en el ámbito del arbitraje internacional parece, entonces, un ejercicio de reconciliación de lo diverso. La indagación del mejor enfoque para determinar la ley que debe regir el acuerdo de arbitraje lleva bastante tiempo en marcha, pero es una tarea inacabada, dado que no todos los tribunales nacionales han alcanzado una comprensión precisa sobre cómo determinar la intención fundamental de las partes²⁴.

2. Determinación y ámbito de la ley rectora

6. Desempeña el convenio de arbitraje un papel fundamental para cualquier procedimiento arbitral. Sin un acuerdo válido, el arbitraje no puede comenzar o proseguir, y cualquier laudo emitido será inválido y no ejecutable. Su efecto principal no es excluir la jurisdicción de los tribunales estatales, sino transferir el derecho de decisión a un tribunal arbitral y este “efecto positivo” del contrato se realiza legalmente en el Estado donde se encuentra la sede del tribunal arbitral de conformidad con el contrato, por consiguiente, el efecto negativo, es decir, la exclusión de la jurisdicción de los tribunales estatales es sólo una consecuencia de ello²⁵.

La elección de la ley aplicable al convenio arbitral no es una operación meramente técnica sino una manifestación palpable de la pluralidad de intereses y valores que subyacen en el entramado jurídico internacional configurándose como el resultado de un delicado equilibrio entre las expectativas de las

²² El principio de separabilidad tiene hoy un amplio reflejo en las legislaciones estatales y en los reglamentos de las instituciones arbitrales. *Vid.* una completa exposición comentada en M.L. PALAZÓN GARRIDO, “El principio de separabilidad...”, *loc. cit.*, pp. 232–246 y pp. 24–248.

²³ Ch. SERAGLINI, en *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjuncq, dirs.), París, LexisNexis, 2019, pp. 878–881.

²⁴ S. SUBRAMANIAM, “Determining the Law to govern an Arbitration Agreement: a Quest for the Best Approach”, *J. Malaysian & Comp. L.*, vol. 47, n° 2, 2020, pp. 1–22.

²⁵ *Vid.* G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 508–509.

partes, el control judicial y los poderes del tribunal arbitral, donde cada actor desempeña su papel en la búsqueda de una armonía funcional. Las expectativas de las partes reflejan sus deseos y necesidades, confiando en una resolución que respete sus intereses y derechos, actuando el control judicial como un garante de la justicia y la legalidad, para asegurar que el proceso arbitral no se desvíe de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, finalmente, los poderes del tribunal arbitral representan la autonomía y la especialización, permitiendo una interpretación y aplicación de la ley que se adapta a las particularidades del caso y las especificidades del Derecho arbitral. En este contexto, la previsibilidad se erige como un valor cardinal, pues las partes buscan certeza en el marco normativo que regirá su disputa, una claridad que les permita anticipar las consecuencias legales de sus acciones y decisiones²⁶. En definitiva, la elección de la ley aplicable en el arbitraje internacional es un reflejo de la complejidad y la riqueza de la interacción entre diversos actores y valores generador de un microcosmos que encapsula las dinámicas más amplias de la justicia internacional, donde la previsibilidad, la coherencia y la legitimidad convergen para ofrecer una resolución de disputas que aspira a ser justa, eficiente y respetuosa de la autonomía de las partes.

Por el momento no se ha llegado a un consenso a favor de alguna de las alternativas a la elección de las leyes aplicables en presencia y, como resultado de ello, la determinación de la ley que rige los acuerdos de arbitraje internacional está a menudo sujeta a una desafortunada incertidumbre²⁷. La confusión, que ha prevalecido en el ámbito de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje en los últimos años, puede atribuirse, en gran medida, a la falta de atención a las distinciones fundamentales entre cuestiones esenciales y elementos relacionados con la validez de los acuerdos de arbitraje que a menudo son descuidadas, malinterpretadas o no percibidas claramente por los tribunales arbitrales. Hay varios factores interrelacionados que pueden afectar tanto a la existencia como a la validez del acuerdo de arbitraje y cada uno de ellos puede estar sujeto a diferentes leyes. Estos factores incluyen, entre otros, la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo, la forma en que se llegó a dicho acuerdo, la determinación de la intención de las partes y la validez de las cláusulas compromisorias o pactos arbitrales específicos. La aplicación de diferentes leyes a estos aspectos fundamentales puede llevar a resultados divergentes y generar confusiones adicionales²⁸.

El descuido de estas distinciones vitales ha dado lugar a discusiones engañosas e improductivas en el ámbito de la doctrina arbitral, contribuyendo así a la creación de más incertidumbre en lugar de promover la claridad y la predictibilidad en la resolución de las controversias. Para abordar este problema de manera efectiva es crucial que los tribunales arbitrales y las partes involucradas en el arbitraje presten una atención cuidadosa a las distinciones entre los elementos esenciales y relacionados con la validez del acuerdo de arbitraje, así como a la aplicación de la ley correspondiente a cada uno de ellos. Esto contribuirá a promover la coherencia y la certeza en el proceso arbitral, facilitando así una resolución justa y eficaz de las disputas.

Efectivamente, las cuestiones relacionadas con la elección de la ley aplicable a los acuerdos de arbitraje internacional surgen con frecuencia en diversos contextos, como los procedimientos arbitrales, los procesos judiciales para la ejecución de acuerdos arbitrales (art. II CNY) y los procedimientos para la anulación o reconocimiento de laudos arbitrales (arts. III y V). Cada uno de estos ámbitos utiliza normativas diferentes para la elección de la ley aplicable, lo que puede derivar en resultados divergentes respecto a la ley que rige un acuerdo de arbitraje internacional, con la consiguiente incertidumbre incompatible con el propósito de este instrumento cual es establecer un régimen uniforme y especializado para los acuerdos de arbitraje internacional.

²⁶ La previsibilidad se acomoda a la justicia del Derecho internacional privado porque pretende una cierta coordinación de los sistemas mediante una norma general que dé cierta flexibilidad a la resolución de los conflictos de leyes y que conceda mayor protagonismo a los individuos. *Vid.* G. GOLDSTEIN, “L’exception de prévisibilité Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2018, n° 1, pp. 3–29

²⁷ *Vid.*, por todos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “La Ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral”, *El Derecho internacional privado. Entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 520–534.

²⁸ H.A. GRIGERA-NAÓN, “Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, t. 289, 2001, p. 13 ss, esp. p. 41.

7. La determinación de si un acuerdo de arbitraje es válido o no, según la ley aplicable, influirá en si la controversia puede someterse a arbitraje, si los procedimientos judiciales pueden ser suspendidos y si el laudo resultante puede ser anulado o denegada su ejecución. Por ejemplo, en el transcurso de una acción de ejecución de un laudo arbitral, una parte podría basarse en el art. V.1º.a) CNY y afirmar que el acuerdo en cuestión “no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”. Sin una designación específica acerca de la ley en que se basará el tribunal para resolver estas cuestiones lo más probable es que una de las partes abogue por la aplicación del Derecho sustantivo del contrato principal, mientras que la otra parte se oponga a ese razonamiento basándose en la presunción de separabilidad y/o en la CNY sosteniendo que la cláusula de arbitraje debe regirse por la ley de la sede del arbitraje. Este es un ejemplo de las muchas formas en que esta cuestión puede plantearse en la práctica, y las partes y sus abogados deben ser conscientes de estos riesgos al redactar sus cláusulas de arbitraje. No deja de sorprender que en un sistema que busca promover la eficiencia y la previsibilidad para sus usuarios, la falta de consenso sobre cómo resolver la cuestión de qué ley rige un acuerdo de arbitraje, lo cual merece, sin duda, una seria consideración.

En efecto, las partes tienen la libertad de elegir la ley aplicable a su acuerdo de arbitraje, pero no es frecuente la establezcan expresamente²⁹. Cuando si la hayan especificado existe una presunción generalmente aceptada de que han deseado que esta ley rija todas las disposiciones del contrato, incluyendo la cláusula de resolución de litigios. Pero en ausencia de una elección expresa los recursos accesorios resultan particularmente complejos.

La indicación más inequívoca sobre la ley que se aplicará al acuerdo de arbitraje vendría dada por una cláusula expresa de elección de ley. La elección explícita de ley por las partes tiene la virtud de poner fin a toda discusión sobre la ley aplicable al acuerdo de arbitraje y los árbitros estarán sujetos a las normas elegidas por las partes, estableciendo un marco claro para resolver cualquier disputa derivada del acuerdo. Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, no es muy frecuente ver en los contratos una cláusula expresa de elección de la ley aplicable al convenio arbitral. Tal vez esta circunstancia se deba a que las partes deseen tener más flexibilidad durante el proceso de arbitraje. Desde una perspectiva teórica podría obtenerse una respuesta persuasiva basada en que la naturaleza del acuerdo de arbitraje determina qué ley se aplica al mismo³⁰. De esta suerte, si se considera que la naturaleza del acuerdo es procesal, se seguiría que la ley de la sede en tanto que ley del arbitraje, debería aplicarse al convenio arbitral, mientras que, si se aprecia que la naturaleza del acuerdo es sustantiva, llevaría a la conclusión de que la ley sustantiva que rige el contrato principal debería aplicarse también al acuerdo de arbitraje. Este enfoque simplista conducente de nuevo el estéril debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, no resuelve el problema³¹. Por esa razón, la controversia sobre la ley aplicable al acuerdo de arbitraje se centra en si esta ley puede ser implícitamente determinada cuando las partes han seleccionado una ley para otro aspecto del arbitraje.

8. Se ha configurado una regla general favorable a que una elección implícita de la ley puede presumirse sólo en circunstancias en las que resulte acreditado que las partes tenían intenciones mutuas de acordar una ley, incluso si no estipularon esta voluntad común de forma explícita³². Presiden esta reflexión en esencia dos teorías encontradas: la teoría de la sede, que establece que la ley rectora sigue la ubicación geográfica de la sede del arbitraje previsto y, en segundo lugar, la teoría del anfitrión favorable

²⁹ G.A. BERGMANN, “International Standards” as a Choice of Law Option in International Commercial Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 27, nº 4, 2016, pp. 423–435, *id.*, “International Arbitration and Private International Law”, *Recueil des Cours*, t. 381, 2017, pp. 144–150; B. AUDIT, “L’accord d’arbitrage international: conflits de lois et règles matérielles”, *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Madrid–Paris, Lextenso / Iprolex, 2018, p. 134.

³⁰ K.P. BERGER, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?”, *International Arbitration 2006: Back to Basics* (A.J. van den Berg, ed.), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 301–334.

³¹ Cf. R. NAZZINI, “The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 65, nº 3, 2016, pp. 681–703, esp. p. 683.

³² D. CZERNICH, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, *Austrian Yearb. Int’l Arb.*, 2015, pp. 73–86, esp. p. 79.

a que la ley rectora del acuerdo para arbitrar sea la misma que la ley rectora (o sustantiva) del contrato en el que, normalmente, el acuerdo para arbitrar es una cláusula³³. La reflexión carece de una respuesta clara en la CNY, la opinión académica y judicial está dividida y lo mismo acontece con los reglamentos de las instituciones de arbitraje que mantienen diversos enfoques para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, que van desde señalar a la ley de la sede, hasta delegar en los árbitros la aplicación de la ley con la conexión más cercana, o aplicar la ley que el árbitro considere más apropiada.

Existen diversos enfoques para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral, que van desde: a) señalar a la ley de la sede como controladora (“salvo que y en la medida en que las partes hayan acordado por escrito la aplicación de otras leyes o normas jurídicas y dicho acuerdo no esté prohibido por la ley aplicable en la sede del arbitraje”³⁴); b) diferir a los árbitros la aplicación de la ley con la conexión más estrecha³⁵; o, c) aplicar las normas jurídicas que el árbitro encuentre más apropiada³⁶. Algunos se decantan por la extensión de la elección de la ley del acuerdo principal a la cláusula arbitral, mientras que otros abogan por aplicar la ley de la sede del arbitraje y si bien la práctica parece favorecer la primera opción, enfatiza que cada caso debe ser evaluado individualmente y que cualquier elección implícita de ley debe establecerse con certeza razonable.

La falta de claridad genera, cabe insistir en ello, una incertidumbre contraria al objetivo del arbitraje de garantizar una resolución de controversias eficiente y predecible. La solución más directa sería que las partes eligiesen explícitamente la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Sin embargo, esto rara vez acontece, ya que las negociaciones suelen centrarse en la elección de la sede del arbitraje con la expectativa de que la ley de la sede pueda resolver cualquier disputa potencial. Las vacilaciones resultantes de la CNY y las disposiciones paralelas de la LMU, han dado lugar a una multiplicidad de enfoques³⁷ para identificar sobre la ley que rige el acuerdo de arbitraje internacional. Por eso existen una serie de opciones³⁸.

9. Resta una consideración en torno a las materias incluidas en la ley rectora del convenio arbitral, partiendo de la verificación de que algunos aspectos relativos a su validez se sujetan a una conexión autónoma. Tal es el caso de los supuestos de incapacidad de las partes, generalmente sujetos a la ley rectora del estatuto personal, que varía según se trate de personas físicas o jurídicas, oscilando entre los criterios de nacionalidad y domicilio o sede, o las derivadas de la capacidad de los entes públicos para someterse a arbitraje³⁹. Por último, los vicios del consentimiento pueden requerir la aplicación de alguna regla adicional, especialmente cuando se discute la propia perfección de la cláusula y la ausencia de aceptación por una de las partes. En tales casos, aplicar la ley elegida, la ley de la sede o la ley del foro, puede resultar paradójico pues se trata de conexiones que han sido impuestas por el oferente y que perjudican, hipotéticamente, a la parte que alega no haber aceptado⁴⁰.

³³ P. ASHFORD, “The Law of the Arbitration Agreement: the English Courts Decide?”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 3, 2023.

³⁴ Art. 16.4º Regl LCIA, 2020.

³⁵ Art. 35.1º *Règlement suisse d'arbitrage international (Swiss Rules)*, 2021: “Le tribunal arbitral statue en appliquant les règles de droit convenues entre les parties, ou, à défaut d'élection de droit, en appliquant les règles de droit avec lesquelles le litige présente le lien le plus étroit”, 2021 y art. 31.1º HKIAC, 2008.

³⁶ Art. 26 Regl. CIAM-CIAR, 2020 (“Los árbitros resolverán con arreglo a las normas jurídicas que las partes hayan elegido, o, en su defecto, con arreglo a las normas jurídicas que consideren apropiada”); art. 35.1º Regl. HKIAC, 2013, art. 21.1º Regl. CCI, 2021 (art. 31.1º Regl. ICDRI; Rule 10.1 Regl. CPR; art. 27.2º VIAC, 2013, art. 35 Regl. KLRC, 2013).

³⁷ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards...*, *loc. cit.*, pp 197 ss, esp. pp 200–202 (“the international arbitrator may take at least three different approaches in order to determine the substantive law of the arbitration da use”); M. BLESSING, “The Law Applicable to the Arbitration Oause and Arbitrability”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements*, *op. cit.*, pp 168–169 (“in addition to the above four approaches [mentioned by other commentators], five further solutions have been advocated in international arbitration practice ... All these nine solutions have also been advocated (and indeed practiced) regarding arbitrability ... Are we thus faced with a magnificent confusion?”); J.D.M. LEW, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration”, *loc. cit.*, p. 114 y pp 141–144 (“[t]here are four main conflict rules for determining the applicable law to govern the arbitration agreemen”).

³⁸ K. PLAVEC, “The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements Revisited”, *Univ. Vienna L.Rev.*, vol. 4, n° 2, 2020, pp. 82–119.

³⁹ T.-H. CHENG e I. ENTCEV, “State Capacity and Sovereign Immunity in International Arbitration”, *Singapore Academy L.J.*, vol. 26, 2024, pp. 942–974, pp. 944–955.

⁴⁰ S. SÁNCHEZ LORENZO, “La Ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral”, *loc. cit.*, p. 532.

Incorpora la ley determinada de conformidad con a esta regla conflictual un alcance amplio que se extiende a diversos aspectos sustantivos y procedimentales del acuerdo de arbitraje. En concreto, rige: a) las cuestiones relacionadas con la validez sustantiva del convenio arbitral, abarcando aspectos tales como la celebración del acuerdo de arbitraje, incluyendo la validez de la oferta y la aceptación, así como la determinación del momento en que se forma el contrato y cubriendo los vicios del consentimiento, como el dolo, el error, la amenaza o la fuerza indebida; b) la ejecución y terminación del acuerdo de arbitraje, lo cual implica considerar aspectos como la duración del acuerdo, la imposibilidad de cumplimiento, los requisitos previos para su validez y las consecuencias de su anulación, incluyendo la aplicación de la regla *exceptio non adimpleti contractus*; y, c) el alcance del acuerdo de arbitraje y la extensión del mismo a terceras partes. Debe tenerse en cuenta que el conflicto puede tener un origen contractual pero luego extenderse a otras cuestiones no previstas en el contrato, haciendo adecuada la aplicación de la *lex contractus*⁴¹.

III. Ley aplicable a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral cuando no concurre una elección expresa

1. Importancia de la cuestión

10. La ausencia de elección expresa de la ley aplicable al convenio arbitral se ocasiona con más frecuencia de lo que podría pensarse, sobre todo porque a dicho convenio, en tanto que cláusula integrante, entre otras muchas, de un contrato no se le suele dar la misma importancia que al resto de las estipulaciones contractuales. Suele negociarse en el último momento (*midnight clause*) y normalmente se utiliza una cláusula de arbitraje estandarizada y poco detallada que puede acabar considerándose como una cláusula patológica. Como consecuencia de ello, un acuerdo podría acabar siendo inválido basándose en una ley que las partes no tuvieron en cuenta o no tuvieron presente durante las negociaciones. Las razones detrás de la preocupación por elección de una ley específica para el contrato principal, mientras se pasa por alto la relativa a la validez del acuerdo arbitral, son diversas. Por lo general, las partes eligen una ley en particular porque la conocen bien, es fácilmente accesible (*v.gr.*, está disponible en su idioma o en inglés) o porque creen que contiene disposiciones que son ventajosas para su posición. El hecho de que las partes rara vez consideren la ley aplicable al acuerdo de arbitraje implica que no debería haber una extensión automática de la ley del contrato al acuerdo arbitral pues la extensión implícita de la *lex causa* a la cláusula arbitral requiere indicaciones más claras que una mera elección de la ley para el contrato principal. Baste atender a que el convenio arbitral no es, en muchos aspectos, una disposición contractual estándar y, con independencia de que se califique como un contrato de carácter procesal o sustantivo, su contenido esencial va más allá del propósito de otras cláusulas previstas en el contrato donde se inserta.

Aparece la necesidad de determinar la ley aplicable al convenio arbitral cuando alguna de las partes cuestiona su existencia o validez, lo cual puede ocurrir en diversas etapas procesales, como cuando se solicita a un tribunal estatal que remita a las partes al arbitraje, se plantea la falta de competencia del tribunal arbitral, o se requiere la anulación o no reconocimiento y ejecución del laudo, posibilitando esta variedad de escenarios la aplicación de distintas normas de conflicto, las conducentes a resultados diferentes en orden a la validez del convenio arbitral. Los diferentes sistemas jurídicos nacionales han desarrollado diversos enfoques para abordar el conflicto de leyes en el ámbito del arbitraje internacional pues pese a su armonización, debido a la influencia de la CNY y de la LMU, la cuestión de la ley aplicable ofrece grandes carencias en esta materia y solo un número reducido de sistemas contienen disposiciones explícitas en su legislación arbitral o han desarrollado una jurisprudencia consolidada sobre este

⁴¹ Esta cuestión fue regulada primitivamente por el art. 61 LA/1988. *Vid.* R. ARROYO MONTERO, “Art. 61”, *Comentarios a la Ley de arbitraje* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coord.), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 894–902), cuyo tenor se contraponía a la ley aplicable fondo del arbitraje contemplada en el art. 62, con una regulación claramente obsoleta en el momento en que dicho precepto se elaboró, objeto de numerosas críticas (C.A. ESPLUGUES MOTA, “Art. 62”, *ibid.*, pp. 902–911), que fue superada por el art. 34 LA/2003.

tema. En sistemas estatales donde no existen disposiciones explícitas, a menudo se recurre a las normas aplicables en los procedimientos de ejecución de los laudos arbitrales, principalmente al art. V.1ª CNY

11. La mayoría de los países reconocen la autonomía de conexión de la cláusula arbitral al método clásico de conflicto de leyes, que busca el sistema jurídico más estrechamente relacionado con la relación jurídica en cuestión para determinar la ley aplicable, pero no todas las cláusulas de arbitraje incluyen una disposición explícita sobre la elección de la ley aplicable al arbitraje, por diversas razones, como la falta de acuerdo entre las partes, descuido u olvido al redactar el contrato. Resulta una omisión importante porque la determinación de la ley aplicable a la cláusula arbitral presenta desafíos, ya sea para definir su categoría jurídica o para establecer los puntos de conexión con un sistema jurídico específico⁴². Cuando las partes no han previsto nada al respecto, la aplicación del método conflictual sugiere buscar el sistema jurídico más próximo al acuerdo en disputa, lo que plantea la cuestión de si el contrato principal o la cláusula compromisoria debe tener vínculos más estrechos con dicho sistema jurídico. La jurisprudencia ha sugerido que la ley del contrato principal puede influir en la ley aplicable a la cláusula compromisoria, especialmente si es la misma ley elegida para regir el contrato principal y el país donde se llevará a cabo el arbitraje. Ello contradice uno de los objetivos primordiales del arbitraje: garantizar una resolución eficiente y predecible de disputas las incertidumbres derivadas de la falta de reglas armonizadas y las discrepancias en la jurisprudencia de los tribunales estatales. La solución más efectiva a este problema apunta a que las partes elijan explícitamente la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. Sin embargo, es raro que, a pesar de contar con representación legal durante las negociaciones contractuales, opten por esta elección centrándose las negociaciones en la selección de la sede, con la expectativa de que la ley de la sede pueda resolver cualquier posible problema relacionado con el arbitraje.

2. Soluciones de carácter conflictual

A) Dificultades en la determinación de la ley rectora

12. Las inconsistencias derivadas de la aplicación de las diversas reglas de elección de la ley aplicable a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral cuando no existe una elección expresa, discutidas anteriormente, reclaman una solución más coherente y basada en principios que estén en mayor armonía con los propósitos de la CNY y la LMU y con los objetivos de las partes al celebrar acuerdos de arbitraje internacional. Tal solución debería garantizar la certeza y la predictibilidad en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral, así como en la resolución de las disputas derivadas del mismo y, al mismo tiempo, promover la eficiencia y la efectividad del proceso arbitral, fomentando la confianza de las partes en el sistema arbitral internacional. Para lograr estos objetivos, resulta menester considerar enfoques que reconozcan y respeten la autonomía de las partes al momento de elegir la ley aplicable y, al mismo tiempo, que aseguren la coherencia y la cohesión en la interpretación y aplicación de dicha ley por parte de los tribunales arbitrales.

Estos enfoques conducentes a una respuestas coherente y basada en principios en relación con la elección de ley en el arbitraje internacional resultan fundamentales contribuyendo a mantener la confianza de las partes en el arbitraje como un medio eficaz y confiable para la resolución de disputas transfronterizas. Entre las alternativas en presencia se barajan aquellas favorables a incluir la aplicación de la ley del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje, la ley del lugar de ejecución del laudo, la ley del lugar donde se llevará a cabo el procedimiento arbitral, o incluso la ley del lugar donde se ejercerá la acción de ejecución del laudo. Cada una de ellas tiene sus ventajas y sus debilidades, pero todas enfrentan la misma incertidumbre con respecto a su aplicabilidad y ejecutabilidad en sistemas que aplican reglas de conflicto de leyes más estrictas. Otra alternativa sería aplicar la regla *locus regit actum*, la cual implicaría utilizar la ley del lugar donde se celebró el acuerdo. Sin embargo, esta opción resulta poco

⁴² R. NAZZINI, “The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principles”, *loc. cit.*, p. 381. *Vid. P. ASHFORD*, “The Proper Law of the Arbitration Agreement”, *Arbitration*, vol. 85, n° 3, 2019, p. 276–299.

realista, puesto que, en el contexto del arbitraje comercial internacional, la importancia del *situs* se traslada del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje al lugar donde se llevará a cabo el arbitraje o se emitirá el laudo, lo que inevitablemente conduce a la aplicación de la ley de la sede⁴³.

B) Aplicación de la ley rectora del contrato principal

13. Para seleccionar la ley que rige un convenio arbitral se ha acudido tradicionalmente a la aplicación de la ley que rige el contrato subyacente de las partes justificándose semejante proceder que la disposición expresa de elección de ley de las partes se extiende al acuerdo de arbitraje separable. Se trata de un planteamiento que posee un significado práctico considerable dado que, como se ha dicho, las partes virtualmente no acostumbra a especificar expresamente la ley aplicable a su acuerdo arbitral, a diferencia de su contrato subyacente⁴⁴. Aplicar la *lex causae*, es decir ley del contrato principal al acuerdo de arbitraje, puede parecer lógico a primera vista, dado que las partes suelen elegir explícitamente la ley aplicable al acuerdo principal y la cláusula arbitral está estrechamente relacionada con este acuerdo. De esta suerte, una cláusula de arbitraje que forma parte de un contrato deberá regirse por la misma ley que las demás disposiciones del contrato, a menos que las partes acuerden otra cosa, lo cual no es una suposición irrazonable, particularmente cuando hay una elección expresa de ley en el contrato pues, en tal caso, la cláusula de arbitraje y la cláusula de elección de la ley aplicable, suelen ser cláusulas contiguas o, al menos, vecinas y sería extraño sugerir en este contexto que la elección de la ley aplicable rige todas las disposiciones del contrato excepto la cláusula de arbitraje⁴⁵. Este punto de vista dominó durante muchos años y se plasmó en varios laudos de la CCI anteriores a 1977⁴⁶.

Sin embargo, determinar si esta extensión es la mejor solución requiere analizar cuidadosamente las intenciones de las partes. Si bien existen ciertos argumentos a favor de esta extensión para mantener la coherencia en todo el contrato, otros apuntan a que el propósito y contenido del acuerdo de arbitraje difieren significativamente del contrato en el que se inserta. La asignación de competencia a un tribunal arbitral es el objetivo principal del convenio arbitral, mientras que el contrato principal establece los derechos y obligaciones de las partes dentro de la denominada autonomía material. Por lo tanto, no resulta tan evidente que la ley del acuerdo principal deba aplicarse automáticamente al acuerdo de arbitraje, especialmente si las partes han elegido una sede diferente; en otros términos, no existe un interés claro que obligue a que ambas partes queden sujetas a la misma ley, lo que sugiere que la elección de la ley para el acuerdo de arbitraje debería hacerse de manera explícita y cuidadosa.

Acostumbran las partes a elegir una ley en particular para su acuerdo principal por razones como confianza, accesibilidad y disposiciones ventajosas, pero rara vez consideran la validez del convenio arbitral al hacer esta elección. Esto sugiere que no debería haber una extensión automática de la ley aplicable al acuerdo principal al acuerdo de arbitraje. Recuérdese que el art. 3 del Reglamento Roma I establece que la elección de la ley debe hacerse explícitamente o claramente evidente en los términos del contrato o las circunstancias del caso, lo que puede aplicarse *mutatis mutandi* al acuerdo de arbitraje. La extensión implícita de la ley del acuerdo principal a la cláusula arbitral requiere indicaciones claras de que las partes quisieron aplicar la misma ley a ambas partes. Por consiguiente, en ausencia de tales

⁴³ J.D.M. LEW, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁴ *Vid.* S.R. BOND, "How to Draft an Arbitration Clause (Revisited)", *ICSID Review*, vol. 7, n° 1, 1992, pp. 153–157. En palabras de la sentencia de la *English Court of Appeal* en el asunto *Sonatrach Petroleum Corp. v Ferrell International Ltd.*: "Where the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitrate contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract". [2002] 1 All ER (Comm) 627, párr. 32.

⁴⁵ A. REDFERN y M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, Sweet and Maxwell, 2003, p. 157.

⁴⁶ Laudo CCI n° 2626: "It is accepted by the majority that unless there is a special provision, the choice of law to be applied to the underlying contract also regulates the arbitration clause" (*Collection of ICC Arbitral Awards*, vol. I, pp. 316 ss. *vid.*, asimismo, Laudo CCI n° 6379 (*Yearb. Comm. Arb.*, vol. XVII 1992, p. 212–220) y Laudo CCI n° 7047 (*ASA Bulletin*, vol. 13, 1995, pp. 301–357).

indicaciones, la elección de una ley específica no debería extenderse automáticamente al acuerdo de arbitraje.

C) Aplicación de la ley sustantiva del Estado basada en vínculos más estrechos o en o la relación más significativa con el acuerdo de arbitraje

14. Este enfoque implica la aplicación de la ley del Estado que tenga los “vínculos más estrechos”⁴⁷ con el acuerdo de arbitraje. Esta orientación es más matizada y flexible que otras basadas en la aplicación de un único factor de conexión y se ha aplicado con frecuencia en las últimas décadas a partir de los postulados emanados de los §188 y §2181 *Restatement (Second) Conflict of Laws* (1971) (US) y del art. 4 del Convenio de Roma de 1980 (el Reglamento Roma I se apartó en cierta medida de este instrumento). De acuerdo con esta opción, un tribunal reconocerá y dará efecto a la elección de las partes de la ley apropiada, expresa o implícita y si no es posible buscará identificar el sistema normativo con el cual “el contrato tiene la conexión más cercana y real”. Ahora bien, el concepto de vínculos más estrechos no puede entenderse referido a índices de proximidad estrictamente geográficos: “residencia de las partes”, “lugar de celebración del contrato”, “lugar de ejecución del contrato”, “lugar de situación de los bienes o derechos objeto del contrato”, “mercado afectado por el contrato”. Cada uno de estos criterios de conexión no tiene valor en sí mismo ni alcance general; su peso depende del grado de vinculación jurídica y económica que presente respecto de un contrato en particular, por lo que su influencia es variable según el tipo de contrato y su naturaleza. Lo fundamental no es la circunstancia geográfica, sino la medida en que tal vinculación responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la finalidad económica y jurídica de un contrato determinado⁴⁸.

Así lo puso de manifiesto el asunto *Sulamerica / Enesa*⁴⁹ donde, la *High Court* inglesa, tras realizar una valoración general del conflicto de leyes conducente a una ley que invalidaría el convenio de arbitraje, evitó este resultado aplicando una ley diferente. El supuesto se refería a un litigio de seguros entre Sulamerica, la aseguradora, y Enesa Engenharia, la asegurada, sobre reclamaciones relacionadas con la construcción de un proyecto hidroeléctrico en Brasil. Cuando el asegurado presentó reclamaciones en virtud de las pólizas, la aseguradora respondió iniciando un procedimiento de arbitraje en Londres y solicitó una declaración de exoneración de responsabilidad. El asegurado, por su parte, interpuso una acción ante los tribunales brasileños, apresurándose la aseguradora a solicitar una *anti-suit injunction* a la *Commercial court* para impedir que el asegurado prosiguiera con su acción ante los tribunales brasileños, y ésta concedió la medida cautelar a la aseguradora y el asegurado recurrió. Las pólizas de seguro en cuestión preveían el arbitraje en Londres e incluían la elección de la ley brasileña como ley sustantiva encargándose el tribunal de determinar qué ley debía regir la cláusula de arbitraje. Tras comprobar la inexistencia de una elección expresa o implícita efectuada por las partes concluyó que la ley que poseía la conexión más cercana y real con el acuerdo de arbitraje era la ley de la sede ya que era donde la “jurisdicción de apoyo y supervisión necesaria para asegurar que el procedimiento sea

⁴⁷ Acerca de la noción *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5302–5303, esp. p. 5302.

⁴⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Madrid, Civitas, 2022, p. 684.

⁴⁹ *Court of appeal (civil division) on Appeal from the High Court of Justice Queen’s Bench Division (commercial court), Sulamerica v. Enesa Engenharia*, [2012] EWCA Civ 638: “11. It has long been recognised that in principle the proper law of an arbitration agreement which itself forms part of a substantive contract may differ from that of the contract as a whole, but it is probably fair to start from the assumption that, in the absence of any indication to the contrary, the parties intended the whole of their relationship to be governed by the same system of law. It is common for parties to make an express choice of law to govern their contract, but unusual for them to make an express choice of the law to govern any arbitration agreement contained within it; and where they have not done so, the natural inference is that they intended the proper law chosen to govern the substantive contract also to govern the agreement to arbitrate”. *Vid.* D. CHOI, “Torn Between Sulamérica and FirstLink? A Practical Solution to Choice of Law Issues at the Pre-Award Stage”, *Asian Disp. Rev.*, vol. 8, n° 1, 2016, pp. 41–46; B. PRIMROSE, “Separability and stage one of the Sulamerica inquiry”, *Arb. Int’l*, vol. 33, n° 1, 2017, pp. 139–151; M. CAMPBELL, “The Law Applicable to International Arbitration Agreements: the English Court of Appeal Departs from Sulamérica”, *Int’l Arb. L. Rev.*, vol. 23, n° 3, 2020, pp. 193–198.

efectivo” tendría lugar. Llama la atención en este supuesto de que en una controversia surgida en Brasil, que involucraba a partes brasileñas, donde se contemplaba la ley brasileña como ley rectora del contrato principal, ante la existencia de una cláusulas contradictorias, una de las cuales establecía el arbitraje en Londres y otra que establecía la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Brasil, la *High Court* concluyó que la ley inglesa era la que tenía una conexión más estrecha y real con la disputa y, por tanto, debía regir las cuestiones relativas al acuerdo de arbitraje. Si bien esto puede parecer extraño a primera vista, un análisis más detallado revela que el tribunal pudo haber estado motivado por el deseo de mantener la validez del acuerdo de arbitraje y de preservar de la ley que regía el contrato subyacente que amenazaba su existencia. La justificación de tal enfoque pro-arbitraje o confirmatorio es la preservación de las intenciones y objetivos de las partes mantener un procedimiento arbitral

D) Aplicación de la ley de la sede del arbitraje

15. Una tercera opción para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral es extender la ley de la sede del arbitraje a la cláusula arbitral. Emerge esta ley como la principal alternativa a la aplicación de la ley del contrato que contiene la cláusula arbitral. Esta elección se ajusta mejor a la naturaleza jurisdiccional de la cláusula, la cual se distingue fundamentalmente de otras cláusulas insertas en el contrato principal. Si bien no necesariamente todas las cuestiones planteadas por la cláusula arbitral deben ser resueltas de acuerdo con el Derecho interno del Estado donde se encuentra ubicada la sede del arbitraje, se considera que dicho ordenamiento constituye el marco legal fundamental en el cual se enraíza el proceso arbitral. Precisamente, si se concede un papel privilegiado a la ley de la sede es en su calidad de *lex arbitri*, es decir, como la ley que rige la organización y el desarrollo del arbitraje. En esta calidad, se espera que la ley de la sede, aunque de manera indirecta, designe la ley o las reglas conforme a las cuales deben resolverse las impugnaciones de la cláusula.

Cabe preguntarse cómo es posible saber dónde está la sede de un arbitraje, y por lo tanto qué *lex arbitri* se aplica, antes incluso de saber si existe un acuerdo de arbitraje válido. Se trata de una operación en dos tiempos. En el primero se adopta una decisión provisional confirmatoria de la existencia de supuesto acuerdo de arbitraje que puede ser válido y que establece el arbitraje en una sede particular que no suele ser dictada por el propio tribunal arbitral, sino por una institución administradora del arbitraje. Esto pone en marcha un segundo tiempo donde la decisión se dicta por el tribunal arbitral en el marco de las facultades derivadas del principio competencia–competencia⁵⁰.

Por lo tanto, la ley de la sede del arbitraje desempeña un papel esencial en la determinación del marco legal aplicable a las disputas derivadas de la cláusula compromisoria y la elección de una sede específica del arbitraje se considera una elección de ley, ya que implica optar por un sistema legal particular. Se esgrime al efecto que esta ley, comúnmente, está más vinculada al acuerdo arbitral que la ley del acuerdo principal. Muchos son los argumentos que militan en función de esta preferencia, como se detallará a continuación.

16. Aunque referida a la impugnación del laudo ante el tribunales, el art. V.1ºa) CNY inserta una norma de conflicto según la cual las partes puedan seleccionar una ley particular para regir únicamente su acuerdo arbitral (“la ley a que las partes lo han sometido”) estableciendo, pues, una jerarquía entre la autonomía de la voluntad de las partes, a la que concede una importancia primordial, y la ley del lugar (sede) del arbitraje, que se aplica en los casos en que las partes no han elegido la ley aplicable al acuerdo de arbitraje. La justificación de la aplicación de la ley de la sede del arbitraje es la conexión más cercana o la prueba del centro de gravedad que, en sí misma, es un principio de conflicto de leyes generalmente aceptado. Resulta ampliamente reconocido hoy en día que un acuerdo de arbitraje está más estrechamente conectado con la ley de la sede del arbitraje como el lugar de ejecución del acuerdo de arbitraje que

⁵⁰ Cf. P.A. KARRER, “The law applicable to the arbitration agreement a civilian discusses switzerland’s arbitration law and glances across the channel”, *Singapore Academy L.J.*, vol. 26, 2014, pp. 849–873, esp. p. 850.

con cualquier otro país⁵¹. La estrecha conexión funcional entre el acuerdo de arbitraje y el procedimiento arbitral que se refuerza si las partes incluyen estipulaciones procesales detalladas en el acuerdo arbitral, conduce a la aplicación de esta ley a la cláusula arbitral. Así, la elección de la sede por las partes o, en su nombre, por la institución administradora o el tribunal arbitral, funciona como una elección indirecta de la ley no sólo para la ley aplicable al procedimiento arbitral sino también para la ley aplicable a la validez material del acuerdo de arbitraje⁵², para la ley determinante de la arbitrabilidad de las demandas planteadas y para la validez formal de dicho acuerdo. Mientras que, desde una perspectiva práctica, la importancia de la sede del arbitraje se reduce a un mero domicilio legal de carácter formal del arbitraje, su importancia para las cuestiones de elección de ley relacionadas con el procedimiento arbitral y el acuerdo de arbitral no puede enfatizarse lo suficiente. Por consiguiente, dado que estamos tratando aquí con un único factor de conexión para una variedad de cuestiones legales, la sede del arbitraje asume un importante efecto armonizador sobre cuestiones de ley aplicable en el arbitraje comercial internacional.

En el contexto de determinar la ley aplicable cuando la sede del arbitraje aún no se ha fijado, se ha argumentado que el valor de tal elección como factor de conexión es relativamente bajo. Esto se justifica en casos donde la sede aún no ha sido fijada por las partes o en su nombre por la institución arbitral o el tribunal arbitral. Sin embargo, el art. VI.c) CG establece que, en tales casos, los tribunales determinarán la validez sustantiva del acuerdo de arbitraje “según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal concededor del asunto”. Esto significa que aplicarán la norma de conflicto de su propia *lex fori*, que probablemente conducirá a la aplicación de la ley del contrato principal⁵³.

Este enfoque se caracteriza en primer lugar, porque la aplicación de la ley del contrato al convenio arbitral no se debe a una extensión de la cláusula de elección de ley de las partes, sino a la aplicación del test de la conexión objetiva más estrecha; y, en segundo lugar, porque si la sede del arbitraje se fija posteriormente por las partes o por la institución arbitral o el tribunal arbitral, entonces la ley de esa sede se aplica al acuerdo de arbitraje. En caso de que esta ley sea diferente de la ley aplicable al contrato principal, la elección posterior de la sede implica un cambio en la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, siendo este cambio inherente a la norma general de conflicto que vincula el acuerdo de arbitraje a la ley de la sede⁵⁴.

17. En favor de la elección de la sede del arbitraje también se esgrime su virtualidad para determinar el papel de los tribunales nacionales y los motivos para anular el laudo arbitral. Por tanto, es coherente con las intenciones de las partes que todas las cuestiones relacionadas con el acuerdo arbitral se rijan por la ley de la sede del arbitraje. Se argumenta que la ley de la sede del arbitraje debe aplicarse debido al carácter procesal de la cláusula arbitral, aunque esto puede pasar por alto el aspecto contractual del acuerdo arbitral. También se aduce que la sede del tribunal arbitral resulta esencial para hacer cumplir el acuerdo y, por ende, debe considerarse el factor más importante al determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral. Es común que las partes inviertan tiempo y esfuerzo en elegir una sede adecuada, lo que sugiere que confían en que la ley de esa sede resolverá los problemas relacionados con el acuerdo arbitral, por eso, en ausencia de una intención contraria de las partes, la ley de la sede del arbitraje debe aplicarse al acuerdo de arbitraje. Esta solución está respaldada por la regla por defecto inserta en la CNY, que establece que la validez de un acuerdo de arbitraje se determina de acuerdo con la ley del país donde se emitió el laudo, es decir, la sede. Aplicar la ley del acuerdo principal de manera demasiado amplia iría en contra del propósito de esta disposición supletoria, que es liberar a los tribunales de la tarea complicada de encontrar el principal factor de conexión de la relación jurídica. Por lo tanto, la elección de la ley para el acuerdo sustantivo solo debe extenderse a la cláusula arbitral si existen indicaciones claras de

⁵¹ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards...*, loc. cit., p. 201.

⁵² G. KAUFMANN-KOHLER, “Globalization of Arbitral Procedure”, *Vand. J. Transnat'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1313 ss, esp. p. 1319.

⁵³ M. GÓMEZ JENE considera que “(l)a aplicación de esta norma de conflicto es muy restringida, pues (...) el CG tiene un ámbito de aplicación espacial reducido (ambas partes deben tener su domicilio o sede en un Estado parte”. Cf. “El convenio arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2027, pp. 7–38, esp. p. 18.

⁵⁴ P. BERNARDINI, “Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards...*, loc. cit., p. 201

las intenciones de las partes. Si no es así, se debe aplicar la ley de la sede del arbitraje aumentando a la conciencia de las partes sobre la importancia de dicha ley sede para el acuerdo de arbitraje.

Milita en favor de esta opción la existencia de un vínculo intrínseco entre el acuerdo de arbitraje y la *lex arbitri*, siendo esta última la que establece las normas que rigen el proceso arbitral, proporcionando un entorno jurídico que garantiza la estructura y la legalidad de los procedimientos. Se considera que este vínculo es crucial porque la ley de la sede arbitral, al ser la más familiarizada con las normas procesales específicas, ofrece una base coherente y predecible para resolver disputas relacionadas con la validez del acuerdo de arbitraje. Además, el hecho de que el art. V.1ª a) CNY y otros instrumentos internacionales utilicen la ley de la sede para determinar la existencia y validez del acuerdo de arbitraje puede considerarse en sí mismo una indicación persuasiva de la conexión más estrecha del acuerdo de arbitraje. En última instancia, considerar la ley de la sede como la más estrechamente conectada con el acuerdo de arbitraje también tiene el beneficio de crear uniformidad internacional entre las cortes y tribunales que aplican directamente la regla de conflicto de leyes del art. V.1ª.a) CNY, lo cual resulta esencial para asegurar que los acuerdos de arbitraje sean tratados de manera consistente y previsible a nivel global, reduciendo así las complejidades y las incertidumbres que pueden surgir debido a la aplicación de diferentes sistemas jurídicos. Esta uniformidad no solo facilita la ejecutabilidad de los laudos arbitrales, sino que también refuerza la confianza de las partes en la integridad y la eficacia del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas. Por lo tanto, adoptar la ley de la sede del arbitraje como el factor de conexión más relevante no solo está alineado con los principios y objetivos de la CNY, sino que también promueve una mayor coherencia y certeza jurídica en el ámbito del arbitraje internacional⁵⁵.

En suma, a falta de una indicación clara de que las partes han elegido una ley específica, la aplicación de la regla contenida en el art. V.1ª.a) CNY remitiéndose a la ley de la sede del arbitraje un amplio sector doctrina considera que esta es la solución más sensata. Si las partes han elegido una sede, la aplicación de esta ley a la validez sustantiva de la cláusula también se ajusta a la voluntad y las expectativas de las partes. La situación sólo es diferente si las partes no han elegido una sede clara. En este caso, estaría justificada la aplicación de la *lex contractus*. La práctica registra algunos casos de gran proyección internacional.

Algunos ejemplos de la práctica corroboran este planteamiento favorable a la ley de la sede del arbitraje:

18. Destaca en la jurisprudencia sueca el asunto *A.I. Trade Finance v. Bulgarian Foreign Trade Bank*⁵⁶. *In casu*, el Bulgarian Foreign Trade Bank (Bulbank) (demandante) celebró un contrato de crédito con un banco austriaco que contenía una cláusula de arbitraje, pero el banco austriaco cedió el contrato de crédito a A.I. Trade Finance, Inc. (AIT) (demandado). Surgió una disputa sobre el reembolso del préstamo por parte de Bulbank, y AIT puso en marcha un arbitraje en Suecia. Bulbank impugnó la jurisdicción, alegando que aunque el contrato de préstamo había sido cedido a AIT, la cláusula de arbitraje del contrato no le era vinculante. Los árbitros dictaron un laudo provisional en el que confirmaban su competencia sobre el litigio. AIT proporcionó una copia de la decisión a *Mealey's International Arbitration Report*, que la publicó. Tras la publicación de la decisión, Bulbank solicitó una orden del tribunal arbitral declarando que AIT había incumplido su deber de confidencialidad y, por tanto, el acuerdo de arbitraje era nulo. El tribunal desestimó la solicitud de Bulbank y dictó un laudo en su contra. Bulbank solicitó entonces al tribunal sueco que declarara nulo el laudo. El asunto llegó al Tribunal de Apelación sueco, que falló a favor de AIT. Bulbank recurrió entonces ante el Tribunal Supremo sueco, alegando de nuevo que el laudo era nulo porque la violación de la confidencialidad por parte de AIT anulaba el acuerdo de arbitraje y, por tanto, el laudo arbitral también era nulo. Partiendo de que el acuerdo donde se insertaba la cláusula de arbitraje establecía que el acuerdo se regiría por las leyes de Austria el Tribunal

⁵⁵ P.A. KARRER, "The law applicable to the arbitration agreement...", *loc. cit.*, pp. 860-861.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2000, *A.I. Trade Finance v. Bulgarian Foreign Trade Bank* [<https://jurmundi.com/en/document/decision/en-a-i-trade-finance-inc-v-bulgarian-foreign-trade-bank-ltd-and-girocredit-bank-aktiengesells-judgment-of-the-supreme-court-of-sweden-friday-27th-october-2000>]. *Vid.* M.E. ROSEMBERG, "Chronicles of the Bulbank Case. The Rest of the Story", *J. Int'l Arb.*, vol. 19, nº 1, 2002, p. 1-31.

Supremo consideró que al no incluir ninguna disposición particular sobre las leyes aplicables a la cláusula de arbitraje la cuestión de la validez de la cláusula de arbitraje debía de juzgarse de conformidad con las leyes del país en el que haya tenido lugar el procedimiento de arbitraje⁵⁷.

19. En el caso *FirstLink*⁵⁸, una de las partes instó un arbitraje basándose en una cláusula de arbitraje que especificaba el procedimiento ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo con sede en Suecia, pero la otra parte impugnó la acción de obligar al arbitraje, argumentando la invalidez del acuerdo. En este contexto, el Tribunal Superior de Singapur se apartó expresamente de la presunción refutable establecida en el caso *SulAmérica*, señalando que “*it cannot always be assumed that commercial parties want the same system of law to govern their relationship of performing the substantive obligations under the contract, and the quite separate (and often unhappy) relationship of resolving disputes when problems arise*”. Por consiguiente, en ausencia de una elección explícita de la ley aplicable, el tribunal determinó que la presunción debía ser que las partes eligieron implícitamente la ley de la sede del arbitraje para regir su acuerdo de arbitraje. Como puede observarse esta elección pretendió respetar el postulado de separabilidad y el principio de la autonomía de las partes considerando que la ley de la sede del arbitraje parece tener una conexión más estrecha con el proceso arbitral en general suministrando una pauta a seguir para aquellas situaciones donde las partes no han especificado expresamente la ley aplicable al acuerdo de arbitraje⁵⁹.

20. En la jurisprudencia británica ha tenido gran repercusión la sentencia de 9 de octubre de 2020 de la *Supreme Court* en el caso *Enka v. Chubb*⁶⁰, al aclarar, por mayoría, los principios para determinar la ley rectora de un acuerdo de arbitraje cuando las partes no han elegido una ley rectora para el contrato principal, la ley rectora del acuerdo de arbitraje será generalmente la ley de la sede del arbitraje elegida por las partes, despejando años de incertidumbre en este ámbito. *In casu*, una central eléctrica rusa resultó gravemente dañada en un incendio. Tras pagar una indemnización por los daños, Chubb, la aseguradora rusa del propietario de la central, presentó una demanda ante los tribunales rusos contra once empresas, entre ellas Enka, un subcontratista turco que participaba en las obras de construcción de la central, alegando que eran responsables de los daños causados. Enka interpuso una demanda ante los tribunales ingleses para que se dictara una *anti-suit injunction* que impidiera a Chubb continuar con el procedimiento ruso alegando que el procedimiento ruso se había iniciado en contravención de un acuerdo de arbitraje, que preveía el arbitraje en Londres con arreglo al Reglamento de la CCI, dándose la circunstancia que ni el contrato principal ni el acuerdo de arbitraje incluían una cláusula explícita sobre la ley aplicable. La *Commercial Court* desestimó la demanda de Enka basándose en que el tribunal inglés no era el foro apropiado para resolverla. Tras una apelación acelerada, la *Court of Appeal* estimó la demanda de Enka, sosteniendo que las cuestiones relativas a si los tribunales ingleses eran el foro apropiado eran irrelevantes, que el acuerdo de arbitraje se regía por la ley inglesa y que debía concederse una *anti-suit injunction* para detener el procedimiento ruso⁶¹.

⁵⁷ Su párrafo 15 declara que: “*The agreement comprising the arbitration clause provides that the agreement shall be governed by the laws of Austria. There is, however, no particular provision on the laws applicable to the arbitration clause. In these circumstances, the question of the validity of the arbitration clause shall be tried under the laws of the country where the arbitration proceedings took place, i.e. the laws of Sweden. The parties have not claimed otherwise*”.

⁵⁸ *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and Others*[2014] SGHCR 12.

⁵⁹ M. ČAP, “The FirstLink Case: Implied Governing Law of the Arbitration Agreement is that of the Seat of Arbitration”, *Asian Disp. Rev.*, vol. 16, n° 4, 2014, pp. 202–205; D. CHOI, “Torn Between Sulamérica and FirstLink? A Practical Solution to Choice of Law Issues at the Pre-Award Stage”, *Asian Disp. Rev.*, vol. 18, n° 1, 2016, 41–46.

⁶⁰ [2020] UKSC 38. *Vid.* el estudio de H. Muir Watt, “La loi applicable à la convention d’arbitrage: leçon de droit anglais”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2021, n° 2, pp. 415–420.

⁶¹ [2020] EWCA Civ 574. M. PHUA y M. CHAN, “The distinctive status of international arbitration agreements in English private international law?”, *Arb. Int’l*, vol. 36, n° 3, 2020, pp. 419–427. A. Yoong, “Of principle, practicality, and precedents: The presumption of the arbitration agreement’s governing law”, *Arb. Int’l*, vol. 37, n° 3, 2021, pp. 653–665; V. Ester Casas, “Convenio arbitral y ley aplicable: reflexión a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Enka vs. Chubb, de 9 de octubre de 2020”, *Anuario de Arbitraje*, 2021, pp. 327–341; W. Day, “Applicable law and arbitration agreements”, *Cambridge L.J.*, vol. 80, n° 2, 2021, pp. 238–241

Chubb recurrió ante la *Supreme Court*. Aunque ambas partes estaban de acuerdo en que el contrato principal se regía por la ley rusa, discrepaban sobre la ley que regía el acuerdo de arbitraje. Chubb argumentó que, dado que el contrato principal se gobernaba por la ley rusa, el acuerdo de arbitraje también debía someterse a la ley rusa, en tanto que Enka argumentó que la ley del acuerdo de arbitraje era la de la sede del arbitraje, es decir, la ley inglesa. Por mayoría de tres miembros contra dos la *Supreme Court* desestimó el recurso de Chubb considerando que, con carácter general, a falta de elección, la ley del lugar elegido como sede del arbitraje era la ley más estrechamente vinculada con el acuerdo de arbitraje, incluso aunque difiriese de la ley aplicable a la ley del contrato principal, porque: a) la sede del arbitraje es el lugar jurídico donde debe ejecutarse el convenio arbitral; b) es coherente con la CNY, y las leyes inglesas que le dan efecto; c) da efecto al propósito comercial y es probable que mantenga las expectativas razonables de las partes que han elegido resolver sus disputas mediante arbitraje en un lugar específico pero no han elegido una ley rectora para su contrato; y, d) la aplicación de una norma supletoria clara según la cual, a falta de elección, el arbitraje se rige por la ley de la sede del arbitraje (cuando ésta haya sido designada) redundante en beneficio de la seguridad jurídica y permite a las partes predecir fácilmente qué ley aplicarán los tribunales ingleses. Es cierto, según el Tribunal, que puede haber excepciones a la norma ordinaria por defecto, a saber, cuando el acuerdo de arbitraje sería inválido en virtud de la ley de la sede, pero no en virtud de la ley que rige el resto del contrato o cuando no se ha designado una sede, pero estos casos eran “excepcionales” y no se aplicaban en este caso. Dado que el contrato principal no contenía ninguna elección expresa o implícita de la ley rusa, se aplicaba la norma por defecto. La ley del acuerdo de arbitraje era la ley con la que el acuerdo de arbitraje estaba más estrechamente vinculado: la ley de la sede del arbitraje. Según esta decisión, el acuerdo de arbitraje siempre se regirá por la misma ley que el contrato principal y no habría necesidad de examinar la ley más estrechamente vinculada a la cláusula de arbitraje, salvo en los raros casos en que el acuerdo de arbitraje fuera inválido en virtud de la ley aplicable al contrato principal, lo que podría llevar a un tribunal a preferir la ley aplicable en la sede del arbitraje si el acuerdo de arbitraje fuera válido en virtud de esa ley (este es el “principio de validación”)⁶². Confirmando la decisión del Tribunal de Apelación, aunque por razones diferentes, la mayoría consideró que la ley del acuerdo de arbitraje era, por tanto, la ley inglesa.

La decisión mayoritaria de la *Supreme Court* fue considerada para cierto sector de la doctrina del *common law* como una solución bienvenida a un área que había estado confusa y poco clara durante mucho tiempo, pues en ausencia de una elección de ley, suministraba una mayor certeza a las partes comerciales que optan por el arbitraje con sede en Londres acerca de la ley que debía regir sus acuerdos de arbitraje⁶³. En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, la decisión de la *Supreme Court* es un recordatorio útil de que las características clave de un acuerdo deben establecerse en términos claros y expresos y, en aras de la seguridad jurídica, las partes que negocien contratos transfronterizos con cláusulas de arbitraje deberían considerar la inclusión de una elección expresa de la ley aplicable tanto en el contrato principal como en el acuerdo de arbitraje. También es un buen ejemplo de cómo los tribunales buscan determinar la intención implícita de las partes en relación con la ley aplicable a la cláusula arbitral. En este caso, la *Supreme Court* recordó que, en principio, en el Derecho inglés una elección de ley relativa al contrato se considera una elección implícita de ley para la cláusula arbitral. Sin embargo, dado que el contrato en cuestión no incluía ninguna elección de ley, se necesitaba reconstruir una intención hipotética de las partes utilizando presunciones. El Tribunal empleó dos presunciones principales. Primera, basándose en el principio de previsibilidad, se consideró que las partes, al haber elegido una ley para su contrato, implícitamente deseaban que la cláusula arbitral estuviera sujeta a esa misma ley. Segunda, al no haber una elección implícita de ley para la cláusula arbitral, se determinó que la ley más estrechamente relacionada con dicha cláusula era la ley de la sede del arbitraje. Como resultado, el Tribunal concluyó que la ley inglesa era aplicable a la cláusula arbitral, lo que llevó a la desestimación del recurso contra la decisión de apelación que otorgaba una *antisuit-injunction*. Según la sentencia, esta so-

⁶² Además, para la *Supreme Court* “Thus, the separability principle does not require that an arbitration agreement should be treated as a separate agreement for the purpose of determining its governing law” (párr. 41).

⁶³ T.J. YANG y D. CHAN, “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None”, *J. Int'l Arb.*, vol. 37, n° 5, 2020, pp. 635–648

lución garantizaba la armonía internacional de las soluciones, tal como se refleja en la CNY y en el *Third Restatement* del Derecho de Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones de los Estados Unidos⁶⁴.

Este razonamiento de la *Supreme Court* no ha sido acogido unánimemente de manera satisfactoria, apuntándose desde ciertos sectores que en las opiniones de los dos jueces discrepantes se encuentran sólidos argumentos para adoptar un enfoque contrario, como el seguido por los sistemas jurídicos suizo, holandés y español para determinar la validez sustantiva de un convenio arbitral. De acuerdo con este enfoque, en lugar de centrarse en determinar la ley apropiada del acuerdo de arbitraje, los tribunales sólo necesitan plantearse dos preguntas: si la demanda entra dentro del ámbito del acuerdo de arbitraje, tal y como se interpreta bajo cualquiera de las leyes potencialmente aplicables, y si es arbitrable bajo cualquiera de esas leyes⁶⁵.

21. La alternativa en favor de la sede de la aplicación de la ley de la sede goza del favor de ciertas reglamentaciones nacionales. Baste atender a la reforma operada en 2019 del art. 47 de la Ley de Arbitraje Sueca, según el cual: “(...) *If the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country where, in accordance with the parties’ agreement, the arbitration had or shall have its seat*”. Asimismo, el estudio de la práctica de los EE UU conduce, según A.S. Rau, a la aceptación del papel de la sede del arbitraje, en el sentido de que cuando existe un nivel mínimo de asentimiento, la ley del Estado elegido como sede del arbitraje debe desempeñar un papel central pues la validez y el alcance del acuerdo de arbitraje, así como el bloque normativo elegido para regular el procedimiento arbitral, están inextricablemente enredados a lo largo de todo el proceso de ahí que la *lex arbitri* al suministrar un marco esencial que define y estructura el proceso arbitral, ofrece garantías procesales y estableciendo límites a la autonomía de las partes. Y a ello se une que la legitimidad de un acuerdo de arbitraje está inextricablemente ligada a la suerte del propio procedimiento arbitral, en el que el papel de la “sede” es preponderante. Por eso, la elección de la sede del arbitraje no solo influye en aspectos logísticos y administrativos, sino que también determina el apoyo judicial disponible para el procedimiento arbitral y las posibles intervenciones de los tribunales nacionales. Este vínculo entre la sede del arbitraje y la *lex arbitri* asegura que el procedimiento arbitral se lleve a cabo de manera ordenada y con el respaldo adecuado de la jurisdicción correspondiente. Concluye esta construcción afirmando que reconocer el papel central de la sede del arbitraje no es meramente una cuestión de formalismo legal, sino una necesidad práctica y teórica para garantizar la coherencia y la efectividad del arbitraje internacional. Ignorar este aspecto podría llevar a incertidumbres y controversias adicionales que socavarían uno de los principales objetivos del arbitraje: proporcionar una resolución de disputas eficiente y predecible⁶⁶.

2. Soluciones de carácter material

22. La autonomía de conexión de la cláusula compromisoria implica, como se ha visto, que la ley aplicable a esta cláusula no necesariamente coincide con la ley que rige el contrato principal y si no hay coincidencia entre los países o las leyes, el problema se vuelve más complejo, lo que lleva a la necesidad de una norma material de Derecho internacional privado. Precisamente la complejidad de la puesta en práctica de las soluciones conflictuales ha sido invocada para defender un cambio hacia una

⁶⁴ UKSC, *Enka*, párrafos 125–141. *Vid* las consideraciones críticas de esta decisión, desde una perspectiva comparativa con el sistema francés, de M.E. ANCEL, en “La loi applicable à la convention d’arbitrage: panorama de droit comparé Evolutions et perspectives en France, en Suisse, en Angleterre et aux USA”, Société de Législation Comparée, Section Arbitrage ADR, Compte-rendu de la Conférence du 23 septembre 2021 [https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2021-09-23_summary_paw_-_cr_slc_23_septembre_2021_definitif.pdf].

⁶⁵ J. KOEPP y D. TURNER, “A Massive Fire and a Mass of Confusion: *Enka v. Chubb* and the Need for a Fresh Approach to the Choice of Law Governing the Arbitration Agreement”, *J. Int’l Arb.*, vol. 38, n° 3, 2021, pp. 377–394.

⁶⁶ Cf. A.S. RAU, “The Agreement to Arbitrate and the ‘Applicable Law’”, *Univ. Texas Law. Public Law Research Paper No. 644*, 17 abril 2017, p. 67.

norma sustantiva⁶⁷, abandonando el método tradicional de conflicto de leyes. Los tribunales franceses han optado por una solución de carácter material que faculta a las partes renunciar al recurso del método conflictual determinándose que la existencia y la eficacia del convenio arbitral deben preverse de acuerdo con la intención común de las partes, sin necesidad de remitirse a ninguna ley nacional⁶⁸. Así pues, la ley francesa apreciará el contenido de esta cláusula compromisoria sin referencia alguna a la ley aplicable del contrato subyacente considerando que dicha cláusula de arbitraje existe de forma autónoma con respecto al resto del contrato.

La determinación de la validez sustancial del acuerdo arbitral puede inspirarse, en efecto, en un criterio material, como el sostenido por la jurisprudencia francesa. Según esta perspectiva, la validez del consentimiento de las partes se trata siempre como una cuestión jurídica, lo que lleva al sistema francés a aplicar criterios materiales de la *lex fori*, orientado claramente por criterios interpretativos favorables a estimar la validez de la cláusula arbitral basados en el *favor negotii*. Este enfoque, de un lado, se inspira en el principio de buena fe, y en ocasiones se aplica una corrección de la validez sobre la base del principio *contra proferentem*, resolviéndose cualquier ambigüedad en el acuerdo arbitral a favor de la parte que no redactó el contrato, con el objetivo de mantener la eficacia del arbitraje; y, de otro lado, abraza el objetivo de proteger la intención de las partes de someterse a arbitraje asegurando que su acuerdo sea considerado válido y ejecutable. Con ello se evitan las complicaciones y potenciales conflictos que podrían surgir de la aplicación de diversas leyes nacionales, promoviendo así una mayor coherencia y previsibilidad en la resolución de disputas arbitrales. Al optar por un criterio material y no por la aplicación rígida de una ley nacional, la jurisprudencia francesa contribuye a la estabilidad y efectividad del arbitraje internacional como opción superadora de los obstáculos jurídicos que podrían cuestionar la validez del acuerdo arbitral, reforzando el principio de autonomía y la voluntad de las partes, fundamentales en el ámbito del arbitraje⁶⁹.

Como propuso la jurisprudencia de la *Cour de cassation* francesa en el caso *Dalico*, no hay necesidad de referirse a ninguna ley nacional, dependiendo la validez del convenio arbitral de la voluntad común de las partes, aunque a reserva de las normas imperativas de Derecho francés y del orden público internacional⁷⁰. La adopción de una norma sustantiva permite abordar directamente las situaciones litigiosas sin los inconvenientes del conflicto de leyes, lo que responde mejor a las exigencias del comercio internacional y la práctica del arbitraje internacional. Sin embargo, es importante definir claramente los términos y límites de esta norma para evitar abusos o interpretaciones erróneas⁷¹.

23. No han faltado críticas a una opción tan radical basada en la conservación del acuerdo arbitral y en el *favor arbitri*⁷². Pero, en todo caso, la formulación, presentada como una aproximación material o sustantiva a la validez del convenio arbitral, con exclusión del mecanismo conflictual, esconde en

⁶⁷ Vid. L. GRAFFI, “The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner View”, *Conflict of Laws in International Arbitration* (F. Ferrari y S. Kröll, eds.), Múnich, Sellier, 2011, pp. 19–62, esp. pp. 28–35.

⁶⁸ E. GAILLARD, “Trente ans de Lex Mercatoria: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journ. dr. int.*, 1995, pp. 16–18.

⁶⁹ Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO y G. STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2028, pp. 103–103.

⁷⁰ *Cour de cassation civile* 20 diciembre 1993, *Dalico* (*Rev. arb.*, 1994, pp. 116 ss y nota de H. GAUDEMET–TALLON). Según esta decisión “en vertu d’une règle matérielle du droit international de l’arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique”. Esta doctrina será reiterada en la Sentencia *Cour de cassation* 7 julio 2006, *Jules Verne*: “Le principe de validité de la convention d’arbitrage [est une] règle matérielle du droit français de l’arbitrage international qui consacre la licéité de la clause d’arbitrage indépendamment de toute loi étatique”, *Rev. arb.*, 2006, pp. 945 ss con nota E. GAILLARD. Y también en la Sentencia *Cour de cassation* 28 septiembre 2022, *Kabab–Ji v. KFG*, a la que nos referiremos más adelante:

⁷¹ Esto implica que el acuerdo arbitral se rige exclusivamente por los principios básicos de justicia en el contexto internacional, según son entendidos por el sistema legal francés E. GAILLARD y J. SAVAGE, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1999, n° 416

⁷² H. GAUDEMET–TALLON, nota a *Dalico*, cit., p. 121; C. Blanchin, *L’autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995, pp. 24 ss.

realidad, como ha puesto de relieve S.A. Sánchez Lorenzo, una opción conflictual, “la aplicación de los generosos criterios sustantivos del Derecho francés, ampliamente favorables a la admisión de la validez del acuerdo de arbitraje”⁷³.

Esto no significa que el método de conflictual deba desaparecer del ámbito de validez de las cláusulas compromisorias. Si, por ejemplo, se trata de determinar la capacidad de una de las partes de una cláusula de este tipo, habrá que determinar necesariamente lo que prevé la ley personal de dicha parte, siempre que sus disposiciones no atenten contra el orden público o las leyes de orden público del país afectado por la ejecución de dicha cláusula. Desde esta especial perspectiva, la creación de una norma sustantiva de Derecho internacional privado no es una solución de conflicto, pero permite dar una respuesta directa a las situaciones litigiosas sin pasar por las desviaciones que implica el método de atribución y responde mejor a las exigencias del comercio internacional y a la práctica del arbitraje internacional. Sentado esto, es necesario definir los contornos de la norma y los límites impuestos al control de su utilización.

IV. Consecuencias del diferente enfoque sobre la ley aplicable al convenio arbitral: la doble vida del laudo *Kabab–Ji*

24. La importancia de adoptar un enfoque específico se evidencia claramente en las diferentes soluciones alcanzadas en un mismo caso por dos jurisdicciones sucesivas: la francesa y la inglesa en el caso *Kabab–Ji*.

Este relevante precedente se originó a partir de un contrato de franquicia suscrito entre *Kabab–Ji SAL*, una sociedad libanesa, y *Al Homaizi Foodstuff Company (AHFC)*, una sociedad kuwaití, regido por el Derecho inglés e incluyendo una cláusula de arbitraje de la CCI, con sede en París, en caso de litigio. A finales de 2004, AHFC informó a *Kabab–Ji* sobre una reestructuración del grupo mediante la creación de un holding kuwaití, *Gulf and World Restaurants & Food*, que se convirtió en *Kout Food Group (KFG)*. *Kabab–Ji* aceptó la operación con la condición de que no afectara a “los términos y condiciones de los acuerdos ya firmados”.

Iniciado un arbitraje por *Kabab–Ji* contra KFG, esta última entidad impugnó la competencia del tribunal arbitral, por considerar que no estaba vinculada por una cláusula arbitral de la que no era signataria. En este caso, la cuestión de la ley aplicable a la cláusula arbitral era de gran relevancia puesto que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje rige su validez y su ámbito de aplicación y, en consecuencia, su posible extensión a personas distintas de los firmantes. En este caso, se invocaron dos leyes como potencialmente aplicables a la cláusula: la ley inglesa, que regía los contratos, y la ley francesa, debido a la sede del arbitraje en París prevista por la cláusula. El laudo del tribunal arbitral tras reconocer su propia competencia aceptó la extensión de la cláusula a KFG, considerando que la cláusula arbitral se regía por el Derecho francés, fue objeto de un recurso de anulación ante los tribunales franceses y, paralelamente, de una demanda de ejecución ante los tribunales ingleses.

- i) Recurso de anulación. La sentencia de la *Cour de cassation* de 28 de septiembre de 2022⁷⁴ confirmó la decisión de la *Cour d’appel* de París reafirmando que, a falta de estipulación expresa que designase la ley aplicable al convenio arbitral, ésta se regía por las normas sustantivas de la sede del arbitraje prevista en los contratos. Y, como es bien sabido, la jurisprudencia francesa es más favorable a la extensión *ratione personae* de la cláusula compromisoria a un tercero no signatario⁷⁵. A grandes rasgos ambas instancias consideraron

⁷³ Cf. S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada”, *Anuario Hispano–Luso de Derecho Internacional*, n° 23, 2017, p. 199–222, esp. 204–205.

⁷⁴ Recurso n° 20–0.260 [https://www.courdecassation.fr/decision/6333e9bde5004d05dab7c04c].

⁷⁵ Según la jurisprudencia francesa, la cláusula puede extenderse a un tercero que intervenga materialmente en la ejecución del contrato. *Inter alia*, *Cour d’appel* París 21 octubre 1983, *Dow Chemical*, *Rev. arb.*, 1984, p. 98; *Cour d’appel* París 7 décembre 1994, *Société V 2000 c. société Project XJ 220 ITD et autre*, *Rev. arb.*, 1996, p. 245). Si bien la extensión no es sistemática y requiere un análisis fáctico detallado por parte del tribunal arbitral.

que la cláusula de ley aplicable contenida en el contrato principal no era suficiente para establecer la intención de las partes de someter el acuerdo de arbitraje a la ley inglesa. La *Cour de cassation* concluyó que, a falta de una elección “inequívoca” de la ley específicamente aplicable a la cláusula de arbitraje, las normas sustantivas del Derecho francés, sede del arbitraje, rigen la existencia y la eficacia del acuerdo de arbitraje. Aparte que consideró que KFG no había acreditado suficientemente la voluntad común de las partes de designar la ley inglesa como ley rectora de la eficacia, transferencia o extensión del acuerdo de arbitraje la *Cour de cassation* subrayó que, a diferencia de los enfoques interpretativos aplicados por los tribunales ingleses, de la elección de la ley inglesa como ley rectora de los contratos no basta para demostrar la voluntad común de las partes de someter la eficacia del acuerdo de arbitraje a la ley inglesa, ignorando las normas sustantivas de la sede del arbitraje expresamente designada por los contratos. Tal determinación subrayó naturalmente la importancia de la designación de la sede del arbitraje, que según el Derecho francés tendría la conexión más estrecha con el acuerdo de arbitraje en los casos en que éste guarde silencio sobre la ley que lo rige. Con esta esta conclusión, la *Cour de cassation* no sólo reafirmó el postulado de separabilidad, sino también la importancia de la voluntad expresa de las partes en lo que se refiere a la ley aplicable al acuerdo de arbitraje.

- ii) Ejecución del laudo en Inglaterra. La *Commercial Court*, luego la *Court of Appeal* y finalmente la *Supreme Court*, en octubre de 2021, denegaron la ejecución del laudo, al considerar que la elección por las partes de la ley inglesa para regir el contrato era indicio suficiente de su voluntad de que dicha ley rigiera también la cláusula compromisoria⁷⁶. Aunque la presunción de separabilidad también figura en el art. 7 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996⁷⁷, la práctica de su aplicación difiere visiblemente de la francesa⁷⁸. Tal solución, explicada como pura lógica por el Tribunal Supremo británico, se sigue una tendencia preocupante que seguramente creará muchas complicaciones cuando se intente determinar la ley aplicable a un acuerdo de arbitraje⁷⁹ y resulta contraria a uno de los principios fundamentales del Derecho del arbitraje, aceptado en la mayoría de las jurisdicciones, el de la independencia de la cláusula compromisoria con respecto al contrato y a la ley aplicable al contrato

25. Como puede observarse, en contraste con la postura adoptada por los tribunales franceses, los tribunales ingleses llegaron a una conclusión diferente en el mismo asunto, favoreciendo la aplicación de la ley designada en la cláusula de ley aplicable al fondo del contrato, que remitía a la ley inglesa⁸⁰, dándose la circunstancia de que el Derecho inglés, las posibilidades de expansivas de la cláusula arbitral son más limitadas. En la mayoría de los casos dichos tribunales, requieren la demostración de la elusión de la ley o de los derechos de terceros mediante el uso de una entidad jurídica para anular la pantalla de la personalidad jurídica, o la demostración de *estoppel*, que impide que un no signatario que haya actuado como cocontratante pueda impugnar posteriormente estar vinculado por el acuerdo de arbitraje. Y a ello hay que añadir que, aunque desde la perspectiva inglesa, se reconoce esta independencia

⁷⁶ *Kabab-Ji Sal v. Kout Food Group Decision* [2021] UKSC 48.

⁷⁷ Teniendo en cuenta la reforma en curso de esta ley en el momento en que se escriben estas líneas, cabe preguntarse acerca de una visión más amplia de la separabilidad pues existen razones convincentes y apremiantes para adoptar un punto de vista más amplio, que fomentaría la certidumbre y la coherencia y mejoraría el enfoque actual. Cf. S. CAMILLERI, “Sense and separability”, *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 72, n° 2, 2023, pp. 509–525.

⁷⁸ En el caso emblemático de *Fiona Trust v Privalov* [2007] UKHL 40, la Cámara de los Lores sostuvo que, aunque un contrato de fletamento se había obtenido mediante soborno y, por tanto, era nulo *ab initio*, eso no bastaba para impugnar el acuerdo de arbitraje. No había pruebas de que el propio acuerdo de arbitraje se hubiera obtenido mediante soborno, por lo que sobrevivía para determinar el modo de resolución de la controversia, *Vid.* N. PENGELLEY, “Separability Revisited: Arbitration Clauses and Bribery: *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*”, *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 5, 2007, pp. 445–454; C. STYLE y M. KNOWLES, “Agora: Thoughts on *Fiona Trust v Privalov* □ *Fiona Trust: 10 Years On, the Fresh Start Entrenched*”, *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 489–498.

⁷⁹ Cf. nota de L. VAZZOLER, *New York Univ. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 54, n° 3, 2022, pp. 1125–1135, esp. p. 1135.

⁸⁰ J. CASEY y V. CARRIOU, “Loi applicable à la convention d’arbitrage a la lumière de l’affaire «Kabab-Ji»: Une comparaison entre l’Angleterre et la France”, *Rev. dr. aff. int. / Int'l Buss. L.J.*, 2023, n° 1, pp. 53–60.

jurídica del acuerdo de arbitraje, se emplea un enfoque conflictualista que considera la ley aplicable al contrato subyacente para interpretar la voluntad de las partes con respecto al acuerdo de arbitraje. Por el contrario, utilizando la metodología seguida en Francia, se buscó una autonomía estricta, optándose por establecer normas sustantivas aparentemente desvinculadas de cualquier sistema jurídico nacional, aunque en la práctica se fundamentasen en la jurisprudencia y doctrina francesas para proteger el acuerdo arbitral de posibles impugnaciones que puedan complicar su aplicación efectiva.

V. Solución de síntesis: aplicación del principio de validación

26. De todo el cúmulo de doctrinas y de supuestos de la práctica que se han examinado sigue dominando un enfoque que prescinde de presunciones e hipótesis para centrarse, en circunstancias objetivas. En términos muy generales este enfoque considera que si las partes no han incluido una elección expresa de ley en el acuerdo de arbitraje, cuestionar la intención hipotética de las partes con respecto a su elección implícita de ley es a menudo un ejercicio improcedente. Por esta razón se apunta a que tanto los tribunales arbitrales como las jurisdicciones nacionales deben aceptar que las partes simplemente no han tratado la cuestión de la ley aplicable a su acuerdo de arbitraje y, por lo tanto, deben aplicar un factor objetivo de conexión decantándose por la ley de la sede por aplicación del art. V.1º.a) CNY, ya que establece que el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral pueden ser rechazados si el acuerdo de arbitraje no es válido bajo la ley a la que las partes lo han sometido, o, en ausencia de cualquier indicación, bajo la ley del país donde se dictó el laudo, o indirectamente, como el sistema de ley que está más estrechamente conectado con el acuerdo de arbitraje. Según esta posición, la ley de la sede del arbitraje no sólo es la “conexión más estrecha” del convenio arbitral, sino que proporciona un marco jurídico claro y predecible, lo cual es fundamental para la integridad y eficacia del proceso arbitral. Este enfoque objetivo evita las incertidumbres y ambigüedades que pueden surgir al intentar inferir la intención de las partes, especialmente en situaciones donde dicha intención no está explícitamente manifestada.

Frente a este punto de vista también hemos podido examinar que, mientras que la jurisprudencia y la doctrina se fragmentan entre aquellas que favorecen la aplicación de la ley aplicable al contrato principal y aquellas que abogan por la aplicación de la ley de la sede del arbitraje, emerge lentamente una tendencia hacia la adopción del principio de validación que busca preservar la validez del acuerdo arbitral siempre que sea posible, y su influencia se está consolidando dentro de la práctica arbitral internacional. Esta tendencia puede clasificarse hoy en día como una actitud que los jueces nacionales deben asumir obligatoriamente, conocida como *favor arbitrati*, un compromiso con la eficacia del arbitraje como método de resolución de disputas, priorizando la intención de las partes y la validez del acuerdo arbitral frente a formalismos jurídicos que podrían invalidarlo. Con ello, se reconoce que la finalidad del arbitraje es ofrecer una solución eficiente y justa a las controversias internacionales, minimizando los obstáculos que podrían surgir de la diversidad de sistemas legales aplicables.

En este contexto, el principio de validación no solo simplifica el panorama legal, sino que también refuerza la autonomía de las partes y la estabilidad de los acuerdos arbitrales alineándose con la necesidad de previsibilidad y coherencia en el arbitraje internacional. Así, mientras persiste la fragmentación doctrinal y jurisprudencial, la inclinación hacia el principio de validación y el *favor arbitrati* representa una evolución significativa en la práctica arbitral. Esta evolución subraya la importancia de proteger la voluntad de las partes y de garantizar que los acuerdos arbitrales sean ejecutables, contribuyendo a la legitimidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo esencial de resolución de disputas en el ámbito global.

27. Indiscutiblemente, cada uno de los distintos enfoques utilizados para determinar la ley aplicable al acuerdo de arbitraje en ausencia de una elección previa de las partes tiene sus argumentos válidos, pero ninguno es óptimo por sí solo y algunos conducen a resultados inciertos e insatisfactorios, aunque la presunción a favor de la ley de la sede destaca entre ellos. Sin embargo, esta presunción debe considerarse como *iuris tantum*, ya que el respeto a la voluntad de las partes debe ser el criterio guía en el análisis, incluso ante la presunción a favor de la ley de la sede. Centrarse exclusivamente en

la ley que rige el contrato subyacente también resulta insatisfactorio en ciertos casos, especialmente cuando el acuerdo de arbitraje está intrínsecamente relacionado con dicho contrato, como en acuerdos de *joint venture* o estatutos de sociedades; en tales situaciones, la aplicación exclusiva de la ley que rige el contrato puede ser difícil de justificar. El enfoque basado en la conexión más estrecha o relación más significativa también ha demostrado ser problemático, ya que a menudo conduce a resultados impredecibles y contradictorios⁸¹ e implica optar entre la ley de la sede del arbitraje y la ley que rige el contrato principal, lo que puede resultar arbitrario y poco predecible y carece de una base de principio sólida para determinar cuál ley es más significativa en un caso dado, ya que la elección de la sede del arbitraje no necesariamente refleja las intenciones reales de las partes mejor que la ley elegida para regir el contrato subyacente. La aplicación exclusiva de la ley de la sede arbitral se enfoca únicamente en los aspectos procesales del arbitraje, ignorando el carácter contractual del acuerdo de arbitraje⁸². Esto lleva a imprecisiones al confundir la ley que rige el acuerdo de arbitraje con la ley que regula los procedimientos arbitrales, que no siempre coinciden, y no se tiene en cuenta la estrecha conexión, tanto literal como funcional, entre el acuerdo de arbitraje y el contrato subyacente, lo que puede llevar a interpretaciones erróneas y decisiones insatisfactorias. Por consiguiente, es necesario buscar un enfoque más equilibrado y coherente que tome en consideración todas estas consideraciones para garantizar una determinación más precisa y justa de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje en el contexto del arbitraje internacional.

Frente a las complejidades e incertidumbres de los distintos enfoques sobre la elección de la ley aplicable, se sostiene que los acuerdos de arbitraje internacional se rigen por principios uniformes de Derecho internacional o, alternativamente, por un principio de validación especializado. Este principio de validación establece que, si un acuerdo de arbitraje internacional es sustancialmente válido en virtud de cualquiera de las leyes que puedan serle potencialmente aplicables, entonces su validez se mantendrá, incluso si no es válido en virtud de cualquiera de las otras elecciones de ley potencialmente aplicables.

28. El “principio de validación”, parte de la premisa de que las partes, en general, pretenden la aplicación de la ley que dará efecto a su acuerdo de arbitraje y aspira a proporcionar salvaguardas contra las peculiares incertidumbres jurisdiccionales y de elección de ley en los litigios transnacionales⁸³. Fundamentado en gran medida en el art. II CNY, aboga por la aplicación de la ley que conduce a la validez del acuerdo arbitral de suerte que el acuerdo de arbitraje será válido si es fuera bajo cualquier ley potencialmente aplicable, incluso si fuera inválido bajo las leyes pertinentes a las que remite el art. V.1^a a) CNY. Como puede observarse, este enfoque no se basa en reglas abstractas de elección de ley, sino que busca promover el interés económico de las partes al superar cualquier incertidumbre generada por el enfoque tradicional de elección de ley., pues la aplicabilidad de la ley en la sede del arbitraje y la *lex causa* puede no tener suficientemente en cuenta las expectativas económicas de las partes ni la finalidad esencial del arbitraje comercial internacional, que es resolver eficientemente disputas internacionales. Por lo tanto, la solución consiste en aplicar la ley que respalda las intenciones originales de las partes, plasmadas en un acuerdo de arbitraje válido y ejecutable. Bajo este enfoque, resulta impensable que las partes elijan una ley que conduzca a la invalidez del acuerdo de arbitraje.

Basándose en los objetivos pro-arbitraje de la CNY, el enfoque parece haberse alejado del debate gestado en torno a la aplicación de la ley de la sede o la ley que rige el contrato principal. En su lugar, los tribunales parecen adoptar cada vez más un enfoque de validación o pro-arbitraje, en el que el énfasis se pone en preservar y hacer cumplir el acuerdo de arbitraje de las partes. Aun así, la implicación de los tribunales tendrá sin duda un coste significativo. Aunque la designación de una ley aplicable al acuerdo de arbitraje puede no ser apropiada en todas las situaciones, como mínimo, debería realizarse

⁸¹ G.B. BORN, “The Law Governing International Arbitration Agreements”, *Singapore Academy of Law*, vol. 26, 2014, pp. 814–848, esp. pp. 831–833.

⁸² Una posición muy crítica respecto a la aplicación de la ley de la sede figura en el estudio de I, BANTEKAS, “The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy”, *J. Int'l Arb.*, vol. 27, n° 1, 2010, pp. 1–8.

⁸³ C. DE LOS SANTOS, C. SOTO y V. BONIN, “Ley aplicable al convenio arbitral”, *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*, t. I (C.A. Soto Coaguila, dir.), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 201, p. 679.

un análisis preliminar en la fase de redacción en un esfuerzo por comprender la posible interacción entre las diversas leyes implicadas y gestionar de forma proactiva cualquier riesgo previsto⁸⁴.

29. Dentro de las manifestaciones de este enfoque resulta obligado la referencia a la solución adoptada en Suiza por ser uno de los primeros sistemas estatales en adoptar expresamente un principio de validación en el contexto de los acuerdos de arbitraje internacional. La reforma de la Ley de Derecho internacional privado de 1987 operada en el año de 2021 no ha supuesto ninguna modificación a la norma reguladora de la ley aplicable a la validez sustantiva de los acuerdos arbitrales. El art. 178.2º de la Ley se ha erigido en uno de los rasgos característicos del Derecho suizo de arbitraje internacional⁸⁵: De acuerdo con este precepto, “*Quant au fond [la convention d’arbitrage], est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse*”.

Se trata de una norma de conflicto de leyes, no modificada por la reforma de 19 de junio de 2020, que designa como alternativa, tres leyes diferentes para determinar la validez sustantiva de los acuerdos de arbitraje, bastando que el acuerdo de arbitraje sea válido según cualquiera de los tres y proporcionando a las partes la máxima flexibilidad. Esta característica del Derecho de arbitraje suizo a menudo se identifica con el principio *favorem validitatis* para los acuerdos de arbitraje, dado que no establece una jerarquía entre las tres leyes alternativas para determinar la validez sustantiva de dichos acuerdos⁸⁶, es una clara expresión de la postura favorable al arbitraje del Derecho de arbitraje internacional suizo⁸⁷.

De conformidad con este precepto la ley suiza dará efecto al acuerdo de elección de ley de las partes en primera instancia, con el fin de mantener la cláusula arbitral. Pero si la ley elegida por las partes invalida el acuerdo arbitral, la ley suiza no dará aplicación exclusiva a dicha elección y en su lugar aplicará ya sea la ley que rige el contrato subyacente o la ley suiza, con el fin de mantener el acuerdo arbitral de las partes. El fundamento de este enfoque es que la ley que da efecto al acuerdo de arbitraje de las partes es la que refleja su elección real y más auténtica (con preferencia a una ley que invalidaría dicho acuerdo)⁸⁸. Sin embargo, hay que considerar que el referido art. 178.2º LDIPr suiza puede ser problemático si los procedimientos de ejecución se llevan a cabo en otro país. Concretamente, si un acuerdo de arbitraje es válido en virtud de la legislación suiza (por ejemplo, porque es válido según la ley del acuerdo principal que se determinó objetivamente), la ejecución podría denegarse en otro Estado, ya que podrían no cumplirse los requisitos del art. V.1º a CNY debido a la falta de elección de la ley aplicable, pero esta posibilidad fue aceptada deliberadamente por el legislador suizo⁸⁹. En conclusión,

⁸⁴ Cf. K. DRLIČKOVÁ, “The Law Applicable to Arbitration Agreements: ‘Lex Arbitri’ or ‘Lex Causae’ of the Principal Contract?”, *The Journal of Eurasian Law*, vol. 11, nº 2, 2018, pp. 119–131. Vid. E.S. LEVIN, “And, the Law Applicable to the Arbitration Agreement Is...”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 8, nº 1, 2015, pp. 17–21, esp. p. 19; H.S. LEONG y J.H. TAN, “The law governing arbitration agreements: ‘BCY v BCZ’ and beyond”, *Singapore Academy L.J.*, vol. 30, nº 1, 2018, pp. 70–96.

⁸⁵ Vid. J.-F. POUURET, “Le droit applicable à la convention d’arbitrage”, *The Arbitration Agreement – Its Multifold Critical Aspects* (M. Blessing, ed.), ASA Special Series nº 8, 1994, pp. 23–31; J.-F. POUURET y S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, 2007, nº 300; P.A. KARRER, “The law applicable to the arbitration agreement...”, *loc. cit.*, pp. 859–861; G. KAUFMANN-KOHLER y A. RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, 3ª ed., Oxford University Press, 2015, nº 3.75–3.80; B. BERGER y F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2016, nº 391.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Federal de 19 agosto 2018 (4A_128/2008): “*en vertu de l’art. 178 al. 2 LDIP, la convention d’arbitrage est valable, s’agissant du fond, si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. La disposition citée consacre trois rattachements alternatifs in favorem validitatis, sans aucune hiérarchie entre eux, à savoir le droit choisi par les parties, le droit régissant l’objet du litige (lex causae) et le droit suisse en tant que droit du siège de l’arbitrage*” (cdo. 5.3.2., p. 736). Vid., asimismo, Sentencia del Tribunal Federal de 19 julio 2021 (4A_174/2021). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Federal de 7 julio 2014 (4A_124/2014) extendió el ámbito de aplicación de este precepto a los métodos alternativos de resolución de conflictos a la hora de determinar si son requisitos previos obligatorios para el inicio de un procedimiento de arbitraje. De acuerdo con esta decisión, la fase preliminar y el posterior arbitraje no estarán sujetos a dos leyes distintas (ASA Bull., 2014, p. 826).

⁸⁷ S. GABRIEL y J. LANDBRECHT, “Swiss International Arbitration Law. The 2021 Reform in Context”, *ICC Bulletin*, 2022, nº 1, pp. 49–60, esp. p. 52.

⁸⁸ K. PLAVEC, “The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 89–93 y bibliografía allí citada.

⁸⁹ Por eso se apunta a que más que confiar en presunciones o inferencias o en un principio de validación, lo que puede ser

la ley suiza es ciertamente más favorable al arbitraje que el referido precepto y que muchas otras leyes nacionales. Además, bajo la ley suiza, las objeciones basadas en la validez material de los acuerdos de arbitraje son limitadas, lo que sin duda constituye uno de los atractivos de Suiza como sede de arbitrajes internacionales

30. Desde el punto de vista doctrinal y con carácter coetáneo a la solución suiza, resulta obligada la referencia la resolución del *Institut de Droit International* de 1989 que en su art. 4 de su Resolución de 1989 adoptada en Santiago de Compostela sobre “Arbitraje entre Estados, empresas estatales o entidades estatales y empresas extranjeras”, que contó como relatores a Arthur T. von Mehren y a Eduardo Jiménez de Aréchaga donde se afirmó que

“Where the validity of the agreement to arbitrate is challenged, the tribunal shall resolve the issue by applying one or more of the following : the law chosen by the parties, the law indicated by the system of private international law stipulated by the parties, general principles of public or private international law, general principles of international arbitration, or the law that would be applied by the courts of the territory in which the tribunal has its seat. In making this selection, the tribunal shall be guided in every case by the principle in favorem validitatis”

Esta redacción responde a que cuando se cuestiona la validez de la cláusula de arbitraje, es apropiado invocar el principio del *favorem validitatis* y prever una referencia alternativa en el sentido que el tribunal resuelva la cuestión de la elección del Derecho aplicable en virtud de los principios generales del derecho internacional privado, por aplicación analógica de la ley estipulada por las partes como *lex causae*, o en virtud de la ley que aplicarían a la cuestión los tribunales del territorio en el que el tribunal tenga su sede con directa referencia a la solución contenida en el art. 178.2º LDIP suiza. Se considera que cada una de estas opciones se basa en un razonamiento diferente. La primera invoca una norma que encuentra apoyo en la práctica y el pensamiento generales respecto a la cuestión de elección de ley planteada. La segunda descansa en la razonabilidad de aplicar a la cuestión de validez una ley en la que las partes han mostrado confianza al contemplar su aplicación a otras cuestiones. El recurso a la elección de la ley que correspondería a los tribunales del territorio en el que el tribunal tiene su sede ofrece una regla que suele ser fácil de determinar. Si esta ley sostiene la validez de la cláusula, no es necesario realizar los análisis más difíciles que puede conllevar el uso de los otros dos enfoques⁹⁰.

El modelo suizo se ha extendido a otros sistemas como el español en el cual la validez sobre el fondo del convenio arbitral se regula dentro del amplio contenido del art. 9.6º LA busca asegurar en el arbitraje internacional la validez del convenio arbitral en todos sus aspectos y, dentro de ellos, establece que únicamente se podrá declarar su nulidad si así resulta de la aplicación cumulativa de las normas aplicables al fondo de la controversia, al convenio arbitral y del Derecho español⁹¹.

31. Ampliamente reconocido en los sistemas de Derecho interno como expresión de una actitud general favorable hacia el arbitraje comercial internacional, el principio del *favorem validitatis* valora la intención de las partes de someterse al arbitraje y no es una mera sugerencia, sino que requiere un enfoque obligatorio por parte de los árbitros. Inspirado en la redacción de la CNY (art. II.3º y art. VII.1º), se desprende claramente del mismo que los jueces de los Estados parte deben respaldar un enfoque pro-arbitraje significativo en todos los casos en que exista una clara manifestación de voluntad de las partes

beneficioso en última instancia para todo el sistema arbitral es que los tribunales y los Estados parte de la CNY atengan a las normas de elección de ley del art. V.1º a) para determinar la ley aplicable a un acuerdo de arbitraje y a falta de pruebas suficientes que demuestren que las partes tenían una intención clara y real de elegir una ley adecuada para el acuerdo de arbitraje, los tribunales y juzgados deben aplicar la norma por defecto de la ley de la sede. Cf. T.J. YANG y D. CHAN, “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None”, *J. Int'l Arb.*, vol. 35, nº 5, pp. 2020, pp. 635–648, esp. pp. 647–648.

⁹⁰ *Annuaire IDI*, vol. 63, part. I, 1989, pp. 197–198.

⁹¹ *Vid.* M. VIRGÓS, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, nº 14, 2006, pp. 13–28, esp. p. 28 [<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104>]. También la práctica arbitral apunta precedentes en esta dirección como refleja en Laudo CCI nº 11869, *Yearb. Comm Arb.*, vol. 36, 2011, pp. 47–57.;

de recurrir al arbitraje. La CNY establece, en efecto, un marco internacional que obliga a los tribunales nacionales a reconocer y hacer cumplir los acuerdos de arbitraje, siempre que estos reflejen la intención inequívoca de las partes de resolver sus disputas fuera de la jurisdicción estatal. Este respaldo judicial es esencial para fomentar la eficacia del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos y para garantizar que la autonomía de las partes sea respetada.

El principio del favor arbitral implica que, en situaciones de ambigüedad o discusión sobre la validez de un acuerdo arbitral, los tribunales deben inclinarse hacia una interpretación que favorezca la validez y ejecutabilidad del acuerdo. Este enfoque no solo promueve la estabilidad y previsibilidad en el arbitraje internacional, sino que también refuerza la confianza de las partes en el sistema arbitral como una alternativa viable y eficiente a la justicia estatal. Se consolida así, un postulado en favor del arbitraje como un mandato para los jueces y árbitros, quienes deben aplicar este enfoque de manera consistente para garantizar que la intención de las partes de someterse al arbitraje sea plenamente respetada y efectiva. En última instancia, este principio fortalece el marco jurídico del arbitraje internacional y contribuye a la resolución efectiva y justa de las controversias de carácter transnacional⁹².

Dentro de los aspectos problemáticos del principio de validación se apunta a que presupone que la cláusula de arbitraje es válida, trasladando la carga de la prueba al demandado para que demuestre lo contrario⁹³. Pero con carácter más general se denuncia que su aplicación acentúa la tendencia a confundir la elección de la ley con la validez real del acuerdo de arbitraje⁹⁴. En cualquier caso, es crucial distinguir claramente este enfoque favorable al arbitraje de la cuestión de la ley aplicable. A pesar de su atractivo práctico, el recurso al principio de validación debe armonizarse completamente con las normas existentes sobre conflicto de leyes y otro inconveniente de esta opción es que pueden surgir otros problemas en la fase de ejecución si el principio de validación no es aceptado por los tribunales del Estado que debe practicarla.

⁹² A. TWEEDDALE, “The Validation Principle and Arbitration Agreements: Difficult Cases Make Bad Law”, *Arbitration*, vol. 88, n° 2, 2022, pp. 240-248.

⁹³ N. PITKOWITZ, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement”, *Liber Amicorum William Laurence Craig*, Paris, LexisNexis, 2016, pp. 275-288 ss, esp. p. 282.

⁹⁴ En un documentado estudio A.S. Rau, asevera que: *As very few people would enter into a contract “expecting not to be bound by its terms,” this is not a choice-of-law “factor,” but rather “an assumption about facts.” It seems unlikely that applying such a banal truism will often lead us very far away from the law of the seat (...). But should it do so, the compelling inference must be that we are now faced with something like a fatal misunderstanding or “mutual mistake” a vitiating factor that typically under forum law will negate any apparent consent to the choice in the first place. Cf. A.S. RAU, “The Agreement to Arbitrate and the ‘Applicable Law’”, loc. cit., p. 67.*

El significativo impacto de la normativa y jurisprudencia europeas más recientes en materia de derechos fundamentales de los trabajadores en España

The significant impact of the most recent European regulations and jurisprudence on fundamental workers' rights in Spain

ANA ISABEL GARCÍA SALAS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-7160-5005

Recibido: 10.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8937

Resumen: Cuando nos referimos al impacto del derecho europeo sobre nuestro sistema interno de derechos fundamentales, aún solo en un ámbito como el laboral, pudiera pensarse que el tema propuesto es de contenido inabarcable para un trabajo de extensión tan limitada. Sin embargo, será suficiente con aproximarnos a algunos de los casos y derechos que se han visto afectados de manera más acusada en los últimos tiempos, y que exhiben, más allá de la obligada sumisión al Derecho emanado de las instituciones europeas, una suerte de interacción y de reciprocidad entre ambos ordenamientos. Se demuestra así que la influencia europea no tiene por qué ser un elemento externo o extraño, sino que converge en un mismo rango de valores, principios y reglas, naturalmente asumibles por Estados, como España, cuya europeidad se encuentra en su propia esencia.

Palabras clave: Protección de datos, secreto de las comunicaciones, libertad religiosa, objeción de conciencia, igualdad.

Abstract: When we refer to the impact of European law on our internal system of fundamental rights, even only in an area such as labor, one might think that the proposed topic is of incomprehensible content for a work of such limited extension. However, it will be enough to approach some of the cases and rights that have been most markedly affected in recent times, and that exhibit, beyond the obligatory submission to the Law emanating from the European institutions, a kind of interaction and reciprocity between both systems. It is thus demonstrated that European influence does not have to be an external or foreign element, but rather converges on the same range of values, principles and rules, naturally acceptable to States, such as Spain, whose Europeanness is found in its very essence.

Keywords: Data protection, secrecy of communications, religious freedom, conscientious objection, equality.

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Primeras premisas: las limitaciones de derechos. III. Análisis del impacto europeo en cuestiones de intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos. 1. Videovigilancia y protección de datos, o cómo el derecho a la intimidad se vio sobrepasado. 2. El derecho al secreto de las comunicaciones a vueltas con el deber empresarial de información previa. IV. Análisis del impacto europeo en cuestiones de libertad religiosa y de concien-

cia. 1. Manifestaciones y símbolos religiosos en los lugares de trabajo ante una pretendida neutralidad del empleador. 2. La libertad de conciencia del trabajador medida en función del interés general. V. Análisis del impacto en temas de igualdad y no discriminación. 1. Las diferencias retributivas por razón de sexo y su extensión a las prestaciones sociales. 2. La discriminación por razón de enfermedad, más allá del concepto amplio de discapacidad y de la doctrina de los ajustes razonables.

I. Consideraciones generales

1. En el ordenamiento jurídico español, los derechos constitucionales específicamente laborales (libertad sindical, huelga, negociación colectiva...) cuentan con un desarrollo normativo que, si bien se aprecia ya por muchos obsoleto¹, viene aplicándose bajo criterios estrictamente nacionales -so pena de las generalidades comunes contenidas en los Convenios de la OIT, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante CDFUE)² en vigor desde 2009, y en la Carta Social Europea (revisada) ratificada por España en 2021-; pues, además, la regulación de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros en materia de política social recogidas en el art. 4.2.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) no se aplican “al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal” (art.153.5 TFUE). Pero, como ya advirtiera nuestro Tribunal Constitucional³, la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes -el trabajador- de los derechos que nuestra Constitución le reconoce como ciudadano, por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad⁴. A estos derechos del ciudadano-trabajador⁵ (intimidad, igualdad y no discriminación, libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión, etc.), la doctrina *iuslaboralista* española los viene denominando derechos constitucionales laborales inespecíficos⁶, aplicados a la relación laboral en un primer momento al amparo de normativa no laboral (fundamentalmente civil), escasa y genérica, no especializada.

2. Podría afirmarse, por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico interno se ha caracterizado por ser tradicionalmente raquítico a propósito de estas cuestiones de notable importancia. La constitucionalización del Derecho del Trabajo, a pesar de su trascendencia, no fue adecuadamente desarrollada por las normas que regulan las relaciones de trabajo, sino que su desarrollo ha sido fruto más bien de una afanosa construcción jurisprudencial; primero, fundamentalmente española (Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional), y ahora, marcadamente más europea, y con enorme calado, en la que hay que destacar la reciente labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). De hecho, se habla de la crítica actual hacia el carácter expansionista de la doctrina del TJUE⁷, en la que este se reafirma cuando, como en el caso *Melloni*⁸, la normativa discutida en el litigio principal entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea (en adelante DUE) y determina totalmente la acción de los Estados miembros; mientras que, cuando “no determina totalmente la acción de los Estados miembros y

¹ La vigente Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, *BOE* 8 agosto 1985, cuenta con importantes anacronismos en aspectos tecnológicos y de nuevas formas de trabajo; por no hablar de la actual regulación del derecho fundamental a la huelga por el preconstitucional Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, que hubo de ser matizado y validado por la STC 11/1981, de 8 de abril, y que nunca ha conseguido desarrollarse a través de ley orgánica.

² Cuyo art. 51 establece con claridad que la Carta se aplica a las Instituciones y a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

³ En SSTC 88/1995, de 6 de junio, y 204/1997, de 25 de noviembre.

⁴ En el mismo sentido, las SSTC 192/2003, 27 octubre, 177/1988, 10 octubre, y 132/1992, 28 septiembre.

⁵ En palabras de J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005, p.13.

⁶ Concepto acuñado por M.C. PALOMEQUE LÓPEZ (ver, por ejemplo, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Volumen 28, p.31).

⁷ S. RIPOL CARULLA, “Los derechos fundamentales, parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, enero-abril 2023, p.25.

⁸ STJUE (Gran Sala) 26 febrero 2013, *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal*, C-399/11.

estos gozan de cierto margen de apreciación (lo que ocurría en el asunto *Akerberg Fransson*⁹), las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, aunque sin afectar al nivel de protección previsto por la CDFUE según interpretación del TJ, ni a la primacía, unidad y efectividad del DUE¹⁰, por lo que a dichos Estados se les exigiría la aplicación de un nivel de protección superior.

3. Ha de reconocérsele al Tribunal de Justicia que, siendo un tribunal con la función de garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación» de los Tratados, y no un tribunal de derechos humanos¹¹, haya ido construyendo una doctrina de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en tanto en cuanto no se contaba con un texto jurídico declarativo de los derechos fundamentales ni con una corte de garantías. Actualmente, su posición se refuerza y su influencia se ve aumentada, pues el TJUE puede intervenir con más claridad en la protección de posibles vulneraciones de derechos humanos como consecuencia de la aprobación e incorporación al Derecho originario de la Unión Europea de la Carta de Derechos Fundamentales, así como de la aprobación de diferentes directivas destinadas a la protección de determinados derechos humanos, donde destaca, sin lugar a dudas, el derecho a la igualdad. Podría decirse que el TJUE es hoy también un tribunal de garantías. La CDFUE ha terminado por penetrar incluso en las relaciones entre privados, cuya eficacia horizontal y efectividad sobre el contrato de trabajo ha sido reconocida por el propio TJUE¹², “cuando el precepto correspondiente de la Carta sea susceptible de aplicación directa, cuando no sea posible interpretar las disposiciones del Derecho nacional contrarias a una directiva (que hace aplicable al caso la Carta) y a la propia Carta”¹³.

4. Aunque lo cierto es que el otro gran pilar del sistema de protección de derechos humanos en Europa ha sido y es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)¹⁴; dando lugar paralelamente, tras la aprobación de la Carta, al “desarrollo de un intenso diálogo judicial” con el TJUE¹⁵, así como al refuerzo mutuo de posicionamientos y razonamientos¹⁶. Bien sabido es también que el Tribunal Constitucional Español ha interpretado numerosos artículos de la Constitución durante todos estos años con arreglo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) de 1950¹⁷; siendo que su grado de vinculación no se limita a los preceptos del Convenio, sino también a la interpretación que los mismos han recibido por parte del TEDH¹⁸. No obstante ello, como se afirma en la sentencia del caso Melloni cit., aun cuando se falle en concordancia con el TEDH, los tribunales españoles no deben desatender los criterios fijados por el TJUE, ni recurrir al art. 10.2 CE¹⁹ como vía para revisar a la baja su doctrina. Y aunque existen abundantes referencias del TJUE al CEDH, este no forma parte, de momento, del Derecho Comunitario, y tiene únicamente un

⁹ ATJUE (Gran Sala) 7 mayo 2013. *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10 REC.

¹⁰ S. RÍPOL CARULLA, “Los derechos fundamentales...”, cit., p.26.

¹¹ Aunque, como declara F. VALDÉS DAL RE, “Constitucionalismo laboral europeo”, *Derecho Social de la Unión Europea*, Volumen 1, BOE, 2023, p.100, “el TJUE también es, ahora y sin reserva alguna, un tribunal de derechos”.

¹² Ver STJUE 22 enero 2019, *Cresco*, C-193/17 y STJUE 8 mayo 2019, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-24/17.

¹³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, *Derecho Social...*, cit., p.142.

¹⁴ Como destaca L. LÓPEZ GUERRA, “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 66, mayo-agosto 2020, p. 388, “a través de un reconocimiento por remisión en el derecho básico de la Unión (Tratado de Maastricht en 1992), la Unión lleva a cabo una incorporación de los derechos fundamentales a su ordenamiento por medio de expresas referencias a tres fuentes de derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los principios generales del derecho europeo y las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros.

¹⁵ F. VALDÉS DAL RE, “Constitucionalismo laboral europeo”, *Derecho Social...*, cit., p.88.

¹⁶ L. LÓPEZ GUERRA, “La Carta de Derechos Fundamentales...”, cit., p.397.

¹⁷ Como ocurrió en la STC 53/1985, 11 abril, con la despenalización del aborto o toda la doctrina constitucional en materia de igualdad.

¹⁸ P. BIGLINO CAMPOS, “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* nº 97, julio-septiembre 1997, p.76.

¹⁹ Art. 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

valor de guía o modelo para un TJCE que posee un elevado margen de maniobra; si bien ya está prevista la utilización del CEDH como nivel o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la CDFUE (art. 52.3 CDFUE)²⁰. Por su parte, la remisión a la CDFUE por un Estado miembro, bien con aplicación directa, bien como herramienta interpretativa fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y que también ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional español sobre la base del art. 10.2 CE²¹, exige asimismo cierta prudencia cuando no medie intervención del TJUE, su intérprete natural, el cual suele elevar la intensidad de la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. El canon de constitucionalidad deberá estar integrado, pues, por el CEDH y la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, así como por la CDFUE y la jurisprudencia del TJUE.

5. Pero ciertamente correspondería al poder legislativo tomar en consideración la influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado, así como los problemas de colisión entre las posiciones de ambas partes, y ordenarlas proporcionalmente. No porque se persiga un predominio regulatorio, que convertiría en inoperante la búsqueda de una adecuada compatibilidad entre el ejercicio de los derechos fundamentales y los derechos y obligaciones derivadas del contrato de trabajo para ambas partes, sino por el anhelo de mayor certeza en las soluciones que deban darse en un campo proclive a subjetividades, interpretaciones, ponderaciones y cierta discrecionalidad. Por ello, a pesar de la casuística y del necesario espacio que compete a los tribunales, la preferencia por alguna forma de codificación se empezó a imponer en un determinado momento, y en España se han ido aprobando distintas leyes que han venido a fortalecer la intervención normativa en esta materia (leyes de igualdad, leyes de protección de datos, etc.); la mayoría en trasposición de directivas europeas, que han supuesto un estímulo definitivo. Aun así, queda mucho por hacer. Pero ya se reconoce que la influencia de la jurisprudencia europea y de las normas que la amparan, que impulsan estas reformas en España y en otros países de la Unión, ha convertido, a su vez, a los derechos fundamentales, como en una ocasión se dijo²², en un trascendental elemento integrador político y jurídico de Europa: “El respeto a los derechos fundamentales constituye una de las señas de identidad del proyecto de integración europea”. La protección de los derechos fundamentales constituye un principio básico del derecho comunitario europeo²³, que se consolidó cuando se incorporó al Tratado de Maastrich de 1992; siendo su creciente acervo jurisprudencial fruto también de una tensión institucional entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, el cual busca reafirmarse como máximo intérprete de aquel²⁴.

6. Partimos, por tanto, de dos premisas fundamentales: la primera sería la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el nacional²⁵, que se rige por el principio atributivo, en la medida en que son los Estados Miembros los que le han otorgado tales atribuciones; y la segunda, la todavía exigua normativa española (rescatada por la jurisprudencia de nuestro país) sobre derechos fundamentales en el ámbito laboral. Este puzzle regulatorio, como en otros tantos ámbitos, presenta interesantes resultados, e incita al análisis de los casos en los que el Derecho europeo ha contribuido a regular en España unos derechos fundamentales, a veces huérfanos, otras veces conflictivos, y en su mayoría repletos de lagunas. Y cuando no ha sido así, cuando teníamos una doctrina bien construida, el sometimiento a la normativa

²⁰ Art. 52.3 CDFUE: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Así lo recuerda la STJUE 15 marzo 2017, *Al Chodor and Others*, C-528/15.

²¹ STC 292/2000, 30 noviembre y STC 172/2021, 7 octubre.

²² J. TAJADURA TEJADA, “Derechos fundamentales e integración europea” Estudios de Deusto, Vol. 58/1, Bilbao, enero-junio 2010, p. 265.

²³ Como reconoció el TJCE en Sentencia 12 noviembre 1969, *Erich Stauder contra Stadt Ulm - Sozialamt*, 29-69.

²⁴ J. TAJADURA TEJADA, “Derechos fundamentales...”, cit., p.278.

²⁵ Según se dispone en el art. 2 TFUE y con larga tradición en la jurisprudencia del TJCE, las normas comunitarias priman sobre el derecho interno, como derecho de aplicación preferente, con fundamento en el art. 93 CE (Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, del 13 de diciembre de 2004), a pesar de las dudas planteadas por alguna jurisprudencia constitucional anterior (SSTC 28/1991, 14 febrero y 64/1991, 22 marzo), en las que se sostiene que la vinculación de los jueces españoles por el ordenamiento comunitario no significa que este posea rango constitucional.

y a las resoluciones de los tribunales europeos que se han pronunciado al respecto se ha impuesto, generando en ocasiones incoherencias o doctrinas mixtas²⁶; lo que resulta particularmente problemático cuando el conflicto se plantea entre una norma comunitaria y un precepto constitucional -en cuyo caso, deberá plantearse también la correspondiente cuestión de constitucionalidad²⁷-.

7. Ahora bien, la obligación judicial de interpretar y aplicar el DUE con arreglo a la jurisprudencia del TJUE es clara, so pena de nulidad de las resoluciones²⁸. Pero, si bien el Tribunal de Luxemburgo afirmó que la UE debía velar por el respeto a los derechos humanos²⁹, lo cierto es que las tradiciones constitucionales nacionales han supuesto también para aquel una importante fuente de inspiración e interpretación. En la medida en que las legislaciones y tribunales europeos otorgan a los derechos fundamentales un trato muy similar al que se realiza por los ordenamientos internos de los Estados miembros, lo frecuente será la armonía, coincidencia o natural asunción de las disposiciones y resoluciones provenientes de la UE³⁰. Subyace la idea de que la intervención europea, por un lado, corrige tropiezos, olvidos y desactualizaciones de una jurisprudencia interna a veces continuista, y, por otro lado, impulsa reformas normativas puntuales o plantea debates generales de gran calado en último término.

8. Y en cuanto a la falta de trasposición o trasposición inadecuada de una Directiva comunitaria, el TJCE³¹ entendió que son los tribunales nacionales los encargados de interpretar el derecho nacional conforme al derecho comunitario en aplicación directa de este último, siempre que la norma sea clara y precisa -o haya sido aclarada por el TJUE³²-, a través del denominado principio de interpretación conforme o “test de conformidad”³³ con cualquier norma nacional que se compadezca con la Directiva (efecto de exclusión); aunque sin llegar a una interpretación *contra legem* del derecho nacional, en cuyo caso es cuando los particulares podrían invocar la norma comunitaria frente al Estado³⁴. De esta forma, el rechazo al efecto horizontal de las directivas entre particulares³⁵ queda atenuado; pero es el Estado incumplidor el que seguirá soportando las cargas y obligaciones derivadas de su falta o inadecuada trasposición, sin que pueda hacerse responsable al particular que simplemente ajustó su conducta al ordenamiento estatal³⁶.

9. En el marco de este DUE, encontramos pronunciamientos especialmente interesantes en materia de libertad religiosa y de culto, intimidad y secreto de las comunicaciones, protección de datos y

²⁶ Como ha señalado S. RIPOL CARULLA, “Los derechos fundamentales...”, cit., p. 22: “de la misma forma que existen diferencias entre los sistemas de protección de derechos fundamentales nacionales —cada uno ligado a valoraciones propias relativas al contexto social, cultural e histórico del ordenamiento jurídico que los reconoce— y que no es fácil transferir automáticamente los derechos de un contexto a otro, del mismo modo el sistema de derechos fundamentales de la UE tiene determinadas especificidades que responden a singularidades del Derecho de la UE sin que resulte posible transferir hacia el Derecho de la UE los derechos reconocidos en los ordenamientos estatales”.

²⁷ R. BODAS MARTÍN, “La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Derecho Social...*, cit., p.275.

²⁸ R. BODAS MARTÍN, “La aplicación de la jurisprudencia...”, cit., p.272.

²⁹ STJUE 13 julio 1989, *Wachauf*, C.5/88.

³⁰ “Nuestro Alto Tribunal parece ser consciente de que la «rebelión de los Tribunales Constitucionales» es algo que en buena medida ya está superado en el ámbito comunitario y por ello trata de dejar constancia en sus pronunciamientos (Sentencias de 14 de febrero y de 22 de marzo de 1991, entre otras) que el Derecho Comunitario se inspira en los mismos principios en los que se asienta nuestra Constitución y que por lo tanto garantiza un nivel similar de protección al constitucional en el marco de los derechos fundamentales de la persona, dejando entrever de esta forma que se declarará en el futuro incompetente para enjuiciar una hipotética violación de estos derechos por las normas comunitarias” (A. FIGUERUELO, “La protección de los derechos fundamentales en el marco de la unión europea”, *Revista Ratio Juris*, Vol. 1, nº 3, julio-diciembre 2005, p.64).

³¹ En STJUE 13 mayo 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13.

³² STC 152/2021, 20 octubre.

³³ Así, por ejemplo, ver la STS 848/2016 de 17 octubre. RJ 2016\4654.

³⁴ STJUE 23 abril 2009, *Angelidaki*, C-378 a 380/07. Ver también M. NOGUEIRA GUSTAVINO, “La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, *Derecho Social...*, cit., pp.185 y 186.

³⁵ STJUE 26 septiembre 2000, *Unilever Italia SpA*, C-443/98.

³⁶ Según doctrina reiterada del TJUE (por ejemplo, STJUE 6 noviembre 2018, *Bauer*, C-569/16 y C-570,16, y STJUE 22 enero 2019, *Cresco Investigation GmbH*, C-193/17).

discriminación, entre otros. Una revisión meramente descriptiva de todas las cuestiones no podría contenerse en un estudio breve, como es el que se presenta, ni tampoco podemos analizar todo el catálogo de derechos fundamentales, a los que especialmente en los últimos tiempos ha atendido la normativa y jurisprudencia comunitaria y europea (como, por ejemplo, el establecimiento de un canal de denuncias en la empresa en garantía de la libertad de información, o las limitaciones a trabajadores interinos o indefinidos no fijos en el sector público en virtud del principio de igualdad). Por ello es que, más allá de la total exhaustividad, el objetivo que se pretende en este trabajo es el análisis y conclusión, a partir de las muestras más representativas encontradas, de cuál ha sido y es el verdadero impacto que el ordenamiento jurídico europeo ha tenido y está teniendo en la realidad práctica sobre nuestro sistema de derechos fundamentales aplicables al ámbito laboral.

II. Primeras premisas: las limitaciones de derechos

10. La sucesión de sentencias por parte de los tribunales europeos y españoles con pronunciamientos sobre asuntos escasamente regulados por nuestra normativa interna ha generado un sistema jurídico de referencia similar a la figura del precedente -cuya fuerza argumentativa ya fue destacada por ALEXY³⁷-: “básicamente, las razones para seguir el precedente dimanar de dos argumentos, el pragmático y el de justicia formal, por el primero conferimos estabilidad al sistema, por el segundo, aseguramos la igualdad”³⁸. Con más raigambre en el derecho anglosajón, en el ordenamiento español no hay reconocimiento formal del precedente; aunque lo cierto es que, entre nosotros, también son comunes los estudios jurisprudenciales, que dotan de solidez a muchas interpretaciones e impulsan incluso cambios legislativos, primordialmente cuando se trata de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por razones evidentes³⁹, y de la del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución⁴⁰; no solo por la decisión que se contiene en dichas sentencias, sino esencialmente por la regla que subyace a esas decisiones. Ello no comporta que se vaya a producir una petrificación del Derecho como consecuencia de una inercia interpretativa y aplicativa. El Derecho debe evolucionar y adecuarse a las nuevas situaciones, que son las que justifican precisamente los cambios de doctrina. También es plausible, por ello, que se comenten sentencias con recomendaciones de *sententia ferenda*. Partiendo de la regla de la “precedencia condicionada” pues, donde se indican las condiciones en las que un principio precede a otro⁴¹, “una reiteración de soluciones similares puede llevar a la afirmación general de un derecho preferente entre dos”⁴²; aunque la inclinación jurisprudencial, como decimos, también pueda cambiar.

11. Ahora bien, en otras ocasiones, las reglas no bastan para resolver determinados conflictos, y deben ser interpretadas y aplicadas a modo de principios, como “mandato de optimización”⁴³; el cual se identifica con el deber de aplicar el principio de proporcionalidad al caso concreto -aun cuando nuestra Constitución no lo exige expresamente, como sí hace el art. 52.1 *in fine* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”-. Y

³⁷ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p.266.

³⁸ V. LATORRE LATORRE, *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, Tirant Lo Blanch, diciembre 2011, p.89.

³⁹ Según el art.1.6 Código Civil: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

⁴⁰ Artículo primero. Uno de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁴¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (2ª edición en castellano), p. 73.

⁴² G. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.595.

⁴³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p.67.

así también, el art. 10.2 de nuestra CE respalda la incorporación a nuestra Jurisprudencia constitucional del análisis de las limitaciones a los derechos, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, que venía realizando el TEDH⁴⁴. Hoy no cabe duda de la trascendencia de la aplicación de estos principios en nuestro sistema de derechos fundamentales, en los que el juicio de proporcionalidad aparece de manera omnipresente en toda resolución en que se dirima un conflicto de derechos; y que a veces ha sido tildada de excesiva incluso, si es que excede el indubitado tenor literal de la propia ley⁴⁵.

12. Justamente el principio de proporcionalidad ha resultado ser un medio de argumentación casi único para el TJUE, con sus correspondientes peligros⁴⁶, en relación con una de las principales cuestiones a tratar en cuanto al límite del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral, como es su conflicto con la libertad de empresa del art.38 CE⁴⁷. Se trata de un derecho constitucional que no goza de la protección de primer nivel que corresponde a los derechos fundamentales, pues no se encuentra incardinado formalmente en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, sino entre los denominados derechos y deberes de los ciudadanos. Pero al albur de normas como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.16), en la que probablemente como resultado de la tradicional identificación entre derechos fundamentales y libertades económicas cuando no existía declaración de derechos en el ordenamiento comunitario no se hace diferencias de rango, está extendida entre los autores la premisa de considerar “derechos fundamentales” a los que se encuentran más allá de la Sección 1ª (especialmente en la Sección 2ª)⁴⁸. El juicio de proporcionalidad permite una ponderación adecuada de los intereses en juego más allá de convenciones formales.

13. Finalmente, desde el momento en que el art. 219.2 de nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)⁴⁹ permite alegar como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto motivo de recurso de casación para unificación de doctrina en materia de derechos y libertades ante el que se pueden invocar los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad se puede citar asimismo la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario sin que necesariamente hayan pasado el trámite de amparo por el Tribunal Constitucional nacional, se está facultando a su vez al Tribunal Supremo para dilucidar con más frecuencia sobre dicha materia.

⁴⁴ SSTC 22/1981, 2 julio; 34/1981, 10 noviembre; o 75/1983, 3 agosto.

⁴⁵ Así, por ejemplo, ha señalado recientemente J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, en “Detective privado y sospecha de faltas muy graves cometidas por el trabajador. Comentario a la STS 551/2023, de 12 de septiembre de 2023”, Trabajo y Derecho n° 107/2023 (digital), a propósito de la ya tradicional exigencia -deducida de múltiples resoluciones, pero no exactamente de la Ley de Seguridad Privada- de la sospecha previa de incumplimiento del trabajador para justificar el recurso a la muy invasiva vigilancia con detectives privados por parte de la empresa, que: “Quizás los órganos judiciales en la instancia y en la suplicación han sido víctimas de la proyección desmedida que viene teniendo el omnipresente principio de proporcionalidad, un principio que, habrá que recordar, no puede servir para reelaboraciones judiciales de la normativa vigente ni para ampliaciones ni reducciones de preceptos allí donde su tenor literal es indubitado, teniendo aptitud el citado principio para orientar la interpretación de la ley en un sentido u otro, pero según el margen que deje la norma en cuestión”.

⁴⁶ P. BIGLINO CAMPOS, “De qué hablamos en Europa...”, cit., p.94.

⁴⁷ Analizado en profundidad en A.I. GARCÍA SALAS, *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova, 2016, pp.64 y ss.

⁴⁸ Como P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006 (2ª edición), pp.176 y ss.; destacando el caso del derecho a la igualdad, “a pesar de no hallarse incluido en la sección primera, como es sabido” (p.178). Asimismo, C. PAZ-ARES y J. ALFARO ÁGUILA-REA., “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en *Estudios homenaje a Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, 2003, Tomo IV, p.9; A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 1988, pp.70 y ss.; o P. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, 1990, pp.95 y ss. Como afirma J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Ed. Civitas, 2005, p.21: “la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador”.

⁴⁹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, BOE 11 octubre 2011.

III. Análisis del impacto europeo en cuestiones de intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos

14. Sin duda, los límites al control empresarial de los equipos informáticos puestos a disposición de los trabajadores, incluidas las comunicaciones efectuadas a través de ellos, así como aquellos impuestos a los sistemas de videovigilancia, han sido a la par emblemas de una jurisprudencia europea que ha inspirado e influido en la práctica judicial española sobremanera. A ello se suma la normativa europea sobre protección de datos, la cual se ha presentado como un *tsunami jurídico* en nuestra forma interna de entender la materia, tanto a nivel normativo como jurisprudencial; si bien, con anterioridad, esta misma jurisprudencia europea ya tuvo ocasión de “enmendar la plana” a los tribunales españoles, con el único fundamento de nuestra propia LOPD – a lo que enseguida nos referiremos-.

1. Videovigilancia y protección de datos, o cómo el derecho a la intimidad se vio sobrepasado

15. Sucedió en la STEDH 9 enero 2018 (TEDH 2018, 1), *Caso López Ribalda y otros contra España* (conocida como López Ribalda I), en un caso en que una empresa española dio información previa a los trabajadores sobre la instalación de cámaras visibles, pero no informó acerca de las cámaras ocultas que también había instalado, debido a las sospechas de que se estuviesen cometiendo robos con trabajadores implicados. Los tribunales españoles habían venido considerando que una fundada sospecha de hurtos podía justificar la instalación de una cámara oculta destinada específica y estrictamente a descubrirlos⁵⁰. Pero el TEDH puso de manifiesto que los datos visuales obtenidos implicaban un almacenamiento y proceso de datos personales, estrechamente relacionados con la esfera privada de los individuos, apuntando que la legislación española sobre protección de datos ya reconocía el derecho de ser “informado previa y explícitamente, de manera precisa e inequívoca, de la existencia de un archivo con sus datos personales o de que sus datos se van a procesar, el propósito del mismo y de los destinatarios de la información”, entre otros, según señalaba el art.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), por entonces aún aplicable. Por su parte, el art.3 de la Instrucción n.1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos imponía la colocación de una señal distintiva indicando las áreas bajo vigilancia, y poner a disposición de los trabajadores un documento con la información recogida en el art.5 LOPD.

16. Según la mencionada sentencia, en una situación en la que el derecho a ser informado de la existencia, finalidad y forma de una videovigilancia encubierta -en cuanto implica tratamiento de datos personales- estaba claramente regulada y protegida por la ley española, los demandantes tenían una razonable expectativa de privacidad. Por lo tanto, no se podía compartir la visión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empleador con el objetivo legítimo de proteger su interés propio en defensa de sus derechos de propiedad. La videovigilancia llevada a cabo por el empleador, teniendo lugar durante un periodo prolongado, no cumplía con las exigencias del art.5 LOPD, y en particular con la obligación de informar sobre todo lo concerniente a la existencia y particulares características del sistema de recogida de datos personales. El TEDH venía a mostrar, pues, una solución diferente a la sostenida por los tribunales españoles, con fundamento, no ya solo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino en la propia normativa interna de nuestro país.

17. La estricta línea jurisprudencial que dio pie a la sentencia López Ribalda I tenía otra vertiente en España, iniciada por la STC 29/2013, de 11 de febrero –a la que *de facto* avaló la STC 39/2016, de 3 de marzo, aunque matizadamente-, la cual se basaba en que la normativa de protección de datos proscribía incluso la utilización de cámaras visibles para vigilar a los trabajadores si estaban destinadas a una finalidad distinta (por ejemplo, la grabación de los clientes para prevenir y detectar los hurtos llevados a cabo por estos), y así se hubiese informado a los trabajadores. Efectivamente, el art.4.2 LOPD

⁵⁰ STC 186/2000, 10 julio.

prohibía expresamente el uso de los datos para finalidades incompatibles con aquellas que motivaron su recogida. Hablábamos de casos en los que resultaba innegable que, al saber de la existencia de una cámara, los trabajadores eran conscientes de que podían ser grabados. Se trataba de un contrasentido que precisaba ser puntualizado, como después lo ha sido. Aun así, a día de hoy, el hallazgo casual con cámaras de seguridad solo se ha llegado a reconocer por nuestro Tribunal Supremo⁵¹ si la cámara de seguridad detecta algún ilícito cometido por el trabajador relacionado con la seguridad de las personas o las cosas; excluyendo otro tipo de control, como el destinado a comprobar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

18. En este contexto, el recurso a la cámara oculta se antojaba imposible. Es entonces cuando la Gran Sala falla en su STEDH 17 de octubre de 2019 (conocida como López Ribalda II) de una manera trascendental. Examinando la compatibilidad de la videovigilancia encubierta con el respeto a la vida privada proclamado en el art. 8 CEDH, concluye que debe permitirse la cámara oculta ante sospechas fundadas de ilícitos graves⁵², con proporcionalidad estricta de la medida, siempre que se tratara además de espacios públicos y para exclusivo uso de los fines legítimos perseguidos. Se admite que la protección de intereses públicos o privados relevantes pudiera justificar la ausencia de notificación, siempre que fuera unida a la razonabilidad de las sospechas. La influencia de López Ribalda II ha sido una de las más importantes sobre el sistema español de derechos fundamentales; a la vista de la legislación española que ya entonces exigía dicha información previa. Como botón de muestra, la STS de 22 de julio de 2022⁵³, que ya vino a admitir la prueba obtenida a través de videovigilancia sin advertencia previa a una trabajadora de hogar, ante las sospechas fundadas de robo a la persona tetrapléjica a la que cuidaba; caso en el que la vulnerabilidad de la víctima reforzaba el juicio de proporcionalidad de la medida empresarial. Esta misma sentencia se apoyaba, sin que mediara en esta ocasión interpretación previa por el TJUE, en que el art. 8 CDFUE reconoce expresamente, e igualmente de forma autónoma, el derecho a la protección de datos de manera diferenciada del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE; en consonancia con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

19. También se consiguió llegar a un acuerdo entre la jurisprudencia europea y la española sobre otra cuestión que se revelaba como esencial⁵⁴; esto es, si una infracción de la legalidad ordinaria debe tener o no trascendencia constitucional. La STC 186/2000 permitió una infracción del deber de consulta a los representantes previsto en el art.64 ET, y en la STC 39/2016 se hizo lo mismo con el deber de información del art.5 de la LOPD, sin que por ello se afectara la constitucionalidad de la medida de control empresarial. Tampoco el Tribunal Supremo, en la S. de 31 de enero de 2017, antes citada, invalidó por ello una prueba de videovigilancia, a pesar de los defectos informativos alegados por los recurrentes, puesto que “pudieron reclamar a la empresa más información o denunciarla ante la Agencia Española de Protección de Datos, para que la sancionara por las infracciones que hubiese podido cometer”. El Tribunal de Estrasburgo no parecía estar de acuerdo en un principio con esta doctrina, y lo puso de manifiesto en López Ribalda I, llamando la atención, particularmente en este caso respecto a la normativa de protección de datos, sobre la necesidad de que las resoluciones judiciales se dicten atendiendo a lo establecido en la normativa legal. Para López Ribalda II, sin embargo, esto no fue un obstáculo. La Gran Sala comienza recordando que la exigencia de notificación previa disfrutaba de un amplio consenso en la normativa y jurisprudencia de los países europeos, en el sentido de que, si esta falta, las exigencias de otros criterios de licitud han de ser más estrictas. Y a continuación asume la doctrina española, aludiendo

⁵¹ SSTS 77/2017 de 31 enero. RJ 2017\1429, y 817/2021 de 21 julio. RJ 2021\3756.

⁵² Para el Tribunal, “si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria. Esto es más cierto cuando el buen funcionamiento de la empresa estaba en entredicho no solo por las irregularidades cometidas por un solo empleado, sino por la acción conjunta de varios empleados”.

⁵³ STS 692/2022 de 22 julio. RJ 2022\3159

⁵⁴ Al que ya me refería en A.I. GARCÍA SALAS, “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, nº 2, pp. 117-147.

a que el derecho interno ofrecía a las demandantes otros recursos, previstos por la Ley de Protección de Datos, específicamente destinados a sancionar el incumplimiento de la ley, o incluso acudiendo ante los tribunales ordinarios para reclamar una indemnización por la presunta violación de sus derechos legales. En definitiva, se concluye que el derecho interno ofrecía otros recursos que las partes interesadas optaron por no adoptar, no solo de derecho laboral, sino también de derecho civil, administrativo o penal. Por todo ello, el Tribunal resuelve que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 CEDH.

20. Aunque buena parte de los pronunciamientos jurisprudenciales españoles y europeos se han basado en este tiempo en la ya derogada Ley Orgánica 15/1999, resultaba innegable la necesidad de actualizar una norma sobrepasada y carente de mención a algunos temas que ya hoy son una realidad consolidada. La reforma legislativa fue operada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), la cual vino asimismo a adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos⁵⁵ (Reglamento General de Protección de Datos), y completar sus disposiciones (según señala el art.1.a) LOPDGDD). La eficacia directa del RGPD⁵⁶ implica particularmente que la LOPDGDD no sea una ley que regule al completo el derecho fundamental a la protección de datos, sino solo aquello que resulte necesario adaptar al derecho español. De este modo, el RGPD sigue regulando el citado derecho fundamental, al alimón con nuestra nueva Ley. Es más, a propósito de otro derecho fundamental igualmente contenido en el art. 18.1 CE, como es la captación y difusión de imágenes del trabajador, recientemente la STJUE de 30 de marzo de 2023⁵⁷ ha considerado que, siendo que la difusión en directo por videoconferencia de las clases de enseñanza escolar pública está comprendida dentro del ámbito de aplicación del RGPD en el sentido en que afecta la labor de los docentes, la aplicación de disposiciones nacionales adoptadas para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores, en cuanto se refiere al tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral, deberá excluirse cuando esas disposiciones no respeten las condiciones y los límites establecidos por el Reglamento, no debiendo entenderse dicha normativa nacional en ese caso como una «norma más específica»⁵⁸, tal y como la define el art. 88.1 RGPD⁵⁹. Como señalaron GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA: “El RGPD ofrece, pues, a los Estados

⁵⁵ DOUE 4 mayo 2016.

⁵⁶ Como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley, lo que el Reglamento general de protección de datos (RGPD) ha pretendido, con su eficacia directa, sin necesidad de transposición al ordenamiento interno, ha sido superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. La transposición de la Directiva por los Estados miembros se había plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea, conduciendo a diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos.

⁵⁷ *Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium*, C-34/21.

⁵⁸ Dice la STJUE que “para poder ser calificada de «norma más específica» en el sentido del artículo 88, apartado 1, del RGPD, una norma jurídica debe cumplir las condiciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo. Además de tener un contenido normativo propio del ámbito regulado y distinto de las normas generales de dicho Reglamento, estas normas más específicas deben tener por objeto la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en relación con el tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral e incluir medidas adecuadas y específicas destinadas a proteger la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de los interesados. Debe prestarse especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”.

⁵⁹ Dentro del capítulo IX del RGPD, titulado «Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento», su artículo 88.1, relativo al «Tratamiento en el ámbito laboral», establece: “Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleadores o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

miembros y a los agentes sociales la posibilidad de establecer normas que sean más estrictas o prevean alguna excepción a la normativa general de protección de datos. Se abre así un margen de flexibilidad en cuanto a la manera de aplicar esas disposiciones a través de lo que se viene denominando “cláusulas de apertura”⁶⁰.

21. Como ya he comentado en alguna ocasión⁶¹, la nueva regulación, más centrada en el control tecnológico y el uso de dispositivos informáticos y digitales en el ámbito laboral en general, vino a codificar el consenso ya existente sobre algunos de los puntos básicos en que se sustenta la actividad de videovigilancia tras la anterior situación de anomia, así como todas las cuestiones de intimidación relacionadas con el control del trabajador por el empresario a través de las nuevas tecnologías, que han terminado siendo irremediamente analizadas bajo el prisma de la *vis* expansiva de la normativa de protección de datos, sin vuelta atrás. Lo he llegado a calificar como “golpe en la mesa”, tras una sucesión de argumentos y contraargumentos jurisprudenciales, incluso a través de numerosos votos particulares, a favor y en contra de aplicar los principios de la protección de datos a la videovigilancia en los lugares de trabajo. No obstante, la nueva normativa no ha sido inmune a todo el derecho anteriormente generado.

22. Tal es así que, cuando el art. 22.5. p.2º del Proyecto de Ley de Protección de Datos decía que, ante el supuesto de que las imágenes hubieran captado la comisión flagrante de un delito, “la ausencia de la información a la que se refiere el apartado anterior no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia”, se producía un alejamiento tal de la línea europea de los pronunciamientos del TEDH en los casos “Köpke v. Alemania”, de 5 de octubre de 2010, y “López Ribalda y otros v. España”, de 9 de enero de 2018 (para las que solo era posible el tratamiento de las imágenes si existía, cuando menos, una previa información genérica a la que hubiera podido tener acceso el empleado), que se creyó necesario reemplazar en la versión definitiva el texto en el que dicha información no se requería forzosamente⁶². Lo llegué a calificar de posible error técnico⁶³, pues la jurisprudencia europea se había posicionado precisamente en este sentido a la vista de cuál era nuestra regulación interna sobre protección de datos, y una vez que el tratamiento de datos había ido ampliando exponencialmente su ámbito de aplicación en los últimos tiempos. No era necesario, pues, incluir en una nueva ley el requisito de información previa en todos los casos; ni imprescindible era hacer seguidismo de una jurisprudencia europea que no había hecho más que resolver interpretando

⁶⁰ “Ello es así porque, si bien el RGPD pretende garantizar una aplicación coherente y homogénea de las normas de protección en el conjunto de la Unión y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales en el seno de esta, el legislador europeo no ha podido dejar de reconocer, como señaló el abogado general Richard de la Tour, que la realidad resulta más compleja: el RGPD no podía anticiparse, pese a su transversalidad, a todas las ramificaciones posibles de la protección de datos personales en ámbitos como el del trabajo (Conclusiones en el asunto Meta Platforms Ireland). No obstante, dicha flexibilización posee el riesgo de producir un efecto “desarmonizador” de la protección de datos personales. Ello explica que el RGPD establezca las exigencias reforzadas para su establecimiento (...). Es pues, insuficiente, a efectos del artículo 88 RGPD, la mera autodeclaración de un precepto legal como fundamento del tratamiento (...). La moraleja de la sentencia parece clara: una intervención normativa (o convencional) en materia de protección de datos impone, paralelamente, un sistema reforzado de garantías. La ausencia de esos mecanismos tutelares hace ineficaz la regulación resultante y obligan a aplicar, en la medida en que resulte posible, el régimen general establecido en el RGPD”. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, “Previsiones legales o convencionales de tratamiento de datos personales más allá del RGPD, a propósito de la STJUE de 30 de marzo de 2023, asunto C-34/21”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 263/2023 (versión digital).

⁶¹ A.I. GARCÍA SALAS, “Videovigilancia y control empresarial del trabajador. Su regulación en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”, en Tiempos de reformas laborales: En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social (Dir. J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla), Tirant lo Blanch, 2019, p.539.

⁶² El actual art.89.1 *in fine* LOPDGDD recoge el texto que hoy es aplicable: “En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica”. Se obliga, pues, a que también haya información previa en este tipo de supuestos; bastando, eso sí, que existiera tal dispositivo informativo. Dice el art.22.4 LOPDGDD que “El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

⁶³ A.I. GARCÍA SALAS, “Videovigilancia y control empresarial...”, cit., p. 554.

fundamentalmente la normativa española vigente en ese momento, ante el desconocimiento puesto de manifiesto por buena parte de los tribunales españoles. En consecuencia, el legislador español habría sido plenamente competente para establecer una regulación diferente, que evitara ciertos efectos distorsionadores, relacionados fundamentalmente con razones de seguridad, que posteriormente han tenido que ser convenientemente reorganizados nuevamente por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo -como ya se comentó-, en connivencia con la jurisprudencia europea posterior.

2. El derecho al secreto de las comunicaciones a vueltas con el deber empresarial de información previa.

23. Particularmente destacable en el tema que nos ocupa es la consideración de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, cuyo titular es la persona que efectúa la comunicación, no el dueño del soporte a través del que se realiza. En este sentido, la justicia europea ya vino a reconocer que, además del contenido de la comunicación que realiza el trabajador, aunque no se intercepten comunicaciones, el objeto de protección del derecho también alcanza la identidad subjetiva de los interlocutores, y que solo pertenecen a los propios interlocutores; por lo que, si se comprobó el número de llamadas y su destinatario o las bandejas de entrada y salida de los correos electrónicos, se podría estar afectando también al derecho al secreto de las comunicaciones⁶⁴.

24. Para nuestra STS de 6 de octubre de 2011⁶⁵ (tras años protegiéndose con especial celo la expectativa de confidencialidad del trabajador, en sentencias como la STS de 26 de septiembre de 2007⁶⁶), la prohibición absoluta de un uso privado de los sistemas de comunicación de la empresa, aun sin información previa sobre los medios de control del cumplimiento de esta prohibición, se consideró suficientemente preservadora de la expectativa de confidencialidad del trabajador en el contexto de un uso ilícito. Esta doctrina imperó en nuestra jurisprudencia constitucional y en la del TEDH durante más de un lustro. Así, en la STC 170/2013, de 7 de octubre, no se apreció vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el ámbito de las relaciones laborales por el acceso de la empresa a los ficheros informáticos en que quedaban registrados los correos privados del trabajador, al haberse producido un incumplimiento de la prohibición expresa del uso extralaboral del mismo que llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización. Y ello a pesar de que constituía una importante particularidad respecto a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la apreciación, a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa, llevó a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet⁶⁷. Pero precisamente el TEDH, en la famosa sentencia *Barbulescu I*⁶⁸, reconoció también la posibilidad de que una empresa controlara los mensajes de sus trabajadores en un servicio de mensajería instantánea profesional a través de Internet, en un caso en que la empresa igualmente había prohibido expresamente el uso de los medios de comunicación para fines personales⁶⁹. Al haber negado el trabajador en un primer momento que hubiera existido uso privado, se entendió que la empresa no podría esperar encontrar ninguna información íntima del trabajador en sus auditorías.

⁶⁴ Por todas, las SSTC 114/1984, 29 noviembre; 123/2002, 20 mayo; 56/2003, 24 marzo; y, en especial, la STC 230/2007, 5 noviembre, o las SSTEDH 2 agosto 1984 (caso *Malone c. Reino Unido*), y 3 abril 2007 (caso *Copland c. Reino Unido*).

⁶⁵ RJ 2011\7699.

⁶⁶ RJ 2007\7514.

⁶⁷ STEDH 25 junio 1997 (caso *Halford c. Reino Unido*) y 3 abril 2007 (caso *Copland c. Reino Unido*).

⁶⁸ STEDH 12 enero 2016 (Caso de *Barbulescu vs. Rumania*).

⁶⁹ El caso en cuestión llegó al TEDH después de que el ingeniero rumano Bogdan Mihai Barbulescu fuese despedido de la empresa en la que trabajaba, tras descubrirse que Barbulescu no sólo utilizaba Yahoo Messenger para hablar con sus contactos profesionales, sino también con sus familiares.

25. La nueva normativa europea sobre protección de datos aparecida poco después, y a la que ya hemos hecho referencia, así como la resolución de la Gran Sala en la STEDH 5 septiembre 2017 (conocida como *Barbulescu II*), enmendando *Barbulescu I* a partir de un voto particular a esta última, pusieron el énfasis en el deber de informar, exigiendo de manera más estricta un necesario aviso previo de monitorización del trabajador⁷⁰, así como otros requisitos conocidos como el *test barbulescu*: 1) transparencia (con información previa sobre la medida de control, sin que valieran solo las advertencias), juicio de proporcionalidad (con límites al control y monitorización de todas las conversaciones), interés legítimo suficiente (por acto ilícito del trabajador o riesgo grave), la búsqueda de métodos menos invasivos (como evitar conexiones), así como el uso de los datos para el fin legítimo declarado.

26. Los autores españoles interpretaron que el gran avance de *Barbulescu II* se plasmaba en la importancia que, en su fundamentación, se otorgaba a la protección de datos, como muestra de que, como se decía, “la protección de datos lentamente comienza a ocupar los espacios de la privacidad imponiendo sus principios de actuación mucho más exigentes y rigurosos que lo[s] que habían servido hasta ahora para limitar el derecho a la intimidad”⁷¹. No obstante, en pronunciamientos más recientes, como los analizados en *López Ribalda II* y también en la STEDH 22 febrero 2018 (caso *Libert contra Francia*), el TEDH ha matizado o reinterpretado cuestiones que en *Barbulescu II* parecían asentadas.

27. Pero no solo eso. Ha de subrayarse cómo la jurisprudencia española, en sentencias como la STS 119/2018 de 8 febrero⁷² (que no pudo observar la STEDH 5/9/2017 en todo su procedimiento, pero sí hizo referencia a ella), seguida por otras más recientes, como la STSJ Castilla-La Mancha, 515/2021 de 25 marzo⁷³, volvieron sin pudor a aplicar la doctrina de la STC 170/2013, buscando a la vez la conexión con *Barbulescu II*, a la que afirmaban no contradecir. Y ciertamente, de la lectura de los razonamientos utilizados por el TEDH en el asunto «*Barbulescu*» se desprende que su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia y los intereses de la empresa empleadora. Y al efecto son decisivos factores como a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador. Para nuestros tribunales, tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a nuestra doctrina tradicional, que se reconduce básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC. Sin embargo, no se aclara por la jurisprudencia española por qué admite en sus resoluciones que no haya una advertencia clara en cuanto a la supervisión que se hará al trabajador (conforme al art.8 del CEDH), cuando eso es algo en lo que incidía *Barbulescu II*, reprochando que, aunque la empresa había prohibido el uso personal de los medios corporativos, no había advertido del alcance del control empresarial, ni de la posibilidad de acceder a los *chats* sin consentimiento del interesado, por lo que el trabajador consideraba que su cuenta era personal. En mi opinión, la línea de las resoluciones del Tribunal Supremo español no se ajusta cabalmente a la doctrina de *Barbulescu II*, sentencia de referencia en materia de intimidad y secreto de las comunicaciones; si bien, esta doctrina española, más laxa con el deber de información, sí resultaría probablemente avalada por la enmienda a la totalidad que supuso *López Ribalda II*. La falta de una total sintonía en los argumentos de ambos pronunciamientos emanados del TEDH, sobre materias no absolutamente coincidentes, pero sí con múltiples conexiones, da como resultado curiosamente un margen más amplio para que el tribunal nacional maniobre, sin que pueda ser tildado de haber contravenido la doctrina judicial europea.

⁷⁰ Aunque fuera a través de manuales internos (como se reconoció en el asunto *Libert*, 2018).

⁷¹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA, “La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 5 de septiembre de 2017 (caso *Barbulescu v. Rumanía*; n.º 61496/08; Gran Sala)”, *Revista de Información Laboral*, n.º10, p. 10.

⁷² RJ 2018\666.

⁷³ AS 2021\1241.

IV. Análisis del impacto europeo en cuestiones de libertad religiosa y de conciencia

I. Manifestaciones y símbolos religiosos en los lugares de trabajo ante una pretendida neutralidad del empleador

28. Puede afirmarse que el TJUE ha asumido recientemente un papel protagonista en un tema tan controvertido en una Europa globalizada, que convive desde hace décadas con un fenómeno migratorio bastante notable. Para empezar, en materia de libertad religiosa, y dada la íntima conexión entre el art. 10 CDFUE y el art. 9 CEDH, el TJUE⁷⁴ ha recurrido en varias ocasiones a la distinción entre *forum internum* (el hecho de tener convicciones) y *forum externum* (la manifestación pública de la fe religiosa), siguiendo al TEDH⁷⁵ y a nuestro propio TC⁷⁶. Siendo irrelevantes en su esfera interna, la exteriorización de estas libertades íntimas sí tiene consecuencias jurídicas. La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, según nuestro Tribunal Constitucional, “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”⁷⁷. Pero cuando se trata del ejercicio de prácticas religiosas, no se garantiza siempre y en toda circunstancia el derecho de actuar y comportarse en el espacio público según las mismas. Así, siendo que el art. 10.1 CDFUE se limita a reconocer “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”, el art. 16.1 CE ya “garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”; mientras que el art. 9.2 CEDH incorpora más elementos cuando afirma que “La libertad de manifestar su religión o convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de derechos o las libertades de los demás”.

29. Y esta es la línea en la que nuestro Tribunal Constitucional, en relación con el derecho fundamental recogido en el art. 16 CE, no exige a la empresa que garantice el cumplimiento de sus deberes religiosos cuando deba llevar a cabo adaptaciones; al menos, debe entenderse al amparo del art. 9.2 CEDH, cuando le causen un trastorno o perjuicio desproporcionado o directamente cuando fuera incompatible con la prestación a realizar (por razones de seguridad y salud en el trabajo⁷⁸ o porque no permitiera, por ejemplo, que un trabajador fuera identificado en caso necesario), “que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa”⁷⁹.

30. Cuestión diferenciada es que el comportamiento del trabajador o los símbolos religiosos que aquel portase comprometiera la imagen de la empresa. Ello es muy evidente en organizaciones y empresas de tendencia, como entidades que legítimamente se constituyen en difusoras de una cierta ideología o creencia, siendo los trabajadores instrumentos de dicha finalidad⁸⁰. En España, especialmente llamativo ha sido el caso de la vida privada de los profesores de religión, pues su testimonio personal constituye para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, pero cuya idoneidad por decisión eclesial no puede prevalecer, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, sobre el derecho a elegir libremente (dentro

⁷⁴ STJUE 14 marzo 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15 y STJUE 28 noviembre 2023, *OP y Commune d’Ans*, C-148/22.

⁷⁵ Entre otras, Sentencias del TEDH 25 mayo 1993 (caso Kokkinakis contra Grecia), 16 octubre 2000 (caso Hassan y Tchaouch contra Bulgaria) y 4 diciembre 2008 (caso Dogru contra Francia).

⁷⁶ STC 19/1985, 13 febrero.

⁷⁷ STC 46/2001, 15 febrero.

⁷⁸ Ver también la STEDH 4 diciembre 2008, cit.

⁷⁹ STC 19/1985.

⁸⁰ Recuérdese además que el art. 4 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, permite que cualquier empresario discrimine a sus trabajadores por razón de religión o creencia cuando tal característica pueda ser considerada un requisito profesional esencial y determinante del puesto de trabajo atendiendo a la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE), constituyendo una vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar⁸¹. Sobre el poder de control de las conductas extralaborales que afecten a tareas ideológicamente fuertes, puede destacarse a nivel europeo la STJUE 11 septiembre 2018, C-68/17, en un supuesto de hospital católico que despide a un médico de religión católica con responsabilidades directivas por contraer civilmente un segundo matrimonio. En este caso, el TJ, dentro del marco de la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe la discriminación por motivos de religión o convicciones con excepción de las actividades profesionales de iglesias u otras organizaciones cuya ética se base en la religión o las convicciones (art. 4.2), sí consideró la vulneración de derechos fundamentales, pues la adhesión a este aspecto de la ética del hospital no era exigida a otros trabajadores, no católicos, situados en puestos de responsabilidad médica análogos al ocupado por el demandante. Entiende el Tribunal que su comportamiento extralaboral no era, pues, un requisito esencial y determinante. En ambos casos, sin dejar de reconocer el contexto excepcional en el que estas relaciones laborales se enmarcan, estamos ante una corrección de conductas en estricta aplicación de la necesaria ponderación de derechos que debe evitar un sacrificio desproporcionado y/o gratuito del trabajador.

31. En cambio, en las empresas e instituciones no declaradas de tendencia, los parámetros de ponderación son algo distintos, y ciertas reticencias en el plano ideológico o religioso en relación con determinadas conductas de sus empleados han generado más dudas aún sobre la posible vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de estos, finalmente resueltas en dos sentencias clave por la Jurisprudencia europea; para la que, más allá de la natural tolerancia ante una pluralidad de ideologías o creencias dentro de la organización, constituye también una finalidad legítima para un empresario privado ofrecer una imagen neutra ante sus clientes, lo cual estaría vinculado a la libertad de empresa, particularmente cuando los trabajadores van a estar en contacto con los clientes⁸². Para algún autor, “las sentencias y decisiones del TEDH sobre simbología religiosa permitían establecer una comparación entre estas dos sentencias y las del TEDH, aventurando la posibilidad de un «forum shopping» de los europeos para lograr una mejor protección de sus derechos”⁸³. Y es que, del modelo que se ha querido instaurar a nivel jurisprudencial europeo en materia de derechos fundamentales, en el que la CDFUE y su interpretación por el TJUE no se ha planteado como una sustitución del modelo anterior donde el TEDH era el gran protagonista, puede extraerse una interesante conclusión: ante la diversidad de reglas y competencias jurisdiccionales, está permitido acogerse a la jurisdicción que pueda emitir una sentencia más favorable a los intereses de cada cual. La doctrina extraída en cada caso de los citados tribunales cuenta con una especial repercusión en España, no solo por la obligada observancia de la jurisprudencia europea, sino particularmente porque tampoco tenemos una normativa interna actualizada sobre temas religiosos⁸⁴.

32. En este sentido, ha declarado el TJUE que una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad en el seno de dicha empresa, solo puede justificarse si esa prohibición cubre toda forma visible de expresión de las convicciones políticas, filosóficas o religiosas,

⁸¹ STC 51/2011, 14 abril, seguida por la STS 799/2021, 20 julio.

⁸² STJUE 14 marzo 2017, cit., y STJUE 15 julio 2021, *WABE y MH Müller Handel*, C-804/18 y C-341/19. Para R. PALOMINO LOZANO, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 2020, p.53, esta doctrina del TJUE parece “dar carta de naturaleza a una contradicción interna. Por un lado, los Estados y las empresas europeas no se oponen a que la gente exprese sus creencias religiosas, pero, por otro, reclaman de forma creciente a los individuos que restrinjan su libertad a la iglesia y a sus hogares”.

⁸³ R. PALOMINO LOZANO, “El Tribunal de Justicia...”, cit., p.53.

⁸⁴ El derecho constitucionalmente consagrado a la libertad religiosa fue objeto de desarrollo a través de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de Libertad Religiosa, *BOE* 24 julio 1980; una norma con más de 40 años, que a punto estuvo de ser sustituida por una virtual Ley de Libertad Religiosa y de Conciencia, para abordar con más detalle una serie de temas, como el que hoy nos ocupa, no regulados expresamente en la ley vigente, pero cuya aprobación quedó aparcada con la llegada de la crisis económica en 2008.

de forma general e indiferenciada⁸⁵. Vuelve el TJUE a manejar el mismo criterio igualitario que en el caso del médico del hospital católico de la STJUE 11/9/2018, antes comentado. En idéntico sentido, la STJUE (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2023 (cit.) ha aplicado dichos criterios por primera vez a un lugar de trabajo dentro de las Administraciones Públicas, avalando asimismo que puedan prohibir a sus empleados que lleven en el trabajo símbolos religiosos visibles, “teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego”. De la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende también que la imposición de laicidad en la vestimenta, en virtud de la neutralidad que debe emanar de los servicios públicos, tampoco viola el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁶; lo cual ha sido especialmente criticado, en tanto en cuanto la neutralidad no aparece como uno de los elementos que hacen legítima la restricción del disfrute de la libertad religiosa conforme al art.9.2 CEDH, por lo que más que de neutralidad hacia la religión, podría hablarse de exclusión del hecho religioso⁸⁷. El Tribunal constata que “en una sociedad democrática, en la que coexisten varias religiones dentro de la población, puede resultar necesario limitar la libertad con el fin de conciliar los intereses de diversos grupos y asegurar el respeto de las convicciones de cada uno”. Puede añadirse que el art. 9.2 CEDH sí establece como limitación “la protección de derechos o las libertades de los demás”.

33. Siendo que el principio de neutralidad de los poderes públicos ha sido igualmente avalado por nuestro Tribunal Constitucional (STC 101/2004, de 2 de junio), permite la citada STJUE de 28 de noviembre de 2023 (apartado 33) que cada Estado miembro o administración competente establezca el margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que aquel pretenda promover en el lugar de trabajo. No obstante, el margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros y, en su caso, a sus entidades infraestatales, a falta de consenso en el ámbito de la Unión, debe ir acompañado, a juicio del TJUE, de un control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Unión, que consista fundamentalmente en comprobar si las medidas adoptadas, según los casos, a nivel nacional, regional o local están en principio justificadas y si son proporcionadas. Tampoco la jurisprudencia española ha apostado por un ejercicio arbitrario de esta pretendida neutralidad empresarial. Ha de recordarse que, según nuestro Tribunal Constitucional (STC 52/1995, de 23 de febrero), la restricción del ejercicio de derechos fundamentales necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó, siendo la motivación «un riguroso requisito del acto del sacrificio de los derechos».

34. El objetivo de «neutralidad exclusiva» debe perseguirse de forma congruente y sistemática, y la prohibición de llevar cualquier signo visible de convicciones debería limitarse a lo estrictamente necesario. En el caso de la STJUE de 28 de noviembre de 2023, la trabajadora no tenía prácticamente ningún contacto con los usuarios del servicio, pero se le prohibió igualmente, pues el reglamento de trabajo aprobado por el Ayuntamiento en cuestión afectaba tanto en los contactos con el público como en las relaciones con superiores jerárquicos y compañeros de trabajo. Lejos de exigir a la empresa el cumplimiento de un deber de acomodación razonable a la situación o particularidades del trabajador -siempre que no le generara a aquella un perjuicio desproporcionado-, el TJUE hace prevalecer la neutralidad religiosa de la Administración, aun no habiendo contacto con el público, lo cual hace dudar de su estricta necesidad; salvo que el TJUE quiera entender que, estén o no en contacto con los usuarios del servicio público o estén en contacto entre ellos, el hecho de que el trabajador lleve cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la aptitud de la medida para alcanzar la finalidad supuestamente perseguida, así como la propia congruencia de ese régimen⁸⁸.

⁸⁵ SSTJUE 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui*, C-188/15, y 15 julio 2021, *IX y WABE eV* (C-804/18), y entre

MH Müller Handels GmbH y MJ (C-341/19).

⁸⁶ Entre otras, la STEDH 29 junio 2004 (caso Leyla Şahin).

⁸⁷ R. PALOMINO LOZANO, “El Tribunal de Justicia...”, cit., p.52.

⁸⁸ E. ROJO TORRECILLA, “Posible neutralidad religiosa en la Administración Pública. El TJUE la admite, y deja a los tribunales nacionales que valoren las circunstancias concretas en cada caso. Notas a la sentencia de 28 de noviembre de 2023 (asunto

35. Finalmente, dado que estas prohibiciones afectan mayoritariamente a mujeres trabajadoras -pudiendo constituir una discriminación indirecta por razón de sexo-, y más frecuentemente a mujeres inmigrantes -pudiendo generar igualmente una discriminación por motivo de origen étnico-, en el marco de nuestra Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE 13 julio 2022), nos encontraríamos ante lo que se denomina discriminación múltiple o interseccional (art. 6.3). No obstante, en esta ocasión, el TJUE descarta analizar la controversia desde la perspectiva de género, e insiste (como ya hiciera anteriormente) en que la medida o norma analizada no es discriminatoria si se aplica de forma “general e indiferenciada” a todo el personal. De poco nos serviría acudir en este caso al TEDH, el cual no ha utilizado apenas el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo⁸⁹; lo que coincide con el hecho de que el 14 CEDH no recoja este concepto, más extendido en el Derecho comunitario, y en el español, por supuesto. Otra cuestión, podemos pensar, es que pudiera hablarse de una discriminación hacia trabajadores o trabajadoras creyentes frente a no creyentes⁹⁰; si bien es cierto que el art. 1 de la Directiva 2000/78 cita en un mismo plano la «religión» y las «convicciones», al igual que lo hacen el artículo 19 TFUE y el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. La libertad de conciencia del trabajador medida en función del interés general.

36. La objeción de conciencia trae causa de la denominada libertad de conciencia, que fue integrada en la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 CE por la STC 53/1985, de 11 de abril, referida a los sanitarios que debían practicar un aborto. Aun cuando ni la Constitución ni ley alguna contenían su reconocimiento, la citada sentencia dictaminó que el derecho a la objeción de conciencia “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”. Ahora bien, es claro que la objeción de conciencia es un mecanismo de protección de la libertad ideológica y religiosa “que permite el incumplimiento de obligaciones por razón de conciencia”⁹¹, pudiendo llegar a socavar los propios cimientos de un Estado de Derecho donde la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual⁹². Es por ello que, posteriormente, la STC 160/1987, de 27 de octubre, entre otras, reconociera en la objeción de conciencia un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, correspondiendo al legislador regularlo por ley ordinaria «con las debidas garantías» para el objetor y para la defensa del bien constitucional afectado por su incumplimiento.

37. A nivel europeo, el art. 10.2 CDFUE reconoce el derecho a la objeción de conciencia -sin desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE-, pero de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio; de manera que también es reconocido como un derecho de configuración legal. Por su parte, ha sido el TEDH el que más frecuentemente se ha pronunciado sobre estos temas; en concreto, en su Decisión de 2 de octubre de 2001 (caso Pichon y Sajous c. Francia), y en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional español hasta ese momento, ya rechazó considerar como parte de la libertad de pensamiento, conciencia y religión del art. 9 CEDH el derecho a incumplir, por motivos religiosos, deberes prescritos legalmente. Ante la queja de unos farmacéuticos franceses, obligados a vender la píldora anticonceptiva en contra de sus convicciones, el TEDH constató que se trataba de un producto legal dispensado con receta médica única y obligatoriamente en las farmacias, por lo que no estaba justificada

C-148/22)”, en su blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2023-12-04T06:10:00%2B01:00&max-results=5&start=4&by-date=false>

⁸⁹ E. CARMONA CUENCA, “Los principales hitos jurisprudenciales del tribunal europeo de derechos humanos en materia de igualdad de género”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p.321.

⁹⁰ Como ya he reflexionado en A.I. GARCÍA SALAS, “Símbolos religiosos en los lugares de trabajo de las Administraciones Públicas: criterios marcados por el TJUE”, *Blog El Foro de Labos*, 14/12/2023. <https://www.elforodelabos.es/2023/12/simbolos-religiosos-en-los-lugares-de-trabajo-de-las-administraciones-publicas-criterios-marcados-por-el-tjue/>

⁹¹ Ver M.I. GARRIDO GÓMEZ, “En torno a la libertad ideológica y la objeción de conciencia”, en *Libertad ideológica y objeción de conciencia* (M.I. GARRIDO GÓMEZ y M.C. BARRANCO AVILÉS), Ed. Dykinson, 2011, p.19.

⁹² Como posteriormente recordó también la STS (Contencioso administrativo) de 11 de febrero de 2009 (Rec. 1013/2008).

su oposición a dicha venta en virtud de unas convicciones o creencias que pueden ejercer de múltiples maneras fuera de la esfera profesional. Porque nos podemos preguntar qué pasaría con los derechos de los ciudadanos en general si ningún médico practicara un aborto o si ningún farmacéutico dispensara la píldora del día después, que son considerados conflictos de conciencia con relevancia constitucional.

38. Sin embargo, todo ello no fue óbice para que, en el marco de su actuar discrecional, el Tribunal Constitucional, en STC 145/2015, de 25 de junio otorgara el amparo, no sin polémica, a un farmacéutico español que fue sancionado por no dispensar la llamada “píldora del día después”, aportando nuevas vías de interpretación; pues, de la ubicación de la farmacia en el centro urbano de la ciudad, deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, que no ponían “en peligro” el derecho de la mujer “a acceder a los medicamentos anticonceptivos”. Además de aportar este matiz del interés general no vulnerado (apoyándose en el articulado de la entonces vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 marzo 2010), que entonces como ahora no permite “que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia”), ha de observarse que el fallo vuelve a habilitar a una resolución judicial, como lo fue la STC 53/1985, en una suerte de apoyo jurídico-normativo -entendido en sentido amplio- del ejercicio de la objeción de conciencia sin base legal. De hecho, hasta su reconocimiento expreso por el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010 (ahora art. 19 bis LO 1/2023, de 28 de febrero⁹³), se ha venido admitiendo el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo. Ello no incluiría obviamente a los farmacéuticos (desde una perspectiva jurídica, la dispensación de medicamentos anticonceptivos en farmacias no es comparable con una práctica abortiva), cuya objeción de conciencia seguirá judicializada.

V. Análisis del impacto en temas de igualdad y no discriminación

1. Las diferencias retributivas por razón de sexo y su extensión a las prestaciones sociales

39. El tema de la discriminación retributiva por razón de sexo (la denominada brecha salarial entre hombres y mujeres) es también un clásico del Derecho social comunitario. Más allá del genérico derecho a la no discriminación por razón de sexo, contenido en el art. 21 CDFUE, el art.157.1 TFUE se refiere de manera más concreta a que “cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. También el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), sobre igualdad retributiva, viene obligando al empresario a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución. Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes⁹⁴. Eso sí, la idea de trabajos de igual valor ha de entenderse en un sentido amplio. Y aún más, la utilización de criterios de valoración adverso, como el esfuerzo físico o la disponibilidad horaria -que pondrían en inferioridad al colectivo femenino-, deben constituir requisitos imprescindibles, siendo que también se valoren otros criterios más propiamente femeninos, como la responsabilidad, el cuidado en los detalles, etc.

⁹³ BOE 1 marzo 2023.

⁹⁴ Señala S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Condiciones de trabajo y discriminación salarial por razón de sexo”, en *Derecho Social...*, cit., pp.400 y 401 que “Conviene no olvidar tampoco que la rotundidad o rigidez del artículo 28 del ET es más aparente que real, al devenir admisible, en la práctica, cierto grado de flexibilidad en su aplicación, al permitirse el abono de cantidades distintas por el mismo trabajo, pues la discriminación exige que la diferencia de trato no obedezca a razones objetivas. En resumidas cuentas, ni siquiera el artículo 14 de la CE impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto”.

40. La normativa española (art. 28.3 ET y art. 9.6 de la Ley 15/2022) está empezando a exigir la publicación por las empresas de la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, también en aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Dicha transparencia retributiva está en la línea comunitaria de reforzar los mecanismos para la efectiva igualdad de retribución entre hombres y mujeres⁹⁵; que puede extenderse a un tercer género (neutro), dentro del respeto a lo establecido en los ordenamientos internos⁹⁶.

41. Para el art. 157.2 TFUE, “La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”. De estas premisas se extrae el sentido de las resoluciones del TJUE que, no obstante, no han sido en ocasiones coincidentes con los fallos de los tribunales españoles.

42. Así, podemos rescatar sentencias, como la STJCE 15 diciembre 1994⁹⁷, la cual analizaba una cláusula de un convenio colectivo, por la que los trabajadores no empleados en régimen de jornada completa que trabajaran por encima de la jornada a tiempo parcial pactada en el contrato solo recibirían una compensación proporcionalmente equivalente a su retribución, sin el complemento por horas extraordinarias que recibían los empleados a jornada completa. Siendo que tal regulación afectaba negativamente a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, era preciso justificarla por factores objetivos no relacionados con una posible discriminación indirecta por razón de sexo. Tal justificación podría consistir, según el TJ, en una necesidad real de la empresa, adecuada a la consecución de sus objetivos y en consonancia con el principio de proporcionalidad. En este caso, se alegaba como motivo de justificación compensar el mayor desgaste físico que supone hacer horas extras después de una jornada completa. Habría desigualdad de trato, por tanto, si la retribución global que se pagara a los trabajadores a jornada completa fuera más elevada, a igualdad de horas trabajadas, que la abonada a los trabajadores a tiempo parcial; o que se retribuyera menos la hora extraordinaria a un trabajador a tiempo parcial que a tiempo completo⁹⁸. Y puede decirse que los tribunales españoles, en este caso, sí se han alineado con esta idea, como lo demuestra la muy ilustrativa STSJ Islas Canarias 1590/2011, de 22 noviembre⁹⁹, la cual consideró que no había discriminación indirecta en la denegación del abono del denominado «ticket de comida» a trabajadoras que disfrutaban de reducción de jornada por guarda legal, fundamentada en el hecho de que no realizaban jornada partida sino continuada, y no en su condición de mujeres. No sería relevante si se trata o no de percepciones salariales. Como señala también art. 157.2 TJUE, “se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”.

43. Una menor remuneración *per se* no implica, por tanto, una vulneración del art. 157 TFUE necesariamente. Y resulta interesante destacar, ahondando en el tema, la STJUE de 1 de julio de 2010, *Parviainen*, C-471/08, la cual justificó una pérdida de retribuciones de una azafata de vuelo, que pasó a prestar servicios en tierra al adaptarse el puesto por motivo de su embarazo; mientras que, en un caso similar, los tribunales nacionales han resuelto de manera contraria, si bien en beneficio de las trabajado-

⁹⁵ Así, por ejemplo, ver el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y la posterior Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

⁹⁶ Como señala la Directiva (UE) 2023/970, (6) “Actualmente, algunos Estados miembros permiten que las personas se registren legalmente como pertenecientes a un tercer género, a menudo neutro. La presente Directiva no afecta a las normas nacionales pertinentes que den efecto a dicho reconocimiento por lo que respecta a las cuestiones de empleo y retribución”.

⁹⁷ (TJCE 1994\207), *Stadt Lengerich contra Angelika Helmig*, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93.

⁹⁸ STJCE 6 diciembre 2007, *Commission/Germany*, C-401/06.

⁹⁹ AS 2012\1211.

ras, lo cual sería admisible. Se trata de la STS de 24 de enero de 2017¹⁰⁰, que consideró discriminación por razón de sexo una minoración retributiva al perder una serie de complementos por la adaptación del puesto (consistente en no realizar trabajo nocturno o a turnos) a una trabajadora con riesgo durante el embarazo y lactancia. Con ello se quería poner de manifiesto que el coste de las medidas de seguridad y salud en el trabajo no debe recaer en los trabajadores¹⁰¹. Y respetándose la protección mínima otorgada a nivel comunitario, nada impide que los Estados mejoren aquellas previsiones, como es sabido. Aunque la diferente visión del asunto no tiene por qué provenir necesariamente de la idea de que el Estado español disponga de un ordenamiento más protector -de hecho, la normativa al respecto es idéntica-, sino de que a nivel europeo no se considera discriminatorio todo aquello que respetase el principio de igualdad de trato, como más adelante se comentará; partiendo más bien de la idea de igualdad material, esto es, sin privilegios automáticos para la mujer¹⁰².

44. Sí se ha considerado, no obstante, contraria al Derecho de la Unión¹⁰³, y no sin cierto bochorno patrio, la normativa española que excluía de las prestaciones por desempleo a las empleadas de hogar, que son casi exclusivamente mujeres, constituyendo esta exclusión una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social¹⁰⁴, salvo que tal disposición pudiera justificarse objetivamente y sea proporcionada. A dicha justificación no contribuía que todos los trabajadores por cuenta ajena sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, en el que está integrado el Sistema Especial para Empleados de Hogar, tuvieran derecho a prestaciones por desempleo, incluidos aquellos cuya relación laboral se desarrolla también a domicilio para empleadores no profesionales, o cuyo sector laboral presenta las mismas peculiaridades en cuanto a índice de empleo, a cualificación y a remuneración que el de los empleados de hogar, planteando riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la seguridad social y de recurso al trabajo ilegal. Así ocurre con los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza. El Tribunal de Justicia llamaba la atención al hecho de que la inclusión en el Sistema Especial para Empleados de Hogar daba derecho, en principio, a todas las prestaciones concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español, salvo las de desempleo, que presentan aparentemente los mismos riesgos de fraude. Tampoco ayudaba el hecho de que la exclusión de la protección contra el desempleo implicase la imposibilidad de obtener otras prestaciones de Seguridad Social a las que podrían tener derecho los empleados de hogar y cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo.

45. Tras este pronunciamiento, a los pocos meses fue aprobado el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras en el servicio del hogar¹⁰⁵, que permite equiparar las condiciones laborales de este colectivo al del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena en el ámbito laboral y en el de la Seguridad Social, y establece como nueva obligación la cotización por la contingencia de desempleo y al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) para empleadores y empleadas del hogar. En el ínterin, los tribunales españoles comenzaron a aplicar este derecho relativo a las prestaciones a satisfacer por el Estado¹⁰⁶; considerando

¹⁰⁰ STS 43/2017 de 24 enero. RJ 2017\1615.

¹⁰¹ Según se recoge en el art.14.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 noviembre 1995), en trasposición del art.6.5 de la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989).

¹⁰² Según el art. 8 TFUE (antiguo artículo 3, apartado 2, TCE): “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

¹⁰³ Concretamente, contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

¹⁰⁴ Véase STJUE de 24 de febrero de 2022, TGSS C-389/20.

¹⁰⁵ BOE 8 septiembre 2022.

¹⁰⁶ Entre otras, la SJCA Vigo (Galicia), núm.2, sentencia núm. 68/2022 de 17 marzo, o la STSJ Cataluña 1754/2022 de 16 marzo. AS 2022\886.

incluso irrelevante que la fecha de la sentencia del TJUE en que se contiene dicha doctrina sea posterior a la del hecho causante del subsidio por desempleo¹⁰⁷.

46. Volviendo a lo anterior, distinto sería lógicamente que la diferencia salarial se debiera a trabajos de desigual valor por la falta de equivalencia entre las tareas efectivamente realizadas, de manera que estuvieran mejor retribuidas las tareas de mayor valor intrínseco, las de categorías superiores, etc., a las que ciertamente acceden mayoritariamente los trabajadores varones. Siendo claro el valor intrínseco que objetivamente estos factores aportan a la empresa, el origen de la desigualdad sería otro y la vía principal a nivel jurídico para atajarla han sido las medidas de acción positiva. Ello, sin embargo, ha terminado dando lugar a situaciones de desigualdad hacia los hombres que han generado un intenso debate sobre la posible existencia de discriminación por razón de sexo hacia los varones.

47. Y ello porque la jurisprudencia europea¹⁰⁸, en un primer momento, dictaminó que el complemento de pensiones por maternidad (incluida la adoptiva) del art. 60 de la Ley General de Seguridad Social española discriminaba al colectivo de hombres; pues la aportación demográfica que planteaba como justificación de la medida, en opinión del TJUE, constituía una diferencia irrazonable, en tanto en cuanto la cualidad de progenitor es predicable tanto de hombres como de mujeres, así como ambos pueden sufrir desventajas en sus carreras si han asumido el cuidado de sus hijos. En el Derecho comunitario, el principio de igualdad de trato no impide que se proteja a la mujer por motivos de la maternidad¹⁰⁹, pero no se encontraba ningún elemento que estableciera un vínculo entre la concesión de este complemento y las desventajas que particularmente hubiera podido sufrir una mujer y no un hombre.

48. Esta sentencia hizo saltar por los aires nuestro sistema legal, provocando una modificación normativa a través del RD Ley 3/2021, de 2 de febrero; de manera que el complemento ahora pueden solicitarlo también aquellos hombres que acrediten haberse visto más perjudicados en su carrera laboral o sean viudos. Recuérdese, en todo caso, que el art. 27 de la Carta Social Europea (revisada), a la que se obligaba España a partir de 2021, reconoce el “derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares y entre éstos y los demás trabajadores”. Aunque también se había formado ya una estela de pronunciamientos en el mismo sentido, como la de la STS 793/2020, 23 septiembre, en un caso de diferencia de trato en la retribución variable para el permiso de paternidad respecto del de maternidad¹¹⁰.

49. La STJUE de 14 de septiembre de 2023¹¹¹, abunda en la invalidación de acciones positivas dirigidas a las mujeres para corregir la desigualdad en materia de pensiones, iniciada por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (cit.), reconociendo ahora el derecho de los padres varones a una indemnización adicional reparadora de los daños patrimoniales y morales sufridos por la discriminación de género a propósito del complemento de maternidad ex art. 60 LGSS. La STSJ Galicia 4840/2023 de 30 de octubre¹¹² reitera la doctrina que sostiene que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 LGSS.

¹⁰⁷ TSJ Cataluña 2856/2022 de 11 mayo. AS 2023\34.

¹⁰⁸ STJUE 12 diciembre 2019, *WA contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-450/18.

¹⁰⁹ Recuérdese que la STJUE 18 noviembre 2020, *Syndicat CFTC*, C-463/19, permite establecer un permiso adicional de maternidad por convenio colectivo a aquellas trabajadoras que críen ellas a sus hijos expirado el permiso legal (siempre que la medida estuviera relacionada con las consecuencias del embarazo y la maternidad, como protección biológica y psicológica de la mujer).

¹¹⁰ Se advierte por el Alto Tribunal que ello “implica un claro desincentivo para el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad, lo que a la postre perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos, lo que, en el supuesto que analizamos queda gravemente comprometido”.

¹¹¹ *DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-113/22.

¹¹² AS 2023\1246.

Y siguiendo la propia doctrina del TJCE¹¹³ para los supuestos en los que un Estado miembro no haya traspuesto correctamente la Directiva 79/7/CEE en la fecha de solicitud de la prestación de Seguridad Social sin que el TJUE hubiera dictado sentencia prejudicial abordando la conformidad o no de la norma interna con la directiva, menciona el TSJ de Galicia que debe hacerse hincapié en la penetración de la ulterior Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.21) a través de la citada Directiva, así como en la aplicación al supuesto enjuiciado, en atención a sus circunstancias, de los principios de interpretación conforme, cooperación leal y efecto útil.

50. También el TEDH, en S. de 11 de octubre de 2022 (*Beeler c. Suiza* [GC]), ha resuelto un caso en similar sentido por la retirada de una prestación social a un viudo que, tras el fallecimiento de su esposa, dejó de trabajar para ocuparse de sus hijos y percibía una pensión de viudedad, de conformidad con la legislación suiza, que finalizó cuando su hija menor alcanzó la mayoría de edad. Aún no tenía derecho a una pensión por jubilación y, dado que llevaba más de dieciséis años sin trabajar, alegó que no podía encontrar un empleo. El demandante inició sin éxito un procedimiento ante los tribunales suizos sosteniendo que la pérdida de su pensión de viudedad era discriminatoria, porque la ley pertinente no privaba a las viudas de su derecho a dicha pensión incluso después de que su hijo menor hubiera alcanzado la mayoría de edad. La Gran Sala concluyó que el Gobierno no había podido acreditar la existencia de motivos «muy sólidos» o «particularmente importantes y convincentes» para justificar la diferencia de trato al demandante únicamente por razón de sexo. El Tribunal ha aclarado, a efectos de la aplicabilidad del art. 14 del Convenio, los criterios que deben aplicarse para circunscribir lo que entra en el ámbito del art. 8 del Convenio, en su vertiente de «vida familiar», en el contexto específico de las prestaciones sociales. Cuando un Estado crea un derecho a una prestación social, yendo así más allá de las obligaciones que le impone el art. 8 del Convenio, no puede, en la aplicación de ese derecho, adoptar medidas discriminatorias en el sentido del art. 14 CEDH.

51. Cuando en estos casos hablamos de discriminación por razón de sexo, no se admite de manera pacífica por nuestra doctrina entender que pueda existir discriminación para el colectivo de varones, que no es considerado un colectivo históricamente segregado¹¹⁴. La discriminación por razón de sexo, se dice, es solamente femenina. Podríamos calificarlo de desigualación razonable o irrazonable, pero no de discriminación, que nunca es razonable. Más bien es un trato diferenciado con carácter peyorativo a hombres que termina redundando en una afectación negativa de la corresponsabilidad familiar que debe existir entre hombres lo que se podrá calificar de discriminación por razón de sexo¹¹⁵, en tanto en cuanto las medidas de conciliación y corresponsabilidad forman parte del acceso a la igualdad profesional (y también retributiva, al fin y al cabo) de las mujeres trabajadoras¹¹⁶. ¿Podría hablarse también de discriminación por asociación, por transferencia o refleja¹¹⁷? Posiblemente, en tanto en cuanto se estaría discriminando a la mujer como persona o grupo a través del trato desigual otorgado al hombre.

52. Finalmente, en trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, se ha reformado el art. 4.2.c ET para incluir el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo, “incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Se sigue hablando de discriminación por razón de sexo (y no de discriminación por conciliación o por

¹¹³ SSTJCE 27 octubre 1993, *Steenhorst-Neerings*, C-338/91; y 6 diciembre 1994, *Johnson*, C-410/92.

¹¹⁴ Ver el imprescindible artículo de J.R. MERCADER UGUINA, “¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate”, *Revista Labos*, Vol. 3 Núm. 2 (2022).

¹¹⁵ La STC 26/2011, 14 marzo ya apuntó esta idea al considerar discriminación masculina la basada en “circunstancias personales o familiares”.

¹¹⁶ Véase el caso de la citada STS 793/2020.

¹¹⁷ Concepto elaborado por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su S. 17 julio 2008, *S. Coleman contra Attridge Law*, C-303/06, y que ya ha sido aplicada desde entonces por nuestros tribunales en el ámbito social y recogida en la Ley 15/2022.

circunstancias familiares), creando este subtipo, ante la evidencia aún hoy de la mayor carga soportada históricamente por las mujeres en materia doméstica y en la consideración de que la vulneración de los derechos de conciliación (aún de hombres) a quien termina perjudicando principalmente es a la mujer.

53. De todos modos, de la misma manera que, en concordancia con los nuevos tiempos, se van incorporando nuevos motivos de discriminación que se detectan en la sociedad contemporánea (como el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, recogido en el art. 2.1 Ley 15/2022, o por las características genéticas, se dice en el art.21. CDFUE), nada impide que el logro de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, o incluso algunas de las medidas de acción positiva que se sigan adoptando en la consecución de dicho objetivo excediéndose de un sistema ponderado, puedan terminar dando lugar a situaciones en las que los hombres puedan ser verdaderamente objeto de discriminación directa. De hecho, el Derecho comunitario, en sus pronunciamientos, no excluye esta posibilidad.

54. Aunque probablemente la apreciación de una posible discriminación masculina, en estos momentos, esté bastante relacionada, como decíamos en párrafos anteriores, con la diferencia terminológica entre desigualdad y discriminación reconocida en el Derecho español, así como con las discrepancias en la concepción de dichos términos cuando son usados por los tribunales europeos o por los tribunales españoles¹¹⁸. Terminológicamente, para el Derecho comunitario, la igualdad es la ausencia de discriminación¹¹⁹. En el Derecho español, la discriminación *per se* exige un juicio de igualdad más estricto¹²⁰, en el que no se precisa un elemento de comparación, pues se encuentra prohibida en todo caso. Pero fuera de los motivos tasados, que cada vez se identifican más con el prejuicio y el perjuicio histórico hacia determinados colectivos (de ahí la relevancia que ha ido adquiriendo el concepto de discriminación indirecta), podríamos seguir hablando de trato desigual o de vulneración del principio de igualdad. Y recuérdese que la aplicación del principio de igualdad no es exigida a las empresas con la misma rigurosidad con la que se proscribe la discriminación, disponiendo aquellas de un margen más amplio en el marco de su autonomía privada y de su libertad de empresa cuando no efectúan diferencias de trato basadas en factores discriminatorios.

2. La discriminación por razón de enfermedad, más allá del concepto amplio de discapacidad y de la doctrina de los ajustes razonables

55. Aunque la enfermedad puede producir deficiencias que discapacitan al individuo, para la jurisprudencia europea, seguida por la española, la enfermedad no podía ser equiparable a la discapacidad, ni existía una conexión automática entre ambos conceptos, igualmente rechazada por el Tribunal Supremo de forma reiterada¹²¹; “salvo que a lo largo de la enfermedad se manifiesten limitaciones duraderas o

¹¹⁸ STJUE 3 septiembre 2014, X C-318/13 consideró discriminatorio el seguro de accidentes de trabajo con una prestación más alta para mujeres que para hombres, por la mayor esperanza de vida de aquellas, siendo una desigualdad de trato injustificada.

¹¹⁹ Así, por ejemplo, el art 2.1 de la Directiva 2000/78/CE prescribe que “se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”. Por su parte, el art. 9.1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), pone ejemplos de discriminación, comenzando con la afirmación siguiente: “Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se basen en el sexo”.

¹²⁰ La reciente STC 22/2024, 12 febrero insiste, en este sentido, en que “las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida «ex constitutione», que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden utilizarlas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad: no es suficiente con que las resoluciones judiciales estén motivadas y fundadas en derecho, sino que es preciso que sean coherentes con el derecho fundamental en juego”.

¹²¹ SSTs de 11 de diciembre de 2007 (RJ 2008\2884) y de 22 de enero de 2008 (RJ 2008\1621).

permanentes, que también puedan calificarse de discapacidad¹²². Este concepto amplio de discapacidad -la cual, a diferencia de la enfermedad, sí constituía un motivo de discriminación *per se*- ha sido aplicado exitosamente por nuestros tribunales, principalmente a la hora de calificar la nulidad de los despidos por una enfermedad de estas características¹²³.

56. Pero, aún en estos casos, ello no obligaba necesariamente a la continuación de la relación laboral; pues, ante la discapacidad del trabajador, para la empresa solo hay obligación de realizar ajustes razonables si estos no constituyen una carga excesiva para el empleador (art. 5 Directiva 2000/78); lo que se erige como criterio de razonabilidad, correspondiendo al juez nacional apreciarlo¹²⁴. Particularmente en casos de discapacidad, para la jurisprudencia europea¹²⁵, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida; y, según se ha fallado recientemente, una normativa nacional, como la nuestra (art.49.1 e) ET), no puede ir en contra del art. 5 Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador constitutiva de incapacidad permanente para la Seguridad Social en una causa automática de extinción del contrato¹²⁶ sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva¹²⁷. De este modo, se revoluciona nuevamente otro tradicional elemento de nuestra normativa laboral, asentado durante décadas, por mor de una resolución europea que nos obliga a una inédita interpretación del precepto mencionado, con múltiples efectos jurídicos aún por esclarecer y que están siendo objeto de un incipiente debate¹²⁸, a la espera quizás de una próxima reforma normativa.

57. Recuérdesse también que la STJUE 18 Enero 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/2016, consideró que la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad establecida en el art. 2.2 de la Directiva 2000/78/CE se oponía a nuestra normativa nacional, pues esta permitía al empresario despedir a un trabajador por faltas de asistencia, justificadas pero intermitentes, relacionadas con enfermedades atribuibles a su discapacidad reconocida, encargando al órgano judicial remitente valorar si la normativa no iba más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de combatir el absentismo. Todo ello terminó tiempo después con la derogación del propio art.52 d) ET, que recogía el despido por absentismo en general, sea cual fuera la justificación de la falta al trabajo¹²⁹. Se demuestra nuevamente así cómo la aplicación de la doctrina de los derechos fundamentales -el principio de igualdad y no discriminación, en este caso, con su *vis expansiva*-, según va siendo descifrada gradualmente por las instituciones europeas (cuestiones prejudiciales mediante), está marcando el ritmo de buena parte de las reformas importantes que se producen en nuestro país; sin que, sin embargo, y esto es lo más relevante quizás, exista una resistencia de fondo a dichas renovaciones, pues se compadecen absolutamente con la percepción que, atendiendo al conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, podríamos tener al respecto y con las interpretaciones que podríamos haber hecho *motu proprio*¹³⁰.

¹²² STJCE 11 julio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05.

¹²³ Entre otras, la STS 387/2020, 22 mayo (RJ 2020/2065).

¹²⁴ STJCE 11 abril 2013, *Caso HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11.

¹²⁵ STJUE 10 febrero 2022, *HR Rail*, C-485/20.

¹²⁶ La STJUE habla concretamente de *despido*, al no concurrir voluntad del trabajador; aunque tampoco del empresario, podría decirse.

¹²⁷ STJUE 18 enero 2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22.

¹²⁸ I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “La extinción del contrato por declaración de incapacidad permanente total no puede ser automática”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 19 enero 2024. <https://ignasibeltran.com/2024/01/19/la-extincion-del-contrato-por-declaracion-de-incapacidad-permanente-total-no-puede-ser-automatica-stjue-18-1-23/>

¹²⁹ Por Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, BOE-A-2020-2381, y posteriormente por Ley 1/2020, de 15 de julio, BOE-A-2020-7937.

¹³⁰ Así, en opinión de J. GUTIÉRREZ COLOMINAS, “La discriminación por razón de discapacidad en la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la situación de incapacidad permanente (art. 49.1.e TRLET). Reflexiones a propósito de la STJUE de 18/01/2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 112/2024 (digital), “la existencia de estos dos pronun-

58. Ha de repararse también en que, para el Tribunal Constitucional español¹³¹, el estado de salud del trabajador -o, más propiamente, su enfermedad- podía constituir por sí mismo un factor de discriminación encuadrable en la cláusula genérica del art.14 CE -referida a otras circunstancias o condiciones personales o sociales- solo cuando el factor enfermedad fuera tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de una determinada enfermedad socialmente estigmatizada. Esta inclusión no era contemplada en el mismo sentido por el TSJCE en el asunto Chacón Navas, cit., que consideraba que tanto el Tratado como la Directiva aplicable contenían una lista cerrada y exhaustiva de circunstancias o causas de discriminación que no puede ampliarse por analogía a otros motivos distintos, como la enfermedad. Tampoco lo ha recogido el art. 21.1 CDFUE. Pero ha de añadirse que también el TEDH terminó considerando que, salvo que existieran razones de salud preventiva que lo justificaran, el despido de un trabajador portador del VIH/SIDA no tendría ninguna justificación objetiva y razonable que fuera proporcional al sacrificio realizado por el trabajador despedido, incurriendo en clara discriminación por razón de enfermedad¹³².

59. La inclinación por empezar a reconocer que la concurrencia del factor enfermedad podría ser un indicio de situación discriminatoria ante el tratamiento desfavorable que injustamente podrían estar sufriendo los trabajadores enfermos o de baja por enfermedad, sin una protección apropiada ante una virtual vulneración de sus derechos fundamentales -pues no era suficiente para apreciar discriminación una decisión que les perjudicara sin más motivación que su enfermedad-, estaba abriendo la veda de lo que estaría por llegar. La doctrina de suplicación de los tribunales españoles comenzó a buscar fórmulas de nulidad ante despidos por enfermedad basados en justificaciones eminentemente económico-organizativas, amparándose en argumentos como la cosificación del trabajador y la vulneración de la dignidad en relación con la no discriminación¹³³. A esto hay que añadir que el art. 6.1 del Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece que “*la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo*”; y, aunque en su apartado segundo haga referencia a la posibilidad de establecer limitaciones, esto no hace olvidar que la injusticia de una causa así para el trabajador debe compensarse al menos con una verdadera necesidad de la empresa de que existan dichas limitaciones¹³⁴ -como que se demuestren graves perjuicios-.

60. Como conclusión de todo ello, el art. 2.1 de la Ley 15/2022 española terminó incluyendo, entre otras novedades, a la enfermedad o condición de salud como factor de discriminación, adelantándose esta vez al marco europeo; pues, a partir de este momento, los despidos por enfermedad en los que no se acrediten una causa objetiva y razonable suficiente -y detalladamente reflejada en las cartas de despido- podrán ser declarados nulos en aplicación del art. 55.5 ET y art. 26 de esta ley, no admitiéndose su improcedencia. Esta reforma ha revolucionado el espectro laboral, particularmente en materia de despidos de trabajadores en incapacidad temporal, cuando la enfermedad pueda identificarse con el motivo de la extinción acometida¹³⁵. Debe destacarse, sin embargo, que el art.24.3 f) del Anexo de la Carta Social Europea (revisada) -ratificada por España, recuérdese, en 2021- ya determina que no se considerará motivo válido para el despido “*la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión*”.

ciamientos pone de relieve un defecto no menor, a saber, la incorrecta adaptación de la Convención Internacional de las Personas con discapacidad al ordenamiento jurídico español”.

¹³¹ STC 62/2008, 26 mayo.

¹³² Ver STEDH 3 octubre 2013 (Caso I.B. contra Grecia).

¹³³ STSJ Canarias 9/2011, de 25 de enero (AS 2011\216) y STSJ Galicia de 28 de marzo de 2019 (AS 2019\1551).

¹³⁴ Como señala A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, n. 99/2009, p.291, “La posibilidad del despido por enfermedad –prohibido como regla general por el Convenio 158 OIT - varía significativamente de unos países a otros”.

¹³⁵ En el entendimiento de que la situación de incapacidad temporal en el momento del despido no conlleva, sin más y de forma automática, la declaración de nulidad; por ejemplo, si la empresa desconocía el diagnóstico del proceso de incapacidad temporal, así como de la tramitación del expediente de incapacidad permanente (STSJ Asturias, 157/2024 de 6 febrero, JUR 2024\81804).

La exención de responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico por infracciones de la propiedad industrial*

The liability exemption of e-commerce marketplaces for industrial property infringements

ÁNGEL GARCÍA VIDAL

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Santiago de Compostela

ORCID ID: 0000-0002-0349-3088

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 21.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8938

Resumen: El presente trabajo examina la exención de responsabilidad en la que pueden ampararse los titulares de plataformas de comercio por los productos que comercializan en ella terceras personas. A tal efecto, se estudia el régimen inicialmente establecido en la Directiva de comercio electrónico y su interpretación por el Tribunal de Justicia, para posteriormente exponer el proceso de intensificación de la responsabilidad de las plataformas, que ha encontrado su última manifestación en el reciente Reglamento de Servicios Digitales (Digital Services Act).

Palabras clave: comercio electrónico, propiedad industrial, Reglamento de Servicios Digitales.

Abstract: This work focuses on liability exemption of electronic commerce platforms when third parties sell in them products that infringe industrial property rights. First, the regime initially established in the Directive on electronic commerce and its interpretation by the Court of Justice are studied, to subsequently expose the process of intensification of the responsibility of platforms, which has found its latest manifestation in the recent Digital Services Act

Keywords: electronic commerce, industrial property, Digital Services Act.

Sumario: I. Preliminar. II. El punto de partida: los puertos seguros de la directiva de comercio electrónico. 1. Las plataformas de comercio electrónico y el servicio de alojamiento de datos. 2. La neutralidad del operador del mercado electrónico y la imposibilidad de aplicar la exención en caso de adopción de un papel activo. A) La extensión a las plataformas del principio de actuación neutra o pasiva. B) La determinación de la existencia de un papel activo o pasivo por parte del operador de la plataforma. a) El servicio de optimización de la presentación de las ofertas de venta o la promoción de tales ofertas. b) El servicio de almacenamiento y envío de los productos comercializados en la plataforma. 3. El conocimiento de la infracción por parte del operador de la plataforma. III. la evolución hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea: el Reglamento de Servicios Digitales. 1. El fomento de la autorregulación y el régimen especial de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. 2. El Reglamento de Servicios Digitales. A) Consideraciones generales y ámbito de aplicación. B) El nuevo régimen jurídico de los puertos seguros.

*Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación (MCI)/Agencia Estatal de Investigación (AEI)/10.13039/501100011033, del cual es investigador principal el autor.

Este trabajo se ofrece como modesto homenaje al Prof. Dr. Alfonso Luis CALVO CARAVACA, insigne jurista y maestro internacionalmente reconocido, cuyas aportaciones doctrinales son una referencia para todos los iusprivatistas.

I. Preliminar

1. El comercio de productos infractores de derechos de propiedad industrial es un problema de primer orden al que el legislador y los tribunales llevan años intentando poner coto. Y en ese contexto, el auge exponencial del comercio electrónico al que se ha asistido en las últimas dos décadas ha incrementado de igual manera las lesiones de dichos derechos. Como ha destacado la OECD, Internet ha proporcionado a los infractores un nuevo y muy potente medio para la comercialización sus productos¹. Baste recordar, por ejemplo, que en el período 2017-2019 más del 50% de los productos infractores de propiedad industrial importados a la Unión Europea habían sido objeto de transacciones electrónicas².

2. La comercialización en línea de los productos infractores de la propiedad industrial tiene lugar en gran medida en plataformas de comercio electrónico (o *marketplaces*).

3. Cuando el titular de la plataforma de comercio electrónico es el único que comercializa productos en ella, no cabe duda de que si vende o comercializa productos infractores estaría cometiendo un acto lesivo de la propiedad industrial. No se olvide, a este respecto, que las distintas normas reguladoras de estos derechos configuran expresamente como acto infractor la comercialización, sin consentimiento, de productos incorporando el bien inmaterial protegido por el derecho de propiedad industrial³.

4. No obstante, surgen más dudas cuando el titular de la plataforma no comercializa directamente los productos, siendo el *marketplace* un mero instrumento para que lo hagan terceras personas, previo acuerdo con el gestor de la plataforma. En estos casos los titulares de derechos de propiedad industrial han dirigido sus reclamaciones hacia los gestores de las plataformas, porque consideran que su papel central en el proceso de comercialización les puede hacer corresponsables de la infracción y, en todo caso, les permite adoptar medidas para evitar este tipo de conductas⁴. Sin embargo, los titulares de las plataformas pretenden su exoneración, alegando su condición de meros intermediarios que no participan directamente en los actos infractores.

5. Este es el contexto de intereses contrapuestos en el que ha intervenido el legislador europeo y, si bien se establece una exención de responsabilidad por parte de los prestadores de servicios de intermediación, se aprecia una paulatina intensificación de los controles y la responsabilidad que deben asumir los titulares de las plataformas, cuya más reciente manifestación es el vigente Reglamento (UE) 2022/2065 de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales [Reglamento de Servicios Digitales o *Digital Services Act (DSA)*]. El análisis de esta normativa (*infra* III) requiere el examen de la previa regulación de la DCE y de su interpretación por el Tribunal de Justicia (TJ) (*infra* II), porque explican su origen y los criterios que deben seguirse en su aplicación.

II. El punto de partida. Los puertos seguros de la directiva sobre comercio electrónico

6. Para fomentar el comercio electrónico, la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (DCE)⁵ estableció en su día una serie de exenciones de responsabilidad de determinados prestadores de servicios intermediarios (conocidas como *safe harbours* o puertos seguros).

¹ OECD, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, Paris, 2008, p. 82.

² OECD/EUIPO, *Misuse of E-Commerce for Trade in Counterfeits, Illicit Trade*, Paris, 2021, p. 74.

³ Tal sucede, entre otras disposiciones, en el Reglamento (UE) 2017/1001 sobre la marca de la UE (art. 9.3), en el Reglamento (CE) 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios (art. 19) o en la Ley 24/2015, de Patentes (art. 59).

⁴ A. OHLY, «The liability of intermediaries for trade mark infringement», en G.B. DINWOODIE-M.D. JANIS (ed.) *Research Handbook on Trademark Law Reform*, Edward Elgar, 2021, p. 398.

⁵ «DOUE» L 178,17 julio 2000, p. 1 ss.

1. Las plataformas de comercio electrónico y el servicio de alojamiento de datos

7. Los referidos puertos seguros se fijaron en la DCE en relación con los intermediarios que prestan servicios de mera transmisión, que realizan copias en la memoria tampón o que prestan servicios de alojamiento de datos, sin hacer referencia a los titulares de plataformas de comercio electrónico.

8. No obstante, el TJ, en su Sentencia de 11 de julio de 2011, *L'Oreal-eBay*⁶, declaró que los gestores de mercados electrónicos son un tipo de intermediario dedicado al almacenamiento de datos facilitados por sus clientes (los datos de sus ofertas de venta), percibiendo a cambio una remuneración, normalmente consistente en un porcentaje de las operaciones realizadas. En consecuencia, el TJ declaró que a los operadores de mercados electrónicos les resultaba de aplicación el puerto seguro del art. 14 DCE, que exoneraba al prestador de servicios de alojamiento de datos de los contenidos ilícitos alojados cuando no tuviese conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tuviese conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revelase su carácter ilícito, o de que, en cuanto tuviese conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actuase con prontitud para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

9. Por lo tanto, la aplicación del puerto seguro de la DCE requería del titular de la plataforma su actuación imparcial y la falta de conocimiento de la ilicitud de los productos comercializados. Y ambas exigencias o requisitos han sido analizados por el TJ, cuya jurisprudencia ha sido tenida en cuenta en el posterior proceso de reforma legislativa.

2. La neutralidad del operador del mercado electrónico como elemento determinante para la aplicación del puerto seguro

A) La extensión a las plataformas del principio de actuación neutra o pasiva

10. La vinculación entre la exención de responsabilidad y el carácter pasivo del prestador del servicio de alojamiento de datos ajenos fue puesta de manifiesto por el TJ inicialmente a propósito de la responsabilidad de los servicios de referenciación en Internet o buscadores (en la Sentencia de 23 de marzo de 2010, *Google France*)⁷. De este modo, se extendió a los motores de búsqueda la regla prevista para los servicios de *routing* y *caching* en el considerando 42 de la DCE⁸. Y, sobre esa base, el TJ reiteró tal interpretación al hilo de los gestores de plataformas de comercio electrónico en su Sentencia de 12 de julio de 2011, *L'Oreal-eBay*⁹, declarando que la exención «se aplica al operador de un mercado electrónico cuando éste no desempeñe un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados». En consecuencia, se entiende que el papel activo de la plataforma se va a traducir, bien en conocimiento, bien en control de los datos, control o conocimiento que son los elementos determinantes en la DCE para que no opere la exención.

⁶ C324/09, EU:C:2011:474, apds.107 ss.

⁷ C236/08 a C238/08, EU:C:2010:159, apd. 120. Sobre esta sentencia: F. CARBAJO CASCÓN, «El caso Google AdWords», *Rcd*, N.º 7, 2010, pp. 321 ss; y L. A. MARCO ARCALÁ, «La infracción del derecho de marca mediante palabras clave en los motores de búsqueda en Internet en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Actas de Derecho Industrial (ADI)* 30, 2009-2010, p. 663 ss.

⁸ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, «Las plataformas digitales ante la distribución de mercancías y el suministro de contenidos digitales ilícitos», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (Rcd)*, N.º 30, 2022, LA LEY 6035/2022 y S. KULK, *Internet Intermediaries and Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2019, p. 114 ss.

⁹ C-324/09, EU:C:2011:474, apd. 6 de la parte declarativa. Para un comentario de la sentencia: F. CARBAJO CASCÓN, «Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico», *Rcd*, N.º 10, 2012, p. 161 ss.

B) La determinación de la existencia de un papel activo o pasivo por parte del operador de la plataforma

11. La apreciación de la adopción de un papel activo por parte del operador del *marketplace* debe ser analizada en cada hipótesis a la luz de las circunstancias concurrentes. Pero, en todo caso, el TJ indica que «el mero hecho de que el operador de un mercado electrónico almacene en su servidor ofertas de venta, determine las condiciones de su servicio, sea remunerado por el mismo y dé información general a sus clientes no puede implicar que se le excluya de las exenciones de responsabilidad previstas por la Directiva 2000/31» (Sentencia *L'Oreal-eBay*¹⁰).

12. Desde luego, existe tal papel activo si el destinatario del servicio de alojamiento de datos (es decir, el tercero que usa la plataforma para comercializar sus productos) actúa bajo la autoridad o control del prestador del servicio. De hecho, así se recogía ya en el art. 14.2 de la DCE y ahora se reitera en el art. 6.2 de la DSA). Esta previsión ha generado discusión cuando el prestador del servicio controla, no al destinatario del servicio, sino la información que este aloja, debatiéndose si tal hipótesis encaja o no en la referida previsión normativa¹¹. No obstante, en mi opinión tal debate ha quedado zanjado por el TJ al declarar que la exención «se aplica al operador de un mercado electrónico cuando éste no desempeñe un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados» (Sentencia *L'Oreal-eBay*¹²).

a) El servicio de optimización de la presentación de las ofertas de venta o la promoción de tales ofertas

13. El Tribunal de Justicia ha considerado que el titular de una plataforma de comercio electrónico desarrolla un papel activo cuando «presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas». En tales situaciones «cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas. De este modo y por lo que se refiere a esos datos, tal operador no puede acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el artículo 14 de la Directiva 2000/31»¹³.

14. La aplicación de este criterio por parte de los tribunales nacionales de los Estados miembros no siempre ha sido uniforme¹⁴. Así, por ejemplo, la *Ordonnance* n. 2017/59485 del *Tribunal de grande instance* de París de 21 de noviembre de 2017¹⁵, consideró que existía un papel activo del operador de la plataforma, en la medida en que jerarquizaba las ofertas y permitía a algunos vendedores darles una mayor visibilización. Además, también valoró como una muestra del control y papel activo del responsable de la plataforma, la existencia de una política de protección de los derechos de propiedad industrial en virtud de la cual se reservaba la facultad de retirar productos infractores de derechos ajenos. A su vez,

¹⁰ Apd. 115. De manera paralela, sentencias 23 marzo 2010, *Google France y Google*, C236/08 a C238/08, EU:C:2010:159, apdo. 57, y 15 diciembre 2011, *Frisdranken*, C119/10, EU:C:2011:837, apd. 29: «crear las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse un signo y recibir una remuneración por este servicio no significa que el propio prestador del servicio haga uso del signo».

¹¹ En contra: *Recommendation CM/Rec (2018) the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, apdos. 1.3.3, E. ARROYO AMAYUELAS, «La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿puertos seguros a prueba de futuro?», *CDT*, Vol. 12, n.1 (2020), pp. 820-821. A favor: I. ANTÓN JUÁREZ, «Infracción de un derecho de marca en plataformas de ecommerce: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad», *CDT* Vol. 12 n. 2 (2020), p. 68.

¹² C-324/09, EU:C:2011:474, apd. 6 de la parte declarativa. Para un comentario de la sentencia: F. CARBAJO CASCÓN, «Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico», *Rcd*, N.º 10, 2012, p. 161 ss.

¹³ STJ de 12 de julio de 2011, *L'Oreal-eBay*, C-324/09, EU:C:2011:474, apd. 116.

¹⁴ Para una exposición más detenida: C. ULLRICH, *Unlawful Content Online*, Baden-Baden, Nomos, 2021, pp. 170 ss.

¹⁵ <https://justice.pappers.fr/decision/576243174731030fd34caede0612aae2>

la sentencia del *Landgericht* de Berlín de 26 de enero de 2016 (16 O 103/14)¹⁶ entendió que el operador del *marketplace* intervenía activamente porque usaba un algoritmo que seleccionaba determinadas imágenes de los productos ofrecidos por terceros. En cambio, la Sentencia del *Landgericht* de Stuttgart de 5 de junio de 2018 (17 O 928/13)¹⁷ considera que no existe papel activo del operador del *marketplace* por el mero hecho de ofrecer distintas versiones lingüísticas de las páginas con los detalles de los productos comercializados, así como un programa de protección del comprador.

15. Por su parte, en la doctrina se han indicado como elementos que pueden implicar la participación activa del operador de la plataforma en la optimización de la presentación de las ofertas de venta de terceros, el servicio de priorización publicitaria (de tal modo que las ofertas de quienes lo contratan aparecen en los primeros puestos de las búsquedas que se hacen en la plataforma), la inclusión de un producto ajeno como producto recomendado por la plataforma, o la implementación de mecanismos de clasificación de productos según la valoración de los clientes y la utilización de los resultados para la presentación de los productos¹⁸.

b) El servicio de almacenamiento y envío de los productos comercializados en la plataforma

16. Una de las cuestiones conflictivas en relación con el papel neutral o activo de los operadores de las plataformas es determinar si constituye un papel activo la prestación del servicio de almacenamiento y envío de productos por estos operadores (directamente o por medio de empresas de su grupo) a los terceros que usan la plataforma para comercializar sus productos. El debate generado a este propósito ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia. En ellos el tribunal no se ha centrado tanto en determinar si hay o no un papel activo de la plataforma, y por lo tanto en establecer si es aplicable o no el puerto seguro, cuanto en establecer si la prestación de los servicios de almacenamiento y envío de los productos puede hacer que se considere los productos son, en realidad, comercializados por la plataforma y, en consecuencia, si esta es responsable por las vulneraciones de derechos de propiedad industrial (y más en concreto por las infracciones de marca).

17. El primer asunto en el que se planteó esta cuestión al TJ fue el resuelto por la Sentencia de 2 de abril del 2020, *Coty*¹⁹, en el que se le pidió al Tribunal que determinara si una plataforma de comercio electrónico que almacena productos de los vendedores encaja en la disposición del Reglamento (UE) 2017/1001 sobre la marca de la Unión Europea [art. 9.3.b)], según la cual el titular de una marca puede prohibir ofrecer productos infractores de marca, comercializarlos o almacenarlo con dichos fines.

18. El Abogado General en sus conclusiones²⁰ propuso al TJ que declarase que una persona no almacena para un tercero (vendedor) productos que infringen un derecho de marca con el fin de ofrecerlos o comercializarlos, cuando, sin tener conocimiento de dicha infracción, no es ella misma, sino solo el tercero, el que pretende ofrecer o comercializar los productos. Pero «si esa persona se involucra activamente en la distribución de dichos productos en el marco de un programa con las características del denominado “Logística de Amazon”, al que se acoge el vendedor, puede entenderse que almacena esos productos con el fin de ofrecerlos o comercializarlos»²¹.

19. No obstante, el TJ no siguió este planteamiento y en el fallo de su Sentencia declara que «una persona que tiene en depósito por cuenta de un tercero productos que infringen un derecho de marca, sin

¹⁶ *Multimedia und Recht* 2016, 624.

¹⁷ *GRUR-RS* 2018, 20582.

¹⁸ G. MINERO ALEJANDRE, «¿Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace?», *Revista CESCO*, N.º37/2021, p. 39.

¹⁹ C-567/18, EU:C:2020:267.

²⁰ EU:C:2019:1031.

²¹ Parte final de las conclusiones.

tener conocimiento de esta infracción, no almacena estos productos con el fin de ofrecerlos o comercializarlos (...) cuando no persigue ella misma estos fines». Esta lectura más restrictiva del TJ se justifica porque la cuestión prejudicial que se le formuló se refería únicamente a casos en que el operador no tiene conocimiento de que los productos infringen el derecho de marca y, además, no es el operador sino el tercero el que pretende ofrecer o comercializar los productos. Y aunque el Abogado General tiene en cuenta también los supuestos en que el operador principal de la plataforma y el prestador de servicios de almacenamiento de las mercancías se involucran activamente en la comercialización, el TJ se ciñe estrictamente a los presupuestos presentados por el tribunal alemán remitente y no entra a analizar si la implicación activa de los operadores de la plataforma implica actividad propia de comercialización y en qué casos.

20. El problema del almacenamiento y envío de los productos por parte del operador de la plataforma de comercio electrónico volvió a plantearse al Tribunal de Justicia en el asunto resuelto por su Sentencia de la Gran Sala de 22 de diciembre de 2022, *Christian Louboutin- Amazon*²².

21. Lo que se le pregunta al TJ en este asunto es si una plataforma de comercio electrónico en la que un tercero vende productos infractores de marca, realiza un uso de dichas marcas, cuando los anuncios de los terceros que incluyen la marca ajena se publican de manera uniforme y simultánea a las propias ofertas de la plataforma, sin distinguirlas en función de su procedencia, incluyendo la plataforma en estos anuncios su propio logotipo de distribuidor de renombre y, además, cuando la plataforma ofrece a los terceros vendedores servicios complementarios de almacenamiento y envío de los productos puestos en venta en su plataforma, informando a los potenciales adquirentes de que se encargará de tales actividades.

22. Pues bien, así como en el anterior caso el Abogado General adoptó una interpretación amplia favorable a la responsabilidad de la plataforma y el Tribunal de Justicia siguió una tesis más restrictiva, en este nuevo asunto sucede exactamente lo contrario. En efecto, en sus Conclusiones²³ el Abogado General consideró que debía aplicarse la doctrina de la Sentencia de 2 de abril del 2020, *Coty*. No obstante, el TJ declaró que puede considerarse que el operador de un sitio de Internet de venta en línea que integra, además de sus propias ofertas de venta, un mercado electrónico utiliza él mismo un signo idéntico a una marca de la Unión ajena, para productos idénticos a aquellos para los que está registrada la marca, cuando terceros vendedores ofrecen para su venta en dicho mercado, sin el consentimiento del titular de la marca, tales productos provistos de ese signo, si un usuario normalmente informado y razonablemente atento de ese sitio establece un vínculo entre los servicios de ese operador y el signo en cuestión.

23. Según el TJ, esto ocurre, «en particular, cuando, habida cuenta de todos los elementos que caracterizan la situación, ese usuario podría tener la impresión de que es ese operador quien comercializa, él mismo, en su propio nombre y por cuenta propia, los productos provistos de ese signo»²⁴. Y es pertinente a este respecto que dicho operador: a) utilice un modo de presentación uniforme de las ofertas publicadas en su sitio de Internet, mostrando al mismo tiempo los anuncios de los productos que vende en su nombre y por cuenta propia y los de los productos ofrecidos por terceros vendedores en dicho mercado; b) incluya su propio logotipo de distribuidor de renombre en todos esos anuncios y c) ofrezca a los terceros vendedores, en el marco de la comercialización de los productos provistos del signo en cuestión, servicios complementarios consistentes, en particular, en el almacenamiento y el envío de dichos productos.

²² C148/21 y C184/21, EU:C:2022:1016. Para un comentario y juicio crítico positivo sobre la sentencia: I. ANTÓN JUÁREZ, «Amazon. ¿Un litigio más sobre la responsabilidad de las plataformas digitales en el uso de una marca?», *CDT* 2023, Vol. 15, n. 2, pp.1016-1027.

²³ EU:C:2022:422.

²⁴ Apd. 54.

24. De este modo, aunque es verdad que el TJ deja en manos de los tribunales nacionales la determinación de la existencia o no de un acto de infracción por parte del operador de la plataforma, no es menos cierto que el Tribunal admite que el ofrecimiento de servicios complementarios como el almacenamiento y envío de los productos, sin ser determinante por sí solo, sí es un elemento que puede tenerse en cuenta.

25. Por lo demás, aunque la interpretación del TJ se sienta en relación con un caso de marcas, es perfectamente aplicable a supuestos en que se produce la infracción de otros derechos de propiedad industrial²⁵.

3. El conocimiento de la infracción por parte del operador de la plataforma

26. La aplicación del puerto seguro de la DCE no solo se basa en la necesidad de que el intermediario adopte un papel pasivo o neutral. Es necesario además que no tenga conocimiento de que los productos que se comercializan en la plataforma sean ilícitos (en nuestro caso, infractores de derechos de propiedad industrial). Como ha declarado el TJ²⁶, «el prestador de tal servicio no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a menos que, tras llegar a su conocimiento, gracias a la información recibida de un perjudicado o de otro modo, la ilicitud de estos datos o de las actividades del destinatario, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible». En consecuencia, aplicando estos principios a los operadores de mercados electrónicos -como ha hecho el TJ en la posterior Sentencia de 12 de julio de 2011, *L'Oreal-eBay*-, aunque el operador del mercado electrónico haya tenido un papel neutral, no será de aplicación la exención de responsabilidad «cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud»²⁷.

27. El conocimiento por parte del operador del *marketplace* del carácter ilícito de la información alojada puede adquirirse de cualquier modo, lo que engloba «tanto la hipótesis de que el operador de un mercado electrónico descubra la existencia de una actividad o información ilícitas como consecuencia de una investigación realizada por su propia iniciativa como la hipótesis de que le sea notificada la existencia de este tipo de actividad o información»²⁸.

28. En todo caso, en relación con las investigaciones realizadas por propia iniciativa del operador del *marketplace* debe tenerse en cuenta que la DCE -al igual que hace ahora la DSA- prohibía a los Estados miembros imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos transmitidos o almacenados, así como una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (art 15 DCE). Y a propósito de las notificaciones de terceros en la DCE el TJ aclaró que el mero hecho de recibir una notificación no debe dar lugar, de modo automático a la no aplicación del puerto seguro, porque la notificación «puede resultar excesivamente imprecisa o no encontrarse suficientemente fundamentada». Por eso, las notificaciones han de ser valoradas por los tribunales nacionales «para apreciar, habida cuenta de la información que se ha comunicado de este modo al operador, si éste tenía realmente conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar ese carácter ilícito»²⁹.

²⁵ Es muy significativa, por ejemplo, la sentencia del *Landgericht Düsseldorf* de 22.8.2023 (14C O 67/23, DE:LGD:2023:0822.14C.O67.23.00) en la que se hizo responsable a la plataforma Amazon por la comercialización en ella por parte de tercero de unas lámparas que incorporaban un diseño industrial que se entendió lesivo de un derecho previo.

²⁶ Sentencia de 23 de marzo de 2010, *Google France*, C-236/08, apd. 109.

²⁷ Apd. 124.

²⁸ STJ 12 julio 2011, *L'Oreal-eBay*, apd. 122.

²⁹ STJ 12 julio 2011, *L'Oreal-eBay*, apd. 122.

III. La evolución hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea: el reglamento de servicios digitales

1. El fomento de la autorregulación y el régimen especial de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea

29. La Unión Europea ha insistido en los últimos años en el fomento de una implicación cada vez mayor de los intermediarios en la lucha contra el comercio de productos ilícitos.

30. Este fenómeno se ha materializado, en primer lugar, en el fomento de la autorregulación, de modo que los operadores de las plataformas asuman voluntariamente mayores obligaciones de control y monitorización. Destaca a este respecto el *Memorandum of Understanding on the sale of counterfeit goods*, cuya versión actual es de 2016, memorando impulsado por la Comisión Europea.

31. Además de este fomento de la autorregulación, la tendencia hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea se ha ido apreciando en diferentes comunicaciones³⁰ y recomendaciones de la UE³¹ y ha acabado dando lugar a dos importantes reformas legislativas, la primera de ámbito sectorial y referida únicamente a la propiedad intelectual, y la segunda, de ámbito general, aplicable ya a los derechos de propiedad industrial.

32. En efecto, la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital ha creado un nuevo tipo de prestadores de servicios de la sociedad de la información, los denominados «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea», a los que ha excluido del puerto seguro por los contenidos ajenos alojados (previsto inicialmente en la DCE y ahora en la *DSA*) en relación con los actos de comunicación o de puesta a disposición del público de obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios. Por el contrario, estos prestadores solo podrán ampararse en un nuevo puerto seguro, mucho más débil, introducido por la propia Directiva (UE) 2019/790 (art. 17.4) según el cual, no responderán por dichos actos cuando: a) hayan hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, b) hayan hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) hayan actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y hayan hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro. Se pone de manifiesto, así, la mayor responsabilidad que asumen este tipo de operadores, sin que proceda en este momento un estudio más detenido de este régimen³², toda vez que no se aplica a los operadores de mercados electrónicos, que no son considerados «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea», como expresamente dispone el art. 2.6 de la Directiva (UE) 2019/790.

³⁰ Es el caso de la Comunicaciones de la Comisión «Un sistema equilibrado de garantía de cumplimiento en materia de propiedad intelectual en respuesta a los retos sociales actuales» 29.11.2017 [COM(2017) 707 final]; «Las plataformas en línea y el mercado único digital», 25.5.2016 [COM (2016) 288], «Un mercado único digital conectado para todos», 10.5.2017 [COM (2017) 228] y «Lucha contra el contenido ilícito en línea Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea» [COM/2017/0555 final, 28.9.2017].

³¹ Recomendación sobre las medidas destinadas a luchar, de manera eficaz, contra los contenidos ilícitos en línea, 1.3.2018 [C(2018) 1177 final].

³² Para un análisis de esta normativa: M. PEGUERA POCH, «La exoneración de responsabilidad por infracción directa en la Directiva de Derechos de autor en el mercado único digital», *ADI*, 39, 2018-2019, pp. 229-249.

2. El Reglamento de Servicios Digitales

A) Consideraciones generales y ámbito de aplicación

33. Frente al carácter sectorial de la Directiva (UE) 2019/790, la normativa del Reglamento de Servicios Digitales o *DSA*), tiene carácter general, aplicándose también a los operadores de mercados en línea y refiriéndose a todo tipo de responsabilidad (y, por lo tanto, también a la derivada de la infracción de derechos de propiedad industrial)³³.

34. La *DSA* establece una regulación en distintas capas. Así, junto a una serie de obligaciones para todos los prestadores de servicios intermediarios, sienta otras obligaciones específicas para los prestadores de servicios de alojamiento de datos, y otras aún más concretas para los prestadores de plataforma en línea. Y, finalmente, presta especial atención a las plataformas y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño.

35. Por lo tanto, la *DSA* se ocupa de manera muy destacada de las plataformas en línea, lo que supone una importante diferencia con la *DCE*, donde no se hace mención expresa a ellas. Y dentro del concepto de plataformas en línea encajan las de comercio electrónico, toda vez que dicho concepto se define (art. 3.i) como «un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento». Y, como se reconoce en el considerando 13, esta definición engloba, entre otras plataformas, «las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes».

36. La *DSA* sigue el criterio del lugar de destino en vez del lugar de origen, de modo que se aplica solo a las plataformas -y demás servicios de intermediación- que presten servicios a destinatarios que tengan su lugar de establecimiento o estén situados en la Unión, con independencia de cuál sea el lugar de establecimiento de los prestadores de dichos servicios intermediarios (art. 2.1).

B) El nuevo régimen jurídico de los puertos seguros

37. Una de las grandes novedades de la *DSA* es el establecimiento de un marco para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, recogido en el capítulo segundo, que viene a sustituir a los preceptos sobre la materia contenidos en la *DCE* (así como a las normativas nacionales que los incorporaban). Con todo, esta nueva regulación de la *DSA* toma como base la de la *DCE*, incorporando expresamente a la normativa algunos de los desarrollos e interpretaciones realizados por el TJ.

38. La exoneración de responsabilidad de los prestadores del servicio de alojamiento de datos (aplicable a las plataformas en línea) se contiene en el artículo 6 *DSA*, cuyo contenido es muy similar al del art. 14 *DCE*, de modo que también se fija el conocimiento y el control por parte del prestador como elementos clave de los que depende la aplicación o no de la exención. Y en ese mismo sentido, la *DSA* se hace eco de la jurisprudencia del TJ sobre el necesario papel neutral del intermediario, al afirmar en el considerando 19 que «las exenciones de responsabilidad establecidas en el presente Reglamento no deben aplicarse cuando, en lugar de limitarse a la prestación neutra de los servicios mediante un

³³ Con la *DSA* ha quedado arrumbada la posibilidad de intentar extraer de la Directiva 2019/740 elementos interpretativos para superar la regulación de la *DCE*, *Vid.* E. TREPPOZ, «La propriété intellectuell est-elle de retour sur les plateformes?», en X. DELPECH (Dir.), *L'émergence d'un droit des plateformes*, Paris, Dalloz, 2021, p. 158 ss.

tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio, el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo de tal índole que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella»³⁴.

39. Sobre esa base, y por lo que respecta al conocimiento, el art. 6.1 DSA dispone que la exención opera cuando el intermediario (en nuestro caso el operador del *marketplace*) «a) no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o b) en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este».

40. El reglamento deja claro ahora que el conocimiento ha de ser un conocimiento específico y concreto³⁵, aunque no lo hace en la parte normativa sino en su considerando 22, cuando afirma que no cabe entender que el prestador de servicio obtenga conocimiento efectivo o consciencia de la actividad o contenido ilícitos «por el mero hecho de que el prestador sea consciente, de manera general, de que su servicio también se utiliza para almacenar contenidos ilícitos. Además, el hecho de que el prestador indexe automáticamente la información cargada en su servicio, tenga una función de búsqueda y recomiende información basándose en los perfiles o preferencias de los destinatarios del servicio no es motivo suficiente para considerar que dicho prestador tenga un conocimiento “específico” de las actividades ilegales llevadas a cabo en esa plataforma o de los contenidos ilícitos almacenados en ella».

41. El conocimiento de la ilicitud se puede adquirir a raíz de una comunicación de una autoridad judicial o administrativa de un Estado miembro, que pueden dictar órdenes de actuación contra contenidos ilícitos (art. 9). Pero también como consecuencia de la notificación de un tercero o como resultado de una búsqueda realizada de oficio por el operador del *marketplace*.

42. La DSA presta especial atención a las notificaciones de terceros, y en tal sentido una de las principales novedades del nuevo régimen es la introducción de la obligatoriedad de los mecanismos de notificación y acción para los prestadores de servicios de alojamiento de datos (art. 16). Se dispone, así, que estos prestadores establecerán mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad que considere que un contenido concreto es ilícito se lo pueda notificar. Dichos mecanismos serán exclusivamente electrónicos y de fácil acceso y manejo. Además, los mecanismos serán de tal naturaleza que faciliten el envío de notificaciones suficientemente precisas y adecuadamente fundamentadas, lo cual es necesario, como se indica en el considerando 22 de la DSA, «para que un operador económico diligente, de manera razonable, pueda detectar y evaluar el contenido presuntamente ilícito y, en su caso, actuar contra él». La importancia de estos mecanismos reside en que las notificaciones que se realicen por medio de ellos se considerará que proporcionan al intermediario (en nuestro caso al operador del *marketplace*) un conocimiento efectivo o le permiten ser consciente de la ilicitud del contenido alojado (en nuestro caso, de la infracción del correspondiente derecho de propiedad industrial de que se trate), siempre que las notificaciones «permitan a un prestador diligente de servicios de alojamiento de datos determinar, sin un examen jurídico detallado, que la información o la actividad pertinentes son ilícitas» (art. 16.3).

43. Si bien los referidos mecanismos de notificación pueden ser empleados por cualquier tercero, la DSA crea la figura de los alertadores fiables (art. 22) y les otorga especial relevancia en relación con las plataformas en línea. Así, estos alertadores son entidades que, además de poseer conocimientos y competencias específicos para detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos, no dependen de ningún

³⁴ En todo caso, como afirma E. R. RESTELLI (*Le piattaforme digitali*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 82) una cosa es el conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido y otra el papel activo del intermediario, papel activo que impide *tout court* la aplicación del beneficio de la irresponsabilidad.

³⁵ Esto supone dar un paso en relación con lo dispuesto en el art. 14 DCE, como acertadamente reconoce Z. KROKIDA, *Internet Service Provider Liability for Copyright and Trade Mark infringement*, Oxford, Hart, 2022, p. 160.

prestador de plataformas en línea, realizan sus actividades con el fin de enviar notificaciones de manera diligente, precisa y objetiva y, además, han sido reconocidas como tales alertadores fiables por parte de un Estado miembro (en particular por el coordinador de servicios digitales que la DSA exige nombrar a cada Estado)³⁶. Una vez concedida a una entidad la condición de alertador fiable, deben considerarla como tal todos los prestadores de plataformas en línea incluidos en el ámbito de aplicación de la DSA, prestadores que adoptarán las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurarse de que se otorgue prioridad a las notificaciones enviadas por los alertadores fiables, dentro de su ámbito de especialidad y de que se tramiten y resuelvan sin dilación indebida.

44. Por lo que respecta a las búsquedas que pueden realizar de oficio las plataformas en línea para localizar contenidos ilícitos (como infracciones de derechos de propiedad industrial la DSA, al igual que hacía la DCE, dispone (art. 8), que «no se impondrá a los prestadores de servicios intermediarios ninguna obligación general de monitorizar la información que transmitan o almacenen, ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen la existencia de actividades ilícitas». Sin embargo, aunque no exista una obligación legal de monitorización o búsqueda activa nada impide que los intermediarios la realicen de forma voluntaria. De hecho, ya en su Comunicación de 2017 titulada «Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea»³⁷, la Comisión Europea fomentaba la adopción por las plataformas de medidas proactivas para detectar y retirar los contenidos ilícitos, como las tecnologías de detección automática y de filtrado. Para ello, y para evitar las reticencias que estaban mostrando algunas plataformas, al considerar que la implantación de estos sistemas de detección podría hacer que se entendiera que adoptan un papel activo contrario a la aplicación del puerto seguro, se ha incorporado en la DSA (art. 7) la llamada cláusula del buen samaritano, según la cual, no se considerará que los prestadores de servicios intermediarios no reúnen las condiciones para acogerse a las exenciones de responsabilidad «por la única razón de que realicen, de buena fe y de modo diligente, investigaciones por iniciativa propia de forma voluntaria, o adopten medidas con el fin de detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos, o bloquear el acceso a estos, o adoptar las medidas necesarias para cumplir los requisitos del Derecho de la Unión y del Derecho nacional en cumplimiento del Derecho de la Unión».

45. En todo caso, y como se recuerda en el considerando 30 de la DSA, la ausencia de una obligación general «no afecta a las obligaciones de monitorización en un caso específico y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales de conformidad con el Derecho nacional, en cumplimiento del Derecho de la Unión, conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» y de conformidad con las condiciones establecidas en el Reglamento; órdenes que pueden implicar la obligación, no solo de suprimir datos infractores de un derecho de propiedad industrial o intelectual, sino también los datos almacenados cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad, así como la obligación de bloquear el acceso a ellos, sea quien fuere el autor de la solicitud de almacenamiento de tales datos (STJ de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig*³⁸).

46. Por lo demás, cuando el prestador del servicio de alojamiento de datos considere que una determinada información o contenido alojado es ilícito (ya sea a raíz de una notificación, ya como consecuencia de una búsqueda de oficio) podrá retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este (y si no lo hace no podrá ampararse en la exención de responsabilidad del art 6 DSA). Es más, en el caso específico de las plataformas en línea, y según el art. 23.1 DSA, los prestadores suspenderán, durante un período razonable y después de haber realizado una advertencia previa, la prestación de sus servicios a quienes proporcionen con frecuencia contenidos manifiestamente ilícitos (del mismo modo que podrán suspender el tratamiento de notificaciones y reclamaciones presentadas por quienes hayan enviado con frecuencia otras previas manifiestamente infundadas).

³⁶ El listado de los reconocidos puede verse en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/trusted-flaggers-under-dsa>

³⁷ COM/2017/0555 final, 28.9.2017.

³⁸ C-18/18 EU:C:2019:821, apdo. 37.

47. Ahora bien, todas estas decisiones se sujetan a una serie de cautelas y garantías, que se intensifican cuando se trata de prestadores de plataformas en línea, de modo que los intermediarios han de tener en cuenta los intereses de todos los implicados (titulares de derechos que se puedan ver infringidos y usuarios de las plataformas), lo que obliga a una toma ponderada de decisiones, tras un sistema de *check and balances*³⁹.

48. Así, entre otras medidas, la decisión -que ha de comunicarse al destinatario del servicio (es decir, al tercero que usa la plataforma para comercializar sus propios productos)- ha de estar motivada de manera clara y específica (art. 17), incluyendo, entre otros extremos una referencia al fundamento jurídico utilizado y explicaciones de por qué la información se considera contenido ilícito conforme a tal fundamento, así como la indicación de si el contenido que se considera ilícito ha sido detectado por sistemas de filtrado automático por medio de inteligencia artificial.

49. En esa misma línea, se pretende luchar contra el fenómeno del *overblocking*, que se produce cuando las plataformas retiran, automáticamente y sin ulteriores consideraciones, todos los contenidos en relación con los que reciben notificaciones o de los que sospechan que pueden ser infractores, lo que puede provocar retiradas injustificadas fruto de denuncias abusivas o temerarias por parte de terceros. Por ello, los afectados -tanto los destinatarios del servicio como los que hayan presentado una notificación- podrán acudir a un sistema interno de gestión de reclamaciones frente a la decisión adoptada por la plataforma en línea, sistema con el que éstas han de contar obligatoriamente (art. 20)⁴⁰, pudiéndose acudir con posterioridad a cualquier órgano de resolución extrajudicial de litigios certificado por el coordinador de servicios digitales del Estado miembro en el que esté establecido (art. 21), así como acudir a un órgano jurisdiccional de conformidad con el Derecho aplicable. No obstante, estos mecanismos extrajudiciales se configuran como simples mediaciones, toda vez que expresamente se dispone que no estarán facultados para imponer una resolución del litigio vinculante a las partes.

50. Por lo demás, la mayor responsabilización de los operadores de plataformas también se manifiesta en la regulación específica que la DSA introduce en relación con las plataformas de muy gran tamaño (que son aquellas que tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la UE igual o superior a 45 millones y hayan sido designadas como tal por la Comisión). Estas plataformas detectarán, analizarán y evaluarán con diligencia cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios (art. 34), riesgos entre los que se encuentran los referidos a la difusión de contenido ilícito a través de sus servicios; y aplicarán medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados (art. 35), incluidos cambios en la velocidad en la gestión de las notificaciones recibidas y la rápida retirada o bloqueo de los contenidos notificados.

51. El art. 6.2 DSA también dispone que no se aplicará el puerto seguro cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador del servicio de alojamiento de datos, porque, obviamente, en tal caso éste último no tendrá un papel neutro. Y en el considerando 23 se pone el ejemplo del prestador de una plataforma en línea que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes determine el precio de los productos o servicios ofertados por el comerciante. Por lo demás, y aunque la DSA se refiere solo al control sobre el destinatario del servicio, tal como ya hacía la DCE, debe recordarse que el TJ ha considerado que la exención «se aplica al operador de un mercado electrónico cuando éste no desempeñe un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados» (Sentencia *L'Oreal-eBay*).

³⁹ F. HOFMANN-B. RAUE, «Enleitung», en F. HOFMANN-B. RAUE (Hrsg.), *Digital Services Act*, Baden-Baden, Nomos, 2023, p. 36; B. RAUE, «Art. 23. Maßnahmen und Schutz vor missbräulicher Verwendung», en F. HOFMANN-B. RAUE (Hrsg.), *Digital Services Act*, Baden-Baden, Nomos, 2023, p. 410.

⁴⁰ Salvo que se trate de microempresas o pequeñas empresas (arts. 19 y 20).

52. Finalmente, el art. 6.3 de la DSA introduce un nuevo supuesto en el que no se aplicará la exención de responsabilidad. Se trata, no obstante, de un supuesto con un ámbito de aplicación muy específico, pues solo se refiere a los operadores de plataformas en línea y más concretamente cuando se trata de plataformas «que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con consumidores». Y, además, la no aplicación de la exención no tiene carácter general, sino que solo se refiere «a la responsabilidad, en virtud del Derecho en materia de protección de los consumidores». Sobre esa base, el art. 6.3 DSA impide la aplicación del puerto seguro cuando la plataforma «presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control». Por lo tanto, se considera legalmente que en estos casos el contenido se ofrece como propio por la plataforma y, en consecuencia, no procede la exención.

53. En todo caso, pese al carácter tan limitado de esta disposición⁴¹, debe insistirse en que, cuando un intermediario ofrezca el contenido ajeno como propio o de tal manera que se pueda creer que es así, no estará actuando con la neutralidad exigida y, por lo tanto, y de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, tampoco se podrá aplicar la exención. Piénsese, por ejemplo, en un empresario que en una plataforma celebra contratos con otros empresarios, comercializando productos que infringen derechos de marca. Si el prestador de la plataforma presenta los productos del primer empresario como propios, haciendo creer a los empresarios adquirentes que es así, el prestador responderá por infracción de marca, según la jurisprudencia del TJ en la ya analizada sentencia *Christian Louboutin- Amazon*.

⁴¹ Lo destacan: A. MARTÍNEZ-NADAL, «Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la Directiva de comercio electrónico a la propuesta de Reglamento de Servicios Digitales», en A. MADRID PARRA-L. ALVARADO HERRERA (Dir.), *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Aranzadi, 2022, p. 406; y F. HOFMANN, «Art. 6», en F. HOFMANN-B. RAUE (Hrsg.), *Digital Services Act*, cit., p. 161.

Ley nacional aplicable a las operaciones bursátiles

National law applicable to stock market operations

JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES

Catedrático de Derecho mercantil

Universidad de La Coruña

Recibido: 09.06.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8939

Resumen: El Derecho mercantil nació impregnado de internacionalidad y, aunque durante un tiempo perdió esa condición, luego hubo de recuperarla, pues la ruptura de la originaria internacionalidad del Derecho mercantil coincidió con una ulterior *reactivación* del tráfico mercantil *internacional*, unida a la preponderancia de los países económicamente más poderosos. El resurgir de un floreciente y activo tráfico económico internacional, basado en el “*reconocimiento de la interdependencia humana*”, enfrenta a los comerciantes y empresarios, a los Estados y al público de los consumidores y de los inversores con varios fenómenos de importancia: por una parte, con el fenómeno de las llamadas sociedades multinacionales, y –por otra– con el fenómeno de la contratación internacional.

Pues bien; si lo característico del Derecho como sistema de normas es que atañe a las personas, precisamente *en el contexto de sus relaciones sociales* y si ese contexto se define en términos de lugar y tiempo, debemos incluir, también, en el ámbito material de validez de esta afirmación, al Derecho Bursátil y del Mercado de Valores, que –igualmente– ha de preocuparse por cuestiones como el ámbito y situación de los mercados, y por reglas o principios como la “*locus regit actum*” y “*tempus regit actum*”, o la “*lex loci delicti*”, o el “*forum rei*” y el “*fórum rei sitae*”, etc., dado que la creciente globalización de los mercados financieros se manifiesta en la internacionalización de las operaciones sobre valores negociables e instrumentos financieros.

El reconocimiento de la libertad de movimiento de capitales trae consigo “*la admisión a cotización oficial en las Bolsas de los Estados miembros de valores mobiliarios emitidos por empresas*” extranjeras, constituye una “*modalidad importante de acceso a estos mercados de capitales*” de otros países. Así; teniendo en cuenta la evidente internacionalidad de la operativa de los mercados de capitales y del Derecho del Mercado de Valores, es obvio que buena parte de sus fuentes serán de carácter internacional, bien porque se trate de normas de Derecho internacional convencional, bien porque la complejidad que es propia de las relaciones que se traban en el Derecho mercantil en todas sus ramas y –en concreto– del Derecho bursátil y de los mercados de valores, determina la necesidad de que entre en juego el Derecho internacional privado y –más precisamente– el Derecho conflictual, de manera que, como consecuencia de la aplicación de una norma de conflicto se haya producido la determinación de la aplicabilidad de una determinada Ley nacional.

Palabras clave: Bolsa, mercado de valores, conflicto de leyes, normas de conflicto. vinculación contrato/empresa. “*lex bursae*”.

Abstract: Commercial Law was born impregnated with internationality and, although for a time it lost that condition, it later had to recover it, since the rupture of the original internationality of Commercial Law coincided with a subsequent reactivation of international commercial traffic, together with the preponderance of the countries economically more powerful. The resurgence of a flourishing and active international economic traffic, based on the “*recognition of human interdependence*”, confronts merchants and entrepreneurs, States and the public of consumers and investors with several important

phenomena: on the one hand, with the phenomenon of so-called multinational companies, and -on the other hand- with the phenomenon of international contracting.

Well then; If the characteristic of Law as a system of norms is that it concerns people, precisely in the context of their social relations and if that context is defined in terms of place and time, we must also include in the material scope of validity of this affirmation the Stock Market and Securities Market Law, which - equally - must be concerned with issues such as the scope and situation of the markets, and with rules or principles such as the “locus regit actum” and “tempus regit actum”, or the “lex loci delicti”, or the “forum rei” and the “forum rei sitae”, etc., given that the growing globalization of financial markets is manifested in the internationalization of operations on negotiable securities and financial instruments.

The recognition of the freedom of capital movement which brings with it “*the admission to official listing on the stock exchanges of the Member States of securities issued by [foreign] companies*”, constitutes an “*important modality of access to these capital markets*” of other countries. So; taking into account the evident internationality of the operations of capital markets and Securities Market Law, it is obvious that a good part of its sources will be of an international nature, either because they are rules of international treaty law, or because the complexity which is typical of the relationships that are established in commercial law in all its branches and - specifically - stock market and securities markets Law, determines the need for private international law to come into play and - more precisely - the Conflict law, so that, as a consequence of the application of a conflict rule, the determination of the applicability of a specific national law has occurred.

Key words: Stock exchange, stock market, conflict of laws, conflict rules, contract/enterprise link, “*lex bursae*”.

Sumario: I. Consideraciones generales: La internacionalización de los mercados de valores y el Derecho internacional conflictual. II. Las operaciones bursátiles: concepto, naturaleza y estructura. 1. Concepto y naturaleza jurídica de las operaciones bursátiles. Operaciones de Bolsa y concepto de Institución. 2. Elementos estructurales de las Operaciones bursátiles y factores de deslocalización o plurilocalización ordinamental. 3. Características de la regulación positiva de las operaciones bursátiles y su trascendencia para el Derecho internacional conflictual. III. Puntos de conexión y fuentes de la normativa internacional de los mercados de valores. 1. Los puntos de conexión en relación con los valores objeto de tráfico bursátil. 2. Los puntos de conexión en relación con los contratos bursátiles. IV. La identificación de la “*lex bursae*” como “*lex contractus*”.

I. Consideraciones generales: La internacionalización de los mercados de valores y el Derecho internacional conflictual

1. Es característico del Derecho, como sistema de normas, el que atañe a las personas... pero no las afecta en cualquier circunstancia, sino precisamente *en el contexto de sus relaciones sociales*; en el contexto de relaciones intersubjetivas; en el contexto de relaciones entre personas, no aisladamente, sino en número plural; entre un número de varios seres humanos. Pero, a su vez, ese *contexto* se define en términos de **lugar** y **tiempo**; de ahí que el Derecho se preocupe siempre por cuestiones como el domicilio y por reglas o principios como las reglas “*locus regit actum*” o “*tempus regit actum*”, o la “*lex loci delicti*”, o el “*forum rei*” y el “*fórum rei sitae*”, etc.

Pues bien; venía siendo tradicional, en los tratados y manuales de Derecho mercantil españoles y en la propia sistemática clásica de enseñanza de esta materia, coincidiendo con el contenido de los programas de la asignatura, dedicar algún capítulo a las **Bolsas** y las **operaciones bursátiles** ⁽¹⁾ ⁽²⁾, cuando

¹ Dos nociones fundamentales y estrechamente vinculadas. Vid. SCHÖNLE, H.: “*Bank- und Börsenrecht*”, edit. VERLAG C.H.BECK, 2ª ed., Munich, 1976, p. 447.

² GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado de Derecho Mercantil*”, t. III, vol. 1º, “*Obligaciones y contratos mercantiles. Teoría General – Cuentas en participación – Compraventa – Comisión – Agencia – Corretaje*”, edit. REVISTA DE DERE-

no a presentar ese conjunto de cuestiones como un capítulo referido al **Derecho bursátil**, definido -o definible- en su momento como:

“La parte del Derecho objetivo que comprende las normas reguladoras de unos específicos centros de contratación [Bolsas y Bolsines], donde operan intermediarios cualificados [Agentes de cambio y bolsa y corredores de comercio], que dentro de esos centros [y, en ocasiones, fuera de ellos] convienen y ejecutan por cuenta de sus clientes ciertos contratos típicos, que reciben por la intervención de dichos mediadores la calificación de contratos bursátiles” ⁽³⁾,

... aunque esta definición puede, con justicia, considerarse ampliamente superada, hasta el punto de que -hoy por hoy- de ella habría poca cosa aprovechable.

2. Una materia esta -el Derecho bursátil- que también dio lugar a la publicación de importantes monografías y tratados específicos ⁽⁴⁾. A decir verdad, se trata de una materia cuyo enfoque sistemático ha sido diverso y ha experimentado una notable evolución y hasta profundas transformaciones, pero que apenas posee aspectos procesales. Y es que puede que en el ámbito de las relaciones, situaciones e instituciones jurídicas del Derecho bursátil haya muchos procedimientos -los de contratación, los de compensación y liquidación; incluso los de admisión, exclusión y suspensión de cotización...-, pero lo que no hay son “procesos” jurisdiccionales -entiéndase, especiales; propios de las controversias bursátiles-, aunque ocasionalmente existan instancias mediadoras o conciliadoras e instancias arbitrales en los Mercados de Valores.

Hubo un primer momento en que las instituciones de un -por entonces y tradicionalmente- denominado “Derecho bursátil” aparecían en la sistemática de los tratados y manuales de Derecho mercantil españoles y en la propia sistemática clásica de enseñanza de esta materia disgregadas y afectadas por un enfoque **inorgánico**; inorganicismo que se reflejaba en el hecho de que las Bolsas y sus operaciones aparecían **desvinculadas** -en la sistemática de los tratados y manuales- **del conjunto de instituciones propias de la intermediación financiera**; de hecho, los tratados y manuales *clásicos* de Derecho Mercantil; las obras publicadas hasta los años 1980, desconocían -o simplemente ignoraban- el concepto “Sistema

CHO MERCANTIL, Madrid, 1964, p. 246. LANGLE RUBIO, E.: “Manual de Derecho Mercantil español”, t. III, “Obligaciones comerciales – Doctrina general de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del Contrato – Contratos de comercio en particular”, edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1959, ps. 212 a 237.

³ SANCHEZ ANDRÉS, A.: “En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español”, en “Revista de Derecho Mercantil”, 1980, n° 155, p. 12. CARBAJALES, M.: “La Regulación del Mercado Financiero. Hacia la autorregulación del Mercado de Valores”, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid, 2006, p. 298. URÍA GONZÁLEZ/APARICIO: cit., 28ª ed., p. 665.

⁴ BONILLA y SAN MARTÍN, A. y MIÑANA VILLAGRASA, E.: “Derecho bursátil”, edit. LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ, Madrid, 1924. RODRÍGUEZ SASTRE, A.: “Operaciones de Bolsa. Doctrina, legislación y Jurisprudencia españolas”, 2 vols., edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO, 2ª ed. corregida, ampliada y puesta al día, Madrid, 1954. FERNÁNDEZ AMATRIAIN, J.: “La Bolsa, su técnica y organización. Cómo operar en el Mercado de Valores”, edit. EDICIONES DEUSTO, 2ª ed., Bilbao, 1969. Respecto de otros ordenamientos, vid. BIANCHI D’ESPINOSA, L.: “I contratti di Borsa. Il riporto”, en VV.AA.: “Trattato di Diritto civile e commerciale”, dir. por A. Cicu y F. Messineo, t. XXXV, vol. 2º, edit. DOTT. A. GIUFFRÈ, Milán, 1969. DI TOMMASI, E.: “La Borsa valori. Investimento e speculazione”, edit. CEDAM, Padua, 1982. JUGGLART, M., de e IPPOLITO, B.: “Droit commercial avec cas concrets et jurisprudence”, t. IVº, «Banques et Bourses», edit. MONTCHRESTIEN, 2ª ed. por L. M. Martin, Paris, 1979., ps. 2 y 535 y ss. RABUT, A.: “Le Droit des Bourses de valeurs et des agents de change”, edit. LITEC., Paris, s/f. MEYER, O.: “Börsengesetz nebst Ausführungsgesetze”, edit. WALTER DE GRUYTER & Co., 4ª ed. con la colaboración de H. Bremer, Berlín, 1957. GÖPPERT, H.: “Das Recht der Börsen. Ein Beitrag zum Verwaltungsrecht”, edit. VERLAG VON JULIUS SPRINGER, Berlín, 1932, ps. 67 y ss., con una visión claramente juspublicista del Derecho bursátil, como verdadero Derecho administrativo. SCHMIDT, H.: “Wertpapierbörsen. Strukturprinzip, Organisation, Kassa- und Terminmärkte”, edit. FRANZ VAHLEN, Munich, 1988. SCHWARK, E.: “Börsengesetz. Kommentar zum Börsengesetz und zu den börsenrechtlichen Nebenbestimmungen”, edit. C.H.BECK’SCHER VERLAGS- BUCHHANDLUNG, 2ª ed. reelaborada, Munich, 1994. SIEG, H. y DEGNER, H.: “Börsenrecht. Allgemeines Börsenrecht und Recht der Wertpapierbörsen. Sammlung von Gesetzen, Verordnungen, Geschäftsordnungen, Geschäftsbedingungen, Satzungen, Richtlinien und Gebührenordnungen mit Anmerkungen und Sachverzeichnisse”, edit. C.H.BECK’SCHER VERLAGS- BUCHHANDLUNG, 2ª ed., Munich, 1969. Vid. también FLECKNER, A. y HOPT, K.J.: “IX Evolución del Derecho Bursátil”, en HOPT, K.J.: “Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores”, coord. por S. Hierro anibarro, edit. MARCIAL PONS, Madrid/ Barcelona/Bs. Aires, 2010, ps. 325 a 348.

Financiero”, y raras veces reflejaban -raras veces advertían- la estrecha relación existente entre la Bolsa y el Sistema bancario, al tiempo que -por el contrario- preferían un enfoque estrictamente comercialista -entiéndase, aquí, la referencia a “*lo comercial*”, como opuesta a la referencia a “*lo financiero*”- de las operaciones bursátiles y de las propias Bolsas, viéndose -así- reducidas a un tratamiento que -de forma incomprensible- las vinculaba con el estricto fenómeno del cambio; con el estricto fenómeno del comercio de mercancías u otros bienes inespecíficos -de hecho, las Bolsas, durante mucho tiempo, lo fueron “*de Comercio*”, y no “*de valores*”-, tratándolas como modalidad especial -por razón del objeto- de las compraventas mercantiles. En este sentido, incluso hubo quien situó el estudio de las Bolsas y de las operaciones bursátiles en el marco del estudio de las **compraventas mercantiles** ⁽⁵⁾; las compraventas mercantiles de títulos-valores, cuya pertenencia al ámbito del Derecho mercantil -ocasionalmente- se asociaba a su elemento real característico: los títulos-valores ⁽⁶⁾, lo que además -en opinión de algunos- incluso imbuía de una **redoblada especialidad** a dichas compraventas, como si sobre ser especiales, por ser mercantiles, asumieran rasgos de ulterior -y mayor- especialidad, por recaer sobre **títulos-valores** ⁽⁷⁾; cosa que comportaba -al menos, en apariencia- una cierta devaluación del papel de las Bolsas -como organizaciones mercantiles- limitándolo a aparecer como simple marco de las operaciones mencionadas ⁽⁸⁾, de manera que -en ocasiones- se viene a dar un cierto paralelismo entre el tratamiento del Derecho Concursal y el tratamiento del Derecho bursátil, en cuanto coinciden en haber sido objeto de un “*ap-proach*” jus-contractualista o jus-obligacionista.

3. Por el contrario, jamás parece haber habido ninguna tentativa seria de abordar el estudio de las Bolsas y de las operaciones bursátiles, por parte de la Doctrina del Derecho civil, debido -posiblemente- a la indiscutida mercantilidad de la materia ⁽⁹⁾, que nunca ha llegado a presentar ninguna hipotética modalidad común o general -i.e., civil-, que justificase una “*regulación por partida doble*”. En España, las leyes civiles nunca se han ocupado de las Bolsas, ni de los contratos de Bolsa, como tam-

⁵ GASCA, C.L.: “*La Compraventa civil y comercial*”, t. I, 1ª ed. española, trad esp. J. Santacruz Teijeiro y J. Vicente y Gella, edit. REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, 1931, ps. 711 a 776. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. III, vol. 1º, p. 246. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. III, ps. 212 a 237.

⁶ BADENES GASSET, R.: “*El Contrato de Compraventa*”, t. I, edit. J.M. BOSCH, EDITOR, S.A., 3ª ed., Barcelona, 1995, p. 20, quien manifiesta que los objetos que forman, más frecuentemente, el elemento real de las compraventas mercantiles, son las cosas muebles, entre las cuales cita expresamente, los títulos-valores. BOIX RASPALL, J.Mª.: Voz “*Compraventa mercantil*”, en VV.AA.: “*Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*”, dir. por C.E. Mascarenas, t. IV, “*CEM - CONQ*”, edit. FRANCISCO SEIX, EDITOR, Barcelona, 1952, p. 537. Así; la visión más tradicional, siempre ha considerado la mercantilidad de las operaciones bursátiles porque recaen sobre cosas mercantiles; a saber: los valores mobiliarios o valores negociables, en tanto que subespecie de los títulos-valores, porque se trata de títulos que incorporan derechos -por así decirlo- de participación en una “*empresa*”; ora en su “*propiedad*” [las acciones], ora bien en su financiación [las obligaciones], en cuyo caso podríamos estar viéndonoslas con actos en los que -hasta cierto punto- la Empresa aparece como objeto de tráfico y disposición... mas no con fines de liquidación y extinción de la organización productiva, ni de la actividad con ella desarrollada, sino de tráfico lucrativo; de inversión/desinversión.

⁷ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “*Tratado...*”, cit., t. III, vol. 1º, ps. 246 y 392 y ss. ESTASÉN, P.: “*Instituciones de Derecho mercantil*”, t. I, “*Parte Histórica*”, edit. IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN, Madrid, 1890, p. 252, quien caracterizaba a las Bolsas, frente a las Lonjas, como centros de contratación sobre efectos públicos, valores fiduciarios, títulos de crédito, documentos de giro... aunque también incluía los metales preciosos. Más claramente, Idem: “*Instituciones de Derecho mercantil*”, t. II, “*Parte Legislativa*”, edit. IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN, Madrid, 1890, ps. 276 y ss.

Un enfoque -digamos- llamativo, podemos encontrarlo en la doctrina franco-belga, como revelarían las obras de ESCARRÁ, J.: “*Cours...*”, cit., nueva ed., ps. 1017 a 1044; de VAN RYN, J. y HEENEN, J.: “*Principes de Droit commercial*”, t. IIIº, edit. ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT, 2ª ed., Bruselas, 1981, ps. 81 y passim, entre otros, que estudian las Bolsas y las operaciones de Bolsa, como operaciones caracterizadas por ser ventas de títulos valores; de valores mobiliarios, en el régimen general de los contratos mercantiles, dentro de los elementos reales, donde incluye los valores mobiliarios como bienes típicamente objeto de tráfico mercantil. Aunque en el caso de estos autores belgas -VAN RYN, J. y HEENEN, J.: “*Principes de Droit commercial*”, t. IVº, edit. ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT, 2ª ed., Bruselas, 1981, ps. 143 a 238- ofrecen un amplísimo tratamiento de la materia, dentro del estudio de los contratos mercantiles, como un fenómeno -el de las Bolsas y las operaciones bursátiles- representativo de las actividades de distribución de bienes y servicios, a continuación del estudio de los contratos de Comisión, Agencia o Compraventa, y justo antes del estudio de los bancos y las operaciones bancarias y los contratos de transporte.

⁸ ESTASÉN, P.: “*Instituciones...*”, cit., t. I, ps. 252 y ss. LANGLE RUBIO, E.: “*Manual...*”, cit., t. III, ps. 212 a 237.

⁹ VICENTE Y GELLA, A.: “*Los Títulos de crédito en la Doctrina y en el Derecho positivo*”, edición facsimil, edit. INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO, Zaragoza, 1986, p. 401.

poco lo han hecho los manuales, tratados ni monografías, como no fuera de forma -digamos- puntual, episódica y excepcional.

Pues bien; es sabido que el Derecho mercantil nació fuertemente impregnado de internacionalidad. En este sentido, bien cabe reconocer que, durante la Edad Media, haber empleado la expresión “*Derecho mercantil internacional*” hubiera resultado algo totalmente exacto y acertado, porque ese Derecho -consuetudinario- de los comerciantes nació transnacional, como consecuencia de la disgregación política posterior a la caída del Imperio Romano de Occidente, que favoreció la creación de usos uniformes entre comerciantes de diversos países. Pero el advenimiento de los Grandes Estados nacionales produjo una correlativa “nacionalización” del Derecho, que tiñó a los Derechos mercantiles de cada nación de un acusado particularismo, quebrando así su originaria uniformidad⁽¹⁰⁾. Sin embargo, paradójicamente la ruptura de la originaria internacionalidad del Derecho mercantil coincidió con una ulterior *reactivación* del tráfico mercantil *internacional*, unida a la preponderancia de los países económicamente más poderosos, que impusieron a los menos desarrollados -bajo capa del respeto por la autonomía de la voluntad contractual- contratos-tipo y condiciones generales favorables a los intereses de aquéllos, en detrimento de los de estos últimos⁽¹¹⁾. El resurgir de un floreciente y activo tráfico económico internacional, unido a una diferente concepción de las relaciones internacionales, que ya no se basa en el concepto de “*sociedad internacional*”, sino en el de “*orden mundial*”, basado en el “*reconocimiento de la interdependencia humana*”⁽¹²⁾, enfrenta a los comerciantes y empresarios, a los Estados y al público de los consumidores y de los inversores con varios fenómenos de importancia: por una parte, con el fenómeno de las llamadas sociedades multinacionales, y -por otra- con el fenómeno de la **contratación internacional** sobre bienes y servicios; contratación internacional que presenta peculiaridades, en contratos como la compraventa internacional de mercancías⁽¹³⁾ -pero también de servicios⁽¹⁴⁾-, el transporte terrestre, marítimo o aéreo internacional⁽¹⁵⁾, los créditos a la exportación y las operaciones bancarias documentarias, para pago y garantía de operaciones de comercio internacional⁽¹⁶⁾, los seguros de crédito a la exportación; incluso actividades industriales o transformadores e incluso la construcción transfronteriza de infraestructuras⁽¹⁷⁾ y así un largo “*et cætera*”.

4. Pues bien; si -como se dijo al principio de la presente exposición- lo característico del Derecho como sistema de normas es que atañe a las personas, precisamente *en el contexto de sus relaciones sociales*; en el contexto de relaciones intersubjetivas; de las relaciones entre personas, no aisladamente, sino en número plural; entre un número de varios seres humanos; y si ese contexto se define en términos de lugar y tiempo, debemos incluir, también, en el ámbito material de validez de esta afirmación, al Derecho Bursátil y del Mercado de Valores; de ahí que si el Derecho, en general, se preocupa siempre por cuestiones como el domicilio y por reglas o principios como las reglas “*locus regit actum*” o “*tempus regit actum*”, o la “*lex loci delicti*”, o el “*forum rei*” y el “*fórum rei sitae*”, etc., esto mismo

¹⁰ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: “El Derecho mercantil de las Naciones Unidas”, en “*Temas de Derecho mercantil*”, cit., p. 299. PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.: “Preámbulo (Propósito de los Principios)”, en VV.AA.: “*Comentario a los Principios de UNIDROIT. para los Contratos de Comercio Internacional*”, coord. por D. Morán Bovio, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 1999, p. 23. ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, M^a del P.: “*Derecho mercantil internacional. El Derecho Uniforme*”, edit. CEURA./UNIVERSIDAD CARLOS III, Madrid, 2003, p. 27, quienes aluden a “*los exacerbados nacionalismos de los dos últimos siglos*”. REICH, N.: “*Mercado y Derecho*”, edit. ARIEL, S.A., Barcelona, p. 320. KASSIS, A.: “*Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*”, París, 1984, ps. 272 y s. DAVID, R.: “*Le Droit du commerce international. Réflexions d’un comparatiste sur le Droit international privé*”, París, 1987, ps. 10 y ss.

¹¹ GARRIGUES, J.: “Última lección como catedrático”, en “*Hacia un nuevo Derecho mercantil*”, edit. TECNOS, Madrid, ps. 347 y s. GONDRA ROMERO, J.M^a: “La moderna Lex Mercatoria y la Unificación del Derecho del comercio internacional”, en “*Revista de Derecho Mercantil*”, 1973, n^o 127, p. 33.

¹² ILLESCAS/PERALES/DMI: cit., p. 27.

¹³ ILLESCAS/PERALES/DMI: cit., ps. 79 y ss.

¹⁴ ILLESCAS/PERALES/DMI: cit., p. 30, quienes señalan que “*bajo el término “comercio” tiene cabida un número muy variado de prestaciones de servicios*”.

¹⁵ ILLESCAS/PERALES/DMI: cit., p. 30, quienes aluden a las “*prestaciones de servicios financieros*”.

¹⁶ ILLESCAS/PERALES/DMI: cit., p. 30, quienes aluden a las “*prestaciones de servicios de transporte*”.

¹⁷ ILLESCAS/PERALES/DMI: cit., p. 30.

sucede -como veremos y en la forma que habremos de ver- con el Derecho Bursátil y del Mercado de Valores, dado que la creciente interdependencia mundial de las economías se traduce en la creciente Globalización de los mercados financieros ⁽¹⁸⁾; y esta, a su vez, se manifiesta en la **internacionalización** de las **operaciones sobre valores negociables** e instrumentos financieros, que -a su vez- propicia una **internacionalización** de los propios **mercados bursátiles** y análogos. En efecto; apenas cinco años después de la promulgación de la Ley nº 24/1988, de 28.07.1988, del Mercado de Valores, Antonio ZOIDO declaraba a un conocido diario español, que “*todos los mercados están tratando de mejorar su posición competitiva para atraer el flujo internacional de ordenes*”, y que la Bolsa había de ser -ha de ser- “*competitiva en costes operativos; que [había] de esforzarse en mejorar su liquidez, aumentar su oferta de producto y saber incardinarse adecuadamente en los mercados europeos y mundiales*” ⁽¹⁹⁾. Pues bien, si -como ya señalaba un ilustre internacionalprivatista español: D. Adolfo MIAJA DE LA MUELA- sucede que “*las materias típicamente contenidas en los ordenamientos mercantiles plantean problemas conflictuales con mucha más frecuencia que las puramente civiles*” ⁽²⁰⁾, aclaremos o sustituyamos el adjetivo “*mercantiles*”, por el adjetivo “**bursátiles**”, y la afirmación será perfectamente asumible y predicable del problema que ahora nos interesa.

El fenómeno que se acaba de describir se asocia ineludiblemente a una **internacionalización de los flujos de capital**. Estos movimientos internacionales de capital pueden tener *causas diversas*, y algún autor ha propuesto distinguir según que las operaciones sean *públicas* o *privadas*. Así, las transferencias de capital público se han justificado tradicionalmente como una forma de apoyo al sector exportador nacional o como una forma de inversión en sectores estratégicos para los intereses de un país. Incluso es frecuente que dichas transferencias se produzcan para apoyar gobiernos o regímenes políticos en otros países, o como parte un programa de ayuda al desarrollo ⁽²¹⁾. En cambio, los movimientos de capital de origen privado suelen perseguir dos objetivos fundamentales; a saber:

- a) Búsqueda de un **mayor nivel de seguridad** de los activos financieros y monetarios que constituyen y materializan la inversión, por *aversión al riesgo*; es decir: la búsqueda de aquellos activos, cuya inversión suponga -para el inversor- una menor probabilidad de pérdida de los capitales invertidos, por insolvencia de sus receptores. Así, cabe afirmar que los inversores privados pretenden siempre colocar sus ahorros en activos y en países que presenten el menor grado de riesgo posible; política que complementan con una adecuada distribución de los riesgos, por medio de la *distribución internacional* de los mismos, que toma en consideración, entre otros muchos factores, el denominado “**riesgo-país**” [“*Cou-*

¹⁸ LARA AGUADO, A.: “*La contratación transfronteriza de valores negociables en la Unión Europea*”, edit. COMARES, Granada, 2002, ps. 1 y ss. Sobre la internacionalización del Derecho bursátil, vid.: FIKENTSCHER, W.: “*Wirtschaftsrecht*”, t. I, edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1983, p. 377. WALLACH, E.: “Financial regulation. Amendment of the German Stock-Exchange Act 1-August-1989”, en “*Journal of International Banking Law*”, 1989, nº 5, p. N-186. DALE, R.: “Clearing and Settlement Risks...”, cit., ps. 434 y ss. MORÁN GARCÍA, M.E.: “*Derecho de los Mercados financieros internacionales*”, cit., ps. 49 y *passim*. TAPIA HERMIDA, A.J.: “*Derecho del Mercado de valores*”, cit., p. 23. VALENZUELA GARACH, F.: “Actividad bancaria y actividad aseguradora: algunos aspectos de integración y competencia”, en RDBB., 1990, nº 40, octubre-diciembre, p. 854, con referencia -en general- a las “*operaciones financieras*”, de las que afirma que experimentan una creciente internacionalización o globalización, ligadas a la expansión de los movimientos de capitales. ENTRENA RUIZ, D.: “*El empleo de información privilegiada en el Mercado de Valores: un estudio de su régimen administrativo sancionador*”, edit. THOMSON – CIVITAS, S.A., Madrid, 2006, p. 31. Por su parte, VILLEGAS/VILLEGAS.: “*Aspectos legales...*”, cit., p. 789, llegan a afirmar que “*existe un conjunto de principios que han pasado a constituir una especie de “lex mercatoria” internacional, respecto de este tipo de transacciones en el mercado de capitales, en particular de las llamadas emisiones transfronterizas [“cross-border offerings”]...*”, con la consecuencia de que “*muchas normas locales o emitidas por entes gubernamentales cuya competencia es, en principio, sólo de alcance territorial (ej. Rule 144 A o Regulation S de la SEC. de los EE.UU. o “Financial Services and Market Act” del Reino Unido), se han convertido en ley del mercado internacional*”.

¹⁹ ZOIDO MARTINEZ, A.: “La Bolsa de Madrid tiene que ganarse un lugar seguro en el nuevo marco de competencia”, en “*ABC*”, del lunes, 4 de enero de 1993, p. 33.

²⁰ MIAJA DE LA MUELA, A.: “*Derecho internacional privado*”, t. II, Parte especial, 7ª ed., Madrid, 1977, p. 339. PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.: “*Preámbulo (Propósito de los Principios)*”, en VV.AA.: “*Comentario a los Principios de UNIDROIT. para los Contratos de Comercio Internacional*”, coord. por D.Morán Bovio, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 1999, p. 24.

²¹ HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos internacionales de capital, desde una perspectiva europea*”, edit. MCGRAW-HILL, Madrid, 1997, p. 11.

ntry-risk”): el que tiene que ver con los cambios de gobierno, huelgas, conflictos armados, estabilidad de la moneda... (22).

- b) Búsqueda de un mayor nivel de **rentabilidad**; es decir: la búsqueda de aquellos activos, cuya inversión suponga -para el inversor- unos rendimientos más elevados (23). De este modo, se puede afirmar que la obtención de mayores rendimientos constituye un criterio o factor determinante de las decisiones privadas de inversión de capitales transnacionales, ya que *los inversores* también pueden *optar por colocar sus activos en el extranjero*, si esperan obtener, de este modo, *mayores rendimientos que en su propio país* (24).

La posibilidad de inversión transnacional comporta, incluso “*de facto*”, una **integración financiera** internacional, lo cual suele producir una serie de efectos beneficiosos, aunque no esté exenta de riesgos: se alude tradicionalmente a la *mayor eficiencia en la asignación de recursos de capital*, así en el plano nacional, como en el plano *internacional* (25). Pero también han de mencionarse, tanto la *redistribución de los capitales*, desde los países comercialmente superavitarios, a los deficitarios, haciendo posible la *financiación* de los flujos de *mercancías y servicios*, como la posibilidad de *más fácil acceso a los euromercados*; un mejor *flujo de información* sobre la situación de los distintos mercados; un “*efecto de arrastre*” sobre los gobiernos nacionales de sentido más restrictivo en lo económico; el aumento en la liquidez de los mercados financieros, y -por fin- una mejor diversificación de los riesgos, que -“*de facto*”- beneficia sobre todo a los inversores institucionales (26). En consecuencia, cabe reconocer que resultaba *aconsejable*, aunque -en el plano estrictamente conceptual- no pareciera necesario, que la *liberalización de los servicios financieros*, en la CEE, cuando fueran *unidos a movimientos de capitales*, fuese precedida de una liberalización de esos movimientos de capitales, en sí.

5. A medida que se expande geográficamente el ámbito de actividad de los empresarios privados, al propio tiempo **se expande el ámbito geográfico de la emisión y negociación de sus valores**, como manifestación de la ampliación geográfica de sus necesidades de financiación (27), pues “*la admisión a cotización oficial en las Bolsas de los Estados miembros de valores mobiliarios emitidos por empresas, constituye una modalidad importante de acceso a estos mercados de capitales*” (28), de manera que una **sociedad anónima**, domiciliada en -y por tanto con la nacionalidad de- un determinado **Estado “A”**-, que emite acciones, cuyo régimen -lógicamente- está sometido al Derecho de sociedades anónimas de ese mismo determinado Estado “A”, sin embargo, **las ofrece al público en un distinto Estado “B”**-, **e incluso solicita que sean admitidas en una Bolsa de Valores establecida en ese mismo distinto Estado “B”, de forma que se someterá al Derecho de ese Estado “B”... en lo referente a la Oferta pública y a la admisión a negociación, contratación y liquidación de las operaciones del mercado...** aunque el régimen jurídico de la Sociedad -como sociedad anónima-, el funcionamiento de los órganos sociales, junto con el régimen jurídico de las acciones; de la posición jurídica de Accionista; los derechos que confiere la acción, etc. sigan sometidos a la “*Lex societatis*” del Estado “A”.

Este fenómeno puede ser contemplado desde la **perspectiva inversa**: el **público de los ahorradores e inversores nacionales o residentes en el Estado “B”, tiene la oportunidad de suscribir, y -luego- comprar o vender acciones emitidas por una sociedad anónima domiciliada en el Estado**

²² HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos...*”, cit., p. 12.

²³ HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos...*”, cit., p. 12.

²⁴ HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos...*”, cit., p. 12.

²⁵ HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos...*”, cit., p. 20.

²⁶ HINOJOSA MARTINEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos...*”, cit., p. 20.

²⁷ WOOD, Ph.R.: “*International Loans, Bonds and Securities Regulation*”, edit. SWEET & MAXWELL, Londres, 1995, p. 4. HERNÁNDEZ SÁINZ, E.: “La internacionalización de los mercados de valores y la lucha contra los abusos de mercados transfronterizos”, en RDBB., 2006, n° 103, julio/septiembre, ps. 49 y *passim*.

²⁸ Ya el Preámbulo de la derogada Dir.CEE., del Consejo, n° 390/1980, de 27.03.1980, sobre coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del Prospecto que se publicará para la Admisión de valores mobiliarios a la Cotización oficial en una Bolsa de valores, señalaba que “*la ampliación del área económica en las que las empresas están llamadas a ejercer su actividades, a las dimensiones de la Comunidad, conlleva una ampliación paralela de sus necesidades de financiación y de los mercados de capitales a los que han de recurrir para satisfacer dichas necesidades...*”.

“A”, que dicha Sociedad les ofrece... **directamente en el Mercado de Valores de “B”**, pudiendo los potenciales inversores residentes en “B”, adquirir, conforme al Derecho de “B”, en cuanto a los contratos y al mercado, unas acciones que los convierten en accionistas de una Sociedad, cuyo Derecho societario no es el de “B”, sino el de “A”. En este sentido, la **inversión –llamada “indirecta”- que consiste en comprar valores; acciones o valores de deuda emitidos por Entidades domiciliadas en un Estado diferente del propio del Inversor**, constituye una de las formas más conocidas de –llamémosle- **“internacionalización inversora”** ⁽²⁹⁾, y se trata de una realidad que ya reconocía, aunque en términos muy limitados, nuestro viejo CCom/1885, cuando establecía la distinción entre **valores o efectos “nacionales” y valores o efectos “extranjeros”**, previendo -**art. 68, nº 2, CCom.-** que incluso estos últimos pudieran ser materia de contratación en nuestras Bolsas, aunque solamente contemplaba los valores mobiliarios extranjeros **“públicos”**; es decir: las emisiones de empréstitos públicos extranjeros; de Deuda pública emitida por **“naciones extranjeras”**, y eso, previa autorización. Hoy, en cambio, el **juego conjunto de las Libertades comunitarias de Establecimiento, Servicios y movimiento de capitales permite que todos los valores mobiliarios extranjeros, incluso “privados”, puedan ser objeto de ofertas públicas transfronterizas y de admisión en mercados secundarios de países distintos del de establecimiento de su emisor.**

Pero no se trata sólo de admitir las **operaciones transfronterizas sobre valores**, sino que incluso podemos hablar ya, desde hace tiempo –no es de ahora-, de verdaderos **mercados financieros internacionales**, para referirnos al fenómeno de la existencia de **“centros financieros en los que entidades financieras extranjeras suministran a financiados también extranjeros, fondos denominados en moneda distinta a la que tiene curso legal en el Estado en el cual el mercado está emplazado físicamente”** ⁽³⁰⁾. Nos encontramos ante un fenómeno de **plurilocalización de las inversiones**, donde tres elementos fundamentales de las operaciones de inversión de capital se **internacionalizan**, y lo hacen **recíproca y relativamente**; es decir: que devienen **“extranacionales”**, mutuamente **“per relationem”**, cada uno respecto de los demás:

1. El **mercado** de tráfico de los valores se sitúa en un **Estado “A”**
2. A él acuden, para formular ofertas públicas de suscripción o venta de sus valores, **entidades emisoras** u oferentes situadas en un **Estado distinto –“B”-**,
3. ... que emiten valores que, siendo propios –y por tanto sometidos al Derecho del Estado “B”- puede ir denominados en **una Unidad Monetaria propia del Ordenamiento monetario de otro Estado distinto –“C”-**,
4. ... ofreciendo dichos valores a **inversores de terceros Estados: “C”, “D”, “E”, “F”, etc.**, sobre todo cuando esos inversores, a su vez, son **“inversores institucionales”** u operadores profesionales de los mercados, con establecimiento o domicilio social en esos Estados **distintos de “A”... y de “B”**.

Pues bien; de este modo, el Mercado de Capitales se ha hecho internacional, concentrándose eminentemente en N.York, Londres y Tokio, donde la gran mayoría de los **“underwriters”** y **“dealers”**, dedicados -por cuenta propia o ajena- al negocio de **compra, suscripción y venta de valores negociables**, tienen en tales plazas financieras **sus oficinas** ⁽³¹⁾, lo que sin duda tanto facilita la internacionalización de las **ofertas públicas de valores** -sean de venta o de emisión originaria-, como **propicia la centralización en tales mercados** de dichas operaciones ⁽³²⁾. Por consiguiente; frente a los mercados **nacionales** de capitales, caracterizados por el hecho de que el emisor efectúa la emisión **dentro del territorio de su país**,

²⁹ FOLSOM,R.H.: *“Foreign Investment Law in a Nutshell”*, edit. WEST ACADEMIC PUBLISHING Co., St.Paul (Minn.), 2016, p. 4. FOLSOM,R.H., GORDON,M.W., VAN ALSTINE,M.P. y RAMSEY,M.D.: *“International Business Transactions in a Nutshell”*, edit. WEST ACADEMIC PUBLISHING Co., 10çº ed., St.Paul (Minn.), 2016, p. 305

³⁰ MORÁN GARCÍA,M.E.: *“Derecho de los Mercados financieros internacionales”*, cit., p. 49.

³¹ ADELL,J.: cit., p. 995.

³² Esta circunstancia tiende a producir un efecto de **predominio de ciertas especies monetarias, como denominaciones de las emisiones internacionales**: el dólar, el yen... Posiblemente, el Euro [ADELL,J.: cit., p. 995].

de valores *denominados en la moneda de su país* y para ofrecerlos a *suscriptores residentes en el mismo*, existen los fenómenos del recurso a:

1. **Mercados *extranjeros***: que es lo que sucede cuando el emisor, que reside o tiene su establecimiento o domicilio social en un país determinado, efectúa la oferta pública de los valores *dentro del territorio de otro país*; esa oferta se refiere a valores *denominados en la moneda de ese otro país*, y no del Estado de origen, y todo ello con el fin de ofrecerlos a *suscriptores residentes en ese mismo otro país*.
2. ... y a **mercados *internacionales***, propiamente dichos: que es lo que sucede cuando el emisor efectúa la emisión *en un centro financiero internacional*, denominando los valores emitidos *en diversas monedas*, para ofrecerlos a *inversores de nacionalidades diversas* o -inclusive- propiamente *internacionales* ⁽³³⁾.

6. Teniendo en cuenta la evidente internacionalidad de la operativa de los mercados de capitales y del Derecho del Mercado de Valores, es obvio que buena parte de sus fuentes serán de carácter internacional, bien porque se trate de normas de Derecho internacional convencional, bien porque la complejidad que es propia de las relaciones que se traban en el Derecho mercantil en todas sus ramas y -en concreto- del Derecho bursátil y de los mercados de valores, determina la necesidad de que entre en juego el **Derecho internacional privado** ⁽³⁴⁾ y -más precisamente- el Derecho **conflictual**, de manera que, como consecuencia de la aplicación de una norma de conflicto se haya producido la determinación de la aplicabilidad de una determinada Ley nacional ⁽³⁵⁾, bien la Propia... que se aplica a extranjeros; bien una extranjera, que se haya de aplicar a nacionales. En este sentido, es posible afirmar, hoy, sin temor a equivocación, que asistimos como testigos a la globalización del sistema bancario y financiero; a la **integración de los mercados financieros** a escala mundial, debida a una serie de diversos factores ⁽³⁶⁾: el incremento en el volumen de transacciones comerciales internacionales; la presencia de un *número creciente* de “*inversores institucionales*”: fondos de pensiones, compañías de seguros, instituciones de inversión colectiva, que tratan de disminuir el riesgo de sus miembros mediante la diversificación internacional de activos. Y, por fin, debido a lo que podríamos describir como un “*forum shopping*” fiscal. En este sentido; desde los años 1980 del pasado siglo XX, los flujos financieros transfronterizos se convirtieron en un elemento clave de la economía mundial, debido a cuatro grandes cambios decisivos:

1. La evolución del contexto normativo -sobre todo en forma de *eliminación de barreras a la libre circulación de capitales* y de expansión de políticas de “*desregulación*” ⁽³⁷⁾-, que permitió la apertura de los mercados nacionales a la concurrencia interior y exterior, produciendo un incremento de la interdependencia internacional.
2. El cambio tecnológico, que -sobre todo en materia de informática y telecomunicaciones- ha permitido poner en marcha nuevos métodos de movilización e inversión de recursos financieros: no hay más que pensar en el progreso en materia de *sistemas de pago electrónicos* ⁽³⁸⁾.

³³ ADELL, J.: cit., ps. 995 y s.

³⁴ McDOUGAL III, L.L., FELIX, R.L. y WHITTEN, R.U.: “*American Conflicts Law*”, edit. TRANSNATIONAL PUBLISHERS, Inc, 5ª ed., Ardsley (N.Y.), 2001, p. 10. ABARCA JUNCO, A.P., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., GUZMÁN ZAPATER, M., MIRALLES SANGRO, P.P., PÉREZ VERA, E.: “*Derecho Internacional Privado*”, vol. I, edit. UNED, 2ª reimp. de la 6ª ed., Madrid. 2008/2010, ps. 32 y ss. En relación con los mercados de valores, vid. LOSS, L. y SELIGMAN, J.: “*Fundamentals of Securities Regulation*”, edit. LITTLE, BROWN & Co., 3ª ed., Boston/N.York/Toronto/Londres, 1995, p. 1269. LARA AGUADO, A.: “*La contratación transfronteriza...*”, cit., ps. 177 y ss.

³⁵ AGUILAR NAVARRO, M.: “*Derecho Internacional Privado*”, t. II, “*Derecho Civil Internacional*”, edit. SECCIÓLN DE PUBLICACIONES E INTERCAMBIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, 4ª ed., Madrid, 1975, p. 24. GARCÍA VELASCO, I.: “*Derecho Internacional Privado. Reflexiones introductorias*”, edit. LIBRERÍA CERVANTES, Salamanca, 1994, ps. 64 y ss. LARA AGUADO, A.: “*La contratación transfronteriza...*”, cit., p. 181.

³⁶ LANGUETIN, P.: “*Transformation de l’activité bancaire et de l’environnement financier*”, en MIKDASHI, Z.: “*Nouvelles politiques...*”, cit., p. 9. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: “*La regulación de los movimientos...*”, cit., p. 13.

³⁷ ADELL, J.: cit., p. 990.

³⁸ FAVBRE-BULLE, X.: “*Le Droit Communautaire du Paiement électronique*”, edit. SCHULTESS POLYGRAPHISCHER VERLAG, Zürich, 1992.

3. La Innovación financiera: fenómeno causado en parte por la voluntad de evitar los obstáculos legales en un contexto técnico en plena transformación, lo que ha propiciado el lanzamiento de métodos inéditos para responder a las nuevas necesidades de los clientes (particulares, empresas o estados), a las necesidades de la competencia y al deseo creciente de las entidades financieras de proteger su rentabilidad y preveir sus riesgos (39).
4. La creciente diversificación de los sistemas financieros y el desarrollo de las técnicas de división de riesgos (40).
5. La creciente importancia y protagonismo de los inversores institucionales (41).

7. Se dijo -y era verdad- que, dentro del Derecho del Comercio Internacional había surgido un Derecho *bancario* internacional, que ofrecía -que ofrece- tres rúbricas principales; a saber: a) desde el punto de vista subjetivo, problemas de extranjería bancaria; es decir: los que derivan de la actuación de las entidades de crédito fuera de los límites de su Estado nacional de origen, y que se reflejan en el tratamiento legal que les deparan los Estados nacionales de acogida; b) desde el punto de vista objetiva, problemas conflictuales en el plano de las *operaciones bancarias*. Y, por fin -c)- los problemas relacionados con el régimen jurídico del *Control de cambios*, en la medida en que el Control de cambios supone una restricción o limitación a la autonomía negocial privada; a la libertad de contratación de las partes, cuando pretendan efectuar una operación bancaria que implique transferencias de dinero o de divisas al extranjero (42).

Pues bien; no veo por qué no podríamos hablar, también -asimismo, dentro del Derecho del Comercio Internacional- de un **Derecho bursátil internacional** o de un Derecho internacional de los mercados de valores y centros de negociación de instrumentos financieros; un Derecho internacional

cuya existencia tiene por objeto, como su propia denominación indica, la regulación de un Mercado, el proceso de internacionalización se manifiesta -también- en una tendencia a la *interconexión* de esos mercados, cuando no a su plena integración (43). En el caso europeo, dado el reconocimiento de la Libertad de movimiento de Capitales, nada impediría que operadores e inversores españoles, accediesen a mercados de valores extranjeros, para celebrar operaciones bursátiles, porque la Libertad de Movimiento de Capitales (44), supone la facultad de los residentes en la UE, de efectuar actos de *inversión* de capital, *alli* [es decir: en aquél Estado nacional miembro, sea el propio del inversor u otro distinto] *donde las posibilidades de rendimiento sean mayores, según las leyes del mercado*, contribuyendo así al aumento de la productividad y el nivel de vida. Por consiguiente el concepto de la Libertad de Movimiento de capitales describe un verdadero **derecho subjetivo** (45), cuyo **ámbito material** abarca *todas las operaciones*

³⁹ ADELL,J.: cit., p. 990.

⁴⁰ IFFLAND,C.: “L’Activité bancaire...”, cit., p. 6. ADELL,J.: cit., p. 990.

⁴¹ ADELL,J.: cit., p. 990.

⁴² Esto desde lo que nos atreveríamos a denominar una perspectiva *funcional* o *dinámica*, puesto que afecta a la ejecución de las operaciones financieras y bancarias, aunque -al propio tiempo- desde una perspectiva *estructural*, ya que enraiza profundamente con el *régimen de intervención administrativa en el proceso de inversiones extranjeras y transacciones exteriores*. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS,J.C.: “La banca extranjera en...”, cit., p. 4.

⁴³ HAYNES,A.: “European Regulation, and its Likely Impact on Banking and Securities Houses”, en JIBL., 1989, nº 5, p. 216, quien señala que este fenómeno reclama un marco regulador común.

⁴⁴ Que debe ser contemplada -desde un punto de vista objetivo- como una *prohibición* legal -por vía de tratado internacional, o de normativa transnacional de origen comunitario- *de restricciones*, desde la perspectiva de los Estados, y -desde un punto de vista subjetivo; es decir: si se adopta la perspectiva de los particulares-, la Libertad de Movimiento de Capitales constituye un verdadero *derecho* subjetivo

⁴⁵ En consecuencia, se integra de varios elementos; a saber:

- una facultad o haz de facultades: lo que supone un señorío de la voluntad, al servicio de un interés legítimo, que confiere poderes de actuación personal o por representación, oponibles e imponibles a otros sujetos.
- Tal facultad o derecho tiene por objeto una opción; una posibilidad de *elegir* entre *varias opciones* alternativas. Y, en la medida en que tales facultades son libres, su ejercicio no debería comportar ninguna consecuencia negativa, ni tampoco estar condicionado a carga alguna, aunque a veces sí que lo estén: lo que no puede existir es discriminación por razón de nacionalidad o residencia, como se verá.

- las alternativas se refieren a la *inversión de capitales* y afectan a la *localización* de la inversión: el destino geográfico y económico de la misma; a la situación de los activos a adquirir, respecto de la procedencia de los activos de gasto. En este sentido, hay que señalar que la Libertad de Movimiento de Capitales, en cuanto supone libertad de elección, comporta dos aspectos:

- a) Un aspecto que -históricamente- se ha revelado evolutivo: la progresiva *supresión* de trabas: aquí se proyecta la idea de no

necesarias para los fines de los movimientos de capital: la conclusión y ejecución de la transacción y de las transferencias vinculadas a ella, de modo no basta -simplemente- con contemplar ciertas operaciones o ciertos negocios jurídicos contractuales, en sí mismos considerados, *sino* que es preciso contemplar *todo el proceso* jurídico; todo el “*iter*” negocial, *que conduce* a dichos *flujos*; desde la transacción u operaciones -llamémosle- *causales* o *básicas*, hasta su consumación plena, en forma de los citados *flujos* o *transferencias de fondos*, *incluso aquellos que fueran consecuenciales* [art. 1º, nº 2, de la Ley nº 19/2003, de 04.07.2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales]:

1. En primer lugar, la transacción o las operaciones *causales* o *básicas*; los contratos de emisión y oferta pública de valores, pero -también, por lo que a la actividad bancaria de custodia o de mediación en los pagos se refiere- los contratos causales entre las partes que tienen por objeto proporcionar los fondos a confiar, luego, a las entidades de crédito depositarias... y – la inversa- los contratos causales entre las partes que suscitan la necesidad de obtener financiación, proporcionando, luego, las entidades de crédito prestamistas, los fondos a facilitar.
2. En segundo lugar, abarca el acceso, por el operador económico, a *todas las técnicas financieras disponibles en el mercado de acceso*, para llevar a cabo la operación en cuestión [P.e., la adquisición de valores y otros instrumentos financieros incluía, no sólo las compraventa de valores, sino todas las técnicas de negociación disponibles, como los contratos a plazo (“*forward transactions*”) de mercado y etc.; las operaciones de opción, los “*warrants*”, los “*swaps*”, pero -también, por lo que a la actividad bancaria se refiere- los contratos de depósito y la apertura de cuentas corrientes, y – la inversa- los contratos financiación -Préstamo, Apertura de crédito, Descuento-, mediante los cuales las entidades de crédito prestamistas proporcionan los fondos a facilitar].
3. En tercero, a las operaciones para *liquidar o ceder las inversiones o activos* adquiridos, la *repatriación de los saldos* resultantes de la liquidación o el *uso inmediato de los mismos*, dentro de la UE, y a las operaciones para *reembolsar créditos* y préstamos⁽⁴⁶⁾.

8. Así las cosas; ese **Derecho bursátil internacional** o de un Derecho internacional de los mercados de valores y centros de negociación de instrumentos financieros requeriría que -asimismo- abordar aquellas mismas tres rúbricas problemáticas que se mencionaron, en relación con la actividad bancaria:

1. Para empezar, problemas de **extranjería**, solo que más complejos que los bancarios, porque aquí se plantean cuestiones derivadas de:
 - a. La extranjería -entiéndase diversidad de nacionalidad [en este caso, respecto de los inversores o suscriptores, de los operadores de las infraestructuras de mercado y de las infraestructuras de la poscontratación, e incluso respecto de las Autoridades supervisoras, que lo son de un determinado ordenamiento jurídico]- de los emisores.

soportar consecuencias negativas, ni estar sometidos o condicionados a carga o requisito alguno; principios cuyo desarrollo histórico habremos de ver más adelante.

b) Otro aspecto, que hemos de calificar como consecuencia del primero: la no discriminación por razón de la nacionalidad o residencia de las personas, ni del origen de los activos que se van a invertir, ni de la localización de los activos en que se va a invertir.

- el interés legítimo consiste en la búsqueda de la mayor rentabilidad; finalidad u objetivo que legitima la opción que corresponde al inversor

- una finalidad trans-personal: se considera, se presume -y, al propio tiempo, se persigue- con el reconocimiento de esta libertad contribuir al aumento de la productividad y del nivel de vida.

Hay algo -mucho- de “*adamsmithiano*” en esta definición de la Libertad de Movimiento de Capitales, dado que su autor -Antonio ORTIZ ARCE- sugiere que la búsqueda individual y privada de mayores rendimientos, por parte del inversor, contribuye al aumento de la productividad y del nivel de vida. Sin embargo, no creo que se deba tomar esta afirmación al pie de la letra, ya que precisamente debe ser interpretada, en el marco del proceso de creación de un verdadero Mercado Unico.

⁴⁶ En relación con la Dir. CEE. nº 361/1988, vid. DASSESSE, M., ISAACS, S. y PENN, G.: “*EC. Banking Law*”, edit. LLOYD’S OF LONDON PRESS, Ltd., 2ª ed., Londres/N.York/Hamburgo/Hong-Kong, 1994, p. 231.

- b. La extranjería de los inversores [en este caso, respecto de los otros inversores, de los operadores de las infraestructuras de mercado y de las infraestructuras de la poscontratación, e incluso respecto de las Autoridades supervisoras, que lo son de un determinado ordenamiento jurídico]
 - c. La extranjería de las infraestructuras de mercado [en este caso, respecto de cualquiera de los operadores profesionales y de los inversores]
 - d. La extranjería de los operadores de la intermediación bursátil [en este caso, respecto de los inversores, otros operadores de la intermediación; de los operadores de las infraestructuras de mercado y de las infraestructuras de la poscontratación, e incluso respecto de las Autoridades supervisoras, que lo son de un determinado ordenamiento jurídico]
 - e. La extranjería de las infraestructuras de poscontratación [en este caso, respecto de los inversores, otros operadores de la intermediación o de los operadores de las infraestructuras de mercado].
 - f. La extranjería de los operadores de las infraestructuras de poscontratación [en este caso, respecto de los inversores, de los operadores de la intermediación; de los operadores de las infraestructuras de mercado, e incluso respecto de las Autoridades supervisoras, que lo son de un determinado ordenamiento jurídico]
2. En segundo lugar, desde el punto de vista **objetivo u objetivo-funcional**, problemas conflictuales en el plano de las **operaciones de mercado**; típica -pero no exclusivamente- de las operaciones bursátiles; problemas que son tan complejos o más que los ocasionados por las operaciones bancarias, ya que si al menos los procesos de unificación monetaria han reducido notablemente -aunque estén muy lejos de terminar con ellos- los problemas de cambio de moneda y -por tanto- los problemas de las operaciones bancarias, en cambio las operaciones bursátiles plantean, para empezar, el problema de la **nacionalidad** -de la procedencia nacional y adscripción ordinamental- **de los valores negociables**; un problema que, en el fondo, no se ha solucionado, en la medida en que los valores negociables suelen tener una “*nacionalidad*”, vinculada a la nacionalidad –“*lex personæ*”- de la Sociedad o entidad emisora, y esa “*lex societatis*” es diversa, de un ordenamiento -de un Estado nacional- a otro. Luego está el problema de la propia “*lex contractus*” de las operaciones mismas; una ley que -p.e.- podría tener una extraordinaria relevancia en el régimen de las **operaciones a plazo** -¿Se admiten? ¿Están prohibidas? ¿Son lícitas, pero “*de facto*” impracticables, como operaciones de mercado? ¿Poseen verdadera eficacia vinculante? Y cosa similar sucedería respecto de las denominadas “*operaciones especiales*”.
3. Y, desde luego, el Derecho *bursátil* internacional, también suscitaría ese tercer plano de cuestiones problemáticas; el de los problemas relacionados con el régimen jurídico del *Control de cambios* y -además- el régimen de las *inversiones exteriores*, en la medida en que todos ellos suponen una restricción o limitación a la autonomía negocial privada.

9. Pues bien, desde el momento en que esto sucede, ha de entrar en juego el *Derecho Internacional privado* o *Derecho conflictual* -aunque se me antoja que esta equiparación desmerece de la verdadera entidad actual del derecho Internacional privado-, con un triple objetivo; a saber:

1. Determinar la competencia de los **tribunales nacionales** ⁽⁴⁷⁾; es decir: determinar si un determinado tribunal u órgano jurisdiccional; si un órgano perteneciente a la Jurisdicción de un determinado estado nacional posee, o no posee, competencia para decidir acerca de un asunto en *materia* de operaciones *bursátiles*, que presente elementos de internacionalidad,
2. Identificar **qué Ordenamiento**; qué sistema de leyes nacional, **se aplicará** a los hechos del supuesto objeto de la hipotética “*litis*”, al objeto de regular sustancial o materialmente las relaciones entre las partes, y

⁴⁷ LARA AGUADO, A.: “*La contratación transfronteriza...*”, cit., ps. 99 y ss.

3. Determinar si el tribunal de un país ejecutará o reconocerá un fallo jurisdiccional –o arbitral- **extranjero** ⁽⁴⁸⁾, en *materia* de operaciones *bursátiles*, que presenten elementos de internacionalidad.

Así; habría un Derecho *conflictual* del Sistema Financiero y de los mercados de capitales; un Derecho *Internacional privado* del Sistema Financiero y de los mercados de capitales, cuya vía o instrumento tradicional -y prototípico, si se quiere- para resolver los problemas que suscitan las relaciones jurídicas con **elemento extranjero**, ha sido y sigue siendo, en buena medida, la **Norma de Conflicto** ⁽⁴⁹⁾; es decir una disposición o norma jurídica, cuyo objeto y cuyo contenido ideológico-preceptivo consiste -como indica Tito BALLARINO-, no tanto en imponer un mandato o una prohibición, o siquiera establecer un régimen material determinado, para su directa aplicación a un supuesto de hecho, como en **determinar cuál será el Derecho sustantivo** [o procesal] **interno aplicable a la relación** de que se trate, aunque -por lo demás- la estructura de la citada Norma sea idéntica a la de cualquier otra norma jurídica: también élla posee esa conformación “*silogística*”, en la que se presupone un supuesto de hecho, y se determina que al mismo haya de corresponderle una determinada consecuencia jurídica ⁽⁵⁰⁾. En esta labor de selección de normas aplicables, el Derecho Internacional privado -o Derecho conflictual o de las normas de colisión- se vale de una serie de **puntos de conexión** [“*Anknüpfungspunkte*”], para la determinación del Derecho nacional aplicable.

10. Ahora bien; llegado el momento de determinar cuál haya de ser esa Ley nacional aplicable, las *opciones son varias* ⁽⁵¹⁾, toda vez que en el Ordenamiento jurídico español hay varias normas de conflicto que afectarían potencialmente al Derecho bursátil y del Mercado de Valores; normas que se encuentran dispersas pues el Derecho Internacional Privado se caracteriza por la pluralidad de fuentes, tanto en sentido formal y material, como en sentido instrumental: así, el Derecho Internacional Privado comparte el sistema general de fuentes del Ordenamiento jurídico español -art. 1º, CCiv: En España, las principales fuentes formales de creación de normas de Derecho Internacional Privado son **la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho** ⁽⁵²⁾, pero como el Derecho Internacional Privado se mueve en un contexto pluriordinamental, no puede sorprender que existan fuentes de producción **interna** y fuentes de producción **internacional** e incluso supranacional ⁽⁵³⁾.

Así; existen normas de Derecho Internacional Privado de producción internacional -normas de Derecho de tratados-... aunque también existe lo que se describe como “*Lex Mercatoria*” internacional, cuya caracterización como verdadero Derecho objetivo, en ocasiones, puede ser una cuestión compleja y susceptible de discusión. Existen, también, normas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea [UE], que podemos calificar como “*supranacionales*” más que internacionales, y que principalmente se hallan contenidas en -o representadas por- Reglamentos comunitarios, entre los cuales destacan el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.07.2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) y -sobre todo- el Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17.06.2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales [Roma I] ⁽⁵⁴⁾.

⁴⁸ PENN/SHEA/ARORA.: cit., t. II, “*The Law and Practice of International Banking*”, p. 1.

⁴⁹ ABARCA JUNCO/GONZÁLEZ CAMPOS/GUZMÁN ZAPATER/MIRALLES SANGRO/PÉREZ VERA: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., vol. I, 2ª reimp. de la 6ª ed., ps. 111 y ss.

⁵⁰ BALLARINO, T.: “*Diritto Internazionale privato*”, edit. CEDAM., Padua, 1982, p. 260.

⁵¹ ARROYO MONTERO, R.: “Responsabilidad del naviero”, cit., p. 526.

⁵² ABARCA JUNCO/GONZÁLEZ CAMPOS/GUZMÁN ZAPATER/MIRALLES SANGRO/PÉREZ VERA: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., vol. I, 2ª reimp. de la 6ª ed., p. 72.

⁵³ ABARCA JUNCO/GONZÁLEZ CAMPOS/GUZMÁN ZAPATER/MIRALLES SANGRO/PÉREZ VERA: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., vol. I, 2ª reimp. de la 6ª ed., ps. 72 y ss. FONT i SEGURA, A., GRÀCIA i CASAMITJANA, J., OROZCO HERMOSO, M y VINAIXA i MIQUEL, M.: “Objeto, contenido y fuentes del Derecho Internacional Privado”, PID_00266880, curso de aprendizaje UOC coordinado por la profesora: Raquel Xalabarder Plantada (2019), UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA, ps. 17 passim.

⁵⁴ ABARCA JUNCO/GONZÁLEZ CAMPOS/GUZMÁN ZAPATER/MIRALLES SANGRO/PÉREZ VERA: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., vol. I, 2ª reimp. de la 6ª ed., ps. 93 y ss. FONT i SEGURA/GRÀCIA i CASAMITJANA/OROZCO HERMOSO/VINAIXA i MIQUEL: “Objeto, contenido y fuentes...”, cit., ps. 31 passim.

11. Pero, entre las fuentes internas, las normas de conflicto que afectarían potencialmente al Derecho bursátil y del Mercado de Valores, se encuentran principalmente en el Título Preliminar de nuestro **Código civil [arts. 8º al 12]**⁽⁵⁵⁾, aunque también hay que tener en cuenta que existen otras normas de conflicto en diversos instrumentos internacionales. Así, llegado el momento de determinar cuál haya de ser el Derecho nacional aplicable, cabe distinguir:

1. **Normas de conflicto personales:** se contienen en el **art. 9º, CCiv.**, que establece que la ley personal de las **personas físicas y jurídicas** –piénsese en la diversidad de sujetos de la navegación: armadores, navieros, consignatarios de buques, etc.- es **su ley nacional**, rigiendo a todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación y funcionamiento.
2. **Normas de conflicto patrimoniales;** a saber:
 - En primer lugar, el criterio de la **sumisión**; criterio que tanto el **art. 10, nº 5, CCiv** como el **Reglamento ROMA I** –igual que su predecesor, el Convenio de Roma de 19.06.1980, sobre Ley aplicable a las Obligaciones contractuales- aplican, atribuyéndole el papel de regla fundamental, en materia de determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales o negociales, pero siempre a **condición** de que la **ley nacional** a la que se hayan remitido los contratantes tenga alguna **conexión** con el negocio de que se trate, para de este modo evitar conductas fraudulentas ⁽⁵⁶⁾.
Ahora bien; esa **conexión**, por lo que a los operaciones bursátiles se refiere, puede basarse o versar sobre **cualquier elemento de la relación jurídica**: la *nacionalidad del emisor* y la *nacionalidad de los valores*; el *“locus rerum”* de los valores; la *nacionalidad o residencia del comprador y/o del vendedor* de los valores; la *nacionalidad o establecimiento de la Entidad rectora del mercado*; de el o de los *intermediarios* profesionales que reciben y ejecutan las órdenes; de los *operadores* de las infraestructuras de la *poscontratación*, y un largo etcétera.
 - Estrechamente vinculado con el criterio anterior, podemos aludir a la aplicación de la **ley material** que corresponda a la **Jurisdicción competente** [Lo que se conoce como la *“lex fori”*], sobre todo en la medida en que la competencia Jurisdicción haya venido previamente determinada por el cauce de la sumisión

Los dos criterios aludidos parecen gozar de un notable predicamento en los países del *“Common Law”*, como el Reino Unido y los EE.UU; países en los que la *Jurisprudencia* de los Tribunales, con cierta frecuencia, ha venido extendiendo la aplicación del Derecho **material**, sobre la base de la **competencia jurisdiccional** de sus tribunales, aunque hay que señalar que, si bien las operaciones bursátiles no pueden escapar a la cognición de los Tribunales de Justicia, lo cierto es que los mercados de valores tienden a proporcionar cauces para la resolución extrajudicial de los conflictos que se producen con ocasión de las operaciones de mercado.

- La **Ley de la nacionalidad, vecindad o residencia común** de los **contratantes**: en materia de celebración de negocios jurídicos y contratos, no hay que olvidar la posibilidad de que los puntos de conexión se centren en condiciones subjetivas del propio armador responsable; a saber: su nacionalidad; su residencia o establecimiento ⁽⁵⁷⁾.
- La **Ley del lugar donde se celebró el contrato** o se otorgó el acto o negocio jurídico [*“lex loci contractus”*] ⁽⁵⁸⁾.
- La **Ley del lugar de cumplimiento del contrato** [*“lex loci executionis”*] ⁽⁵⁹⁾.

⁵⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I.: *“Curso...”*, cit., ps. 65 y ss.

⁵⁶ SANCHEZ CALERO, F.: *“Noción y caracteres...”*, cit., p. 32. ARROYO MARTÍNEZ, I.: *“Curso...”*, cit., ps. 65 y ss.

⁵⁷ PUTTFARKEN, H.-J.: cit., p. 33.

⁵⁸ AGUILAR NAVARRO, M.: *“Derecho Internacional Privado”*, cit., t. II, *“Derecho Civil Internacional”*, 4ª ed., ps. 570 y ss. GARCÍA VELASCO, I.: *“Derecho Internacional Privado...”*, cit., p. 250.

⁵⁹ AGUILAR NAVARRO, M.: *“Derecho Internacional Privado”*, cit., t. II, *“Derecho Civil Internacional”*, 4ª ed., ps. 570

- La **Ley del lugar donde acaeció el evento generador de la responsabilidad** [*“lex loci delicti commissi”*], que emplea el **art. 10, nº 2, CCiv.**, en relación con la ley nacional aplicable a las **obligaciones extracontractuales** ⁽⁶⁰⁾; criterio tampoco suficientemente fiable, por las dificultades que se suscitan en un fenómeno como el de la navegación con transporte de mercancías o personas, a través de las aguas de múltiples Estados. Parecido a él es el criterio de la **Ley del lugar donde acaeció el daño** [*“lex loci damni”*].
- La **Ley aplicable a la obligación incumplida**; criterio que –al parecer, y aunque me suscite alguna duda o reserva– únicamente parece considerarse válido en materia de **responsabilidad contractual**, pero no en materia de responsabilidad aquiliana,
- La **Ley con la que la relación presente los vínculos más estrechos**; criterio muy caro al **Reglamento ROMA I**, como antes lo fue para el ConvR./1980 ⁽⁶¹⁾.

Los puntos de conexión son susceptibles de clasificación: para empezar, los puntos de conexión pueden clasificarse atendiendo al objeto de referencia, teniendo en cuenta los elementos del caso que pueden ser matizados de extranjerías: ya sabemos que los hay personales, reales y funcionales –que algún autor califica como *“conductistas”* ⁽⁶²⁾–. Si los primeros atienden a, o se basan en cualidades abstractas del Sujeto, por ejemplo, la nacionalidad, domicilio, residencia, pertenencia a un país por medio de la prestación de servicios, etc; los segundos toman como punto de referencia las circunstancias que rodean o caracterizan a los bienes, tanto muebles como inmuebles: p.e., el lugar de situación o localización [*“forum rei sitæ”*], lugar de matriculación, etc. Y, por fin, los puntos de conexión *“funcionales”* consisten o se basan en, o toman como referencia, sucesos, acontecimientos, conductas o actividades: los cumplimientos o incumplimientos obligacionales-contractuales; los ilícitos extracontractuales, etc.

También es posible formular una clasificación de los puntos de conexión que atienda, no a los elementos materiales que se toman como referencia, sino a la interacción con otros puntos de conexión; a la necesidad, o no, de interacción entre más de uno. Así; desde este punto de vista se habla de puntos de conexión acumulativos y puntos de conexión no-acumulativos; si estos últimos son aquellos puntos de conexión que permiten identificar la ley nacional aplicable a un supuesto con elementos de tráfico externo, sin necesidad de recurrir a otros puntos de conexión adicionales, empero ello no obsta a que –a su vez– deben subclasificarse, distinguiendo entre:

- puntos de conexión no-acumulativos simples
- y puntos de conexión no-acumulativos condicionales, los cuales –a su vez– se dividen en:
 1. puntos de conexión no-acumulativos condicionales subsidiarios: la norma indirecta emplea un solo punto de contacto, pero acude a un segundo o ulterior, en caso de que el primer punto de conexión fracasase.
 2. y puntos de conexión no-acumulativos condicionales alternativos: la norma indirecta ofrece varios puntos de contacto, entre los cuales la elección debe llevarse a cabo, o según la voluntad libre de las partes o en virtud de un hecho determinado cualquiera, por regla general, a favor de aquel Derecho que más beneficioso sea en un cierto aspecto, por ejemplo, el derecho más favorable a la validez de un contrato celebrado entre ausentes.

Y si los puntos de conexión no-acumulativos son aquellos puntos de conexión respecto de los cuales la Norma de conflicto permite identificar la ley nacional aplicable a un supuesto con elementos de tráfico externo, valiéndose de un solo punto de conexión sin necesidad de recurrir a otros puntos de

y ss. GARCÍA VELASCO, I.: *“Derecho Internacional Privado. Reflexiones introductorias”*, edit. LIBRERÍA CERVANTES, Salamanca, 1994, ps. 64 y ss. LARA AGUADO, A.: *“La contratación transfronteriza...”*, cit., p. 181.

⁶⁰ GARCÍA VELASCO, I.: *“Derecho Internacional Privado...”*, cit., p. 250. SANCHEZ CALERO, F.: *“Noción y caracteres...”*, cit., p. 32. ARROYO MARTÍNEZ, I.: *“Curso...”*, cit., p. 66. GABALDÓN GARCÍA/RUIZ SOROA.: *“Manual...”*, cit., 2ª ed., p. 33.

⁶¹ ARROYO MARTÍNEZ, I.: *“Curso...”*, cit., p. 66. ARROYO MONTERO, R.: *“Responsabilidad del naviero”*, cit., p. 526.

⁶² CADET ODIMBA, J.: *“Puntos de conexión en el DIpr”*, en <https://prezi.com/p/dcao_g7jsjco/puntos-de-conexion-en-el-di-pr/>

conexión adicionales, los puntos de conexión acumulativos son aquellos puntos de conexión respecto de los cuales la Norma de conflicto permite identificar la ley nacional aplicable a un supuesto con elementos de tráfico externo, valiéndose de varios factores que han de concurrir, ora en términos de igualdad, ora bien de modo desigual, lo que -a su vez- permite distinguir entre:

1. puntos de conexión acumulativos iguales: la norma de conflicto determina que la misma cuestión venga sometida a distintas leyes nacionales aplicables que la resuelven cada una con independencia de la otra, de manera que sólo el acuerdo entre todos los Derechos aplicables permite llegar a una solución positiva. Así por ejemplo, resulta la adopción sólo válida, si lo es tanto según el Derecho domiciliario del adoptante como del adoptado.
2. puntos de conexión acumulativos desiguales: la norma de conflicto determina que la misma cuestión venga resuelta aplicando una sola Ley nacional, cuya aplicación puede resultar ora completada, ora bien limitada o reducido su alcance por la aplicación de otra Ley nacional, que juega el papel de un límite legal mínimo o máximo.

Pero, las operaciones de los mercados de valores presentan una complejidad estructural, personal y funcional de tal calibre, que en seguida se percibe que los anteriores puntos de conexión, aisladamente considerados, pueden resultar lastimosamente insuficientes.

12. Por si lo anterior no fuera suficiente, resulta que el sistema de las normas de conflicto ha sido objeto de críticas porque además de no ofrecer una solución directa e inmediata al problema de fondo, lo que va en detrimento de la seguridad jurídica y de la seguridad del tráfico, también adolece de la propia inseguridad y diversidad de las propias normas de conflicto... ya que cada Ordenamiento jurídico tiene las suyas, por lo que ¿cómo seleccionamos el sistema de normas de conflicto... cuando existen varios, concurrentes y tan convergentes y enfrentados como los sistemas de Derecho material? ⁽⁶³⁾. Posteriormente veremos que el Derecho moderno opta por la armonización, solo que esa armonización puede serlo de las propias normas materiales o sustantivas, referidas al fondo... como puede ser una **armonización de las propias normas de conflicto**, de lo que constituyen dos buenos ejemplos los reglamentos comunitarios como el citado **Regl.CE. n° 593/2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)**, etc., que -con el Reglamento Roma II- reflejan cómo el Derecho Comunitario comienza a sentir hondo interés por la armonización del Derecho de **obligaciones contractuales y extracontractuales**, siquiera sea en el plano de la mera **armonización de las normas de conflicto**, y cuya aplicabilidad al ámbito de las operaciones de los mercados de valores, al menos en su aspecto de contratos, parece inevitable, si no innegable.

II. Las operaciones bursátiles: concepto, naturaleza y estructura

1. Concepto y naturaleza jurídica de las operaciones bursátiles. Operaciones de Bolsa y concepto de Institución

13. Si el objeto y propósito de esta reflexión es analizar la problemática de la determinación de la Ley aplicable a las operaciones bursátiles, en el ámbito de las relaciones de tráfico internacional, preciso será abordar la tarea de definir y caracterizar esas mencionadas “operaciones bursátiles”, para determinar -luego- cómo las afecta el Derecho Internacional conflictual.

Como ya he señalado en alguna ocasión ⁽⁶⁴⁾, derogados los arts. 43 y 94, Tref.LMV, el vigente **art. 81** de la vigente **Ley n° 6/2023, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión [LMVySI]**

⁶³ McDOUGAL III/FELIX/WHITTEN: “*American Conflicts Law*”, cit., 5ª ed., p. 14.

⁶⁴ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L.: “Operaciones bursátiles y operaciones de los mercados secundarios regulados de instrumentos financieros: algunas consideraciones a propósito de la desaparición Formal de su definición jurídico positiva”, en “*E-Dictum*”, 2020, n° 101, julio, ps. 1 y ss., en <<https://dictumabogados.com/files/2020/07/doctrinajulio2020.pdf>>

junto con una -relativamente numerosa- jurisprudencia ⁽⁶⁵⁾, representada por decisiones como la STS., Sala Primera, Secc. 1ª, de 19.02.1896 ⁽⁶⁶⁾, la STS., Sala Primera, Secc. 1ª, de 09.01.1911 ⁽⁶⁷⁾, la STS., Sala Primera, Secc. 1ª, de 11.04.1924 ⁽⁶⁸⁾, la STS, Sala Primera, de lo Civil, nº 766/1987, de 26.11.1987 ⁽⁶⁹⁾, o -mucho más recientemente- la STS., Sala de lo Civil, Secc. 991ª, nº 371/2019, de 27.06.2019 ⁽⁷⁰⁾

⁶⁵ En GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “El relevante papel dogmático de la jurisprudencia en la configuración de las operaciones bursátiles: de la categoría de “contrato” a la de “institución””, en “*E-Dictum*”, 2021, nº 111, julio, ps. 2 y ss., en <https://dictumabogados.com/wp-content/uploads/2021/06/doctrina_junio_2021.pdf>, manifiesto mi apreciación de que, “[d]adas las peculiares características que presenta su regulación como “Ius specialis de Bursa ac de Bursæ operationibus”, cabe suponer que –en un momento dado- el papel protagonista en la definición del régimen jurídico de las operaciones de Bolsa y, en general, de los contratos u operaciones de los mercados secundarios oficiales de instrumentos financieros se desplazó al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, aquí representado –en su día- por los Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa, rectores de las diferentes Bolsas de Valores existentes en España y de algún Bolsín, luego transformado, y ahora por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin que –por el contrario- el Poder Judicial jugase ningún papel relevante al respecto. Y es que, durante mucho tiempo, las operaciones bursátiles apenas aparecieron por entre la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia: recurriendo a la base de datos jurídica “Tirant on line”, entre 1882 y 1989 –ciento siete años, nada menos- aparecen solamente 25 sentencias; prácticamente, una por cada cuatro años, si no menos: 3, en 1889; 2, en 1971; 1 –cada año, respectivamente- en 1968, 1966, 1965 y 1956. Luego hay que esperar nada menos que 9 años, para que encontremos 2 de 1947, y luego –nuevamente- 1 –cada año, respectivamente- en 1945, 1943 y 1932 (es decir, otros 11 años antes). Con anterioridad, incluso, el año 1927 resulta casi excepcional, al hacer dictado 4 Sentencias, en la materia; luego 2, en 1926, 1 en 1925 y en 1924; 2 en 1918 y 1 en 1916; 2 en 1915; 1 –cada año, respectivamente- en 1914 y 1913; 2 –cada año, respectivamente- en 1912 y 1909 y luego 1 –cada año, respectivamente- en 1908, 1907, 1902 y 1897. 1896 volvió a ser un año excepcional, con 3 sentencias, pero inmediatamente se vuelve al mínimo de 1 –cada año, respectivamente- en 1895, 1894, 1893, 1888 y 1882 (tres años antes de promulgarse el nuevo –vigente- Código de comercio, de 22 de agosto de 1885), con la exigua excepción del año 1889, en que se dictaron 2. Razón de este fenómeno fue –probablemente- lo que podríamos denominar la “autotutela bursátil”; las facultades de ejecución –por medio de los propios mecanismos del mercado- de las obligaciones contractuales incumplidas resultantes de los contratos de Bolsa. En este sentido, la “bursatilidad” o pertenencia al mercado supone que los contratos quedan sometidos a las normas positivas y a las reglas convencionales que rigen los citados mercados y que se refieren: a la negociación y celebración precisamente a través de los sistemas y procedimientos establecidos por el propio mercado; a la ejecución por medio de sistemas de compensación multilateral –clearing-... y –por fin- a que, en caso de incumplimiento contractual, serán los propios organismos rectores de los mercados o los organismos de compensación los que procedan a una ejecución extrajudicial de las obligaciones incumplidas, ora por vía de ventas de sustitución y compras de reemplazo, ora mediante la interposición de ciertas entidades –las entidades de contrapartida central- entre comprador y vendedor, actuando como contraparte de cada uno [como vendedor, frente al comprador para proporcionarle los valores; y como comprador, frente al vendedor para abonarle el precio]. Esa ejecución extrajudicial se traduce en la elusión del recurso al Proceso Jurisdiccional”. Sin embargo, la situación cambió profundamente entre 1990 y 2021, produciéndose una verdadera eclosión de lo que podríamos llamar la “Jurisprudencia bursátil”.

⁶⁶ STS., Sala Primera, Secc. 1ª, de 19.02.1896; Magistrados: D. José de Aldecoa, D. José de Garnica, D. Diego Montero de Espinosa, D. José de Cáceres, D. Francisco Toda, D. Joaquín González de la Peña y D. Pedro Lavín; Ponente: Sr. D. F. Toda; Roj: STS 21/1896; Ecli: ECLI:ES:TS:1896:21; Documento TOL5.068.566, en <<https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/5068566?index=3&general=%22operaciones+de+Bolsa%22+O+%22operaciones+burs%C3%A1tiles%22++O+%22compraventa+de+valores%22+Y+incumplimiento+O+%22ejecuci%C3%B3n+forzosa%22&searchtype=ol&concepts=ejecuci%C3%B3n+forzosa&concepts=compraventa+valores&concepts=%22&concepts=operaciones&concepts=bolsa&concepts=burs%C3%A1tiles&concepts=incumplimiento>>

⁶⁷ STS., Sala Primera, Secc. 1ª, de 09.01.1911; Magistrados: D. Pedro Lavín, D. Ramón Barroeta, Sr. Gullón votó en Sala y no pudo firmar, D. Pedro Lavíni, D. Eduardo Ruiz García Hita, D. Mariano Enciso D. Juan Francisco Ruiz y D. Octavio Cuartero; Ponente: D. Eduardo Ruiz García Hita; Roj: STS 440/1911; Ecli: ECLI:ES:TS:1911:440; Documento TOL5.053.191, en <<https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/5053191?index=1&general=%22operaciones+de+Bolsa%22+O+%22operaciones+burs%C3%A1tiles%22++O+%22compraventas+de+valores%22+Y+incumplimiento&searchtype=ol&concepts=operaciones&concepts=bolsa&concepts=burs%C3%A1tiles&concepts=compraventas&concepts=valores&concepts=incumplimiento&concepts=mercantil&themineglobalgrupo-domainmb=mercantil>>

⁶⁸ STS., Sala Primera, Secc. 1ª, de 11.04.1924; Magistrados: D. Rafael Bermejo, D. Enrique Gotarredona, D. Mariano Avellón, D. Pedro Armenteros de Ovando, D. Diego Medina García, D. Benito Salgues y D. Manuel Moreno; Ponente: Sr. D. D. Medina García; Roj: STS 176/1924; Ecli: ECLI:ES:TS:1924:176; Documento TOL5.041.370, en <<https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/5041370?index=0&general=%22operaciones+de+Bolsa%22+O+%22operaciones+burs%C3%A1tiles%22++O+%22compraventa+de+valores%22+Y+incumplimiento+O+%22ejecuci%C3%B3n+forzosa%22&searchtype=ol&concepts=ejecuci%C3%B3n+forzosa&concepts=compraventa+valores&concepts=%22&concepts=operaciones&concepts=bolsa&concepts=burs%C3%A1tiles&concepts=incumplimiento>>

⁶⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, nº 766/1987, de 26.11.1987; Ponente: D. R. López Vilas, en <<https://supremo.vlex.es/vid/-77092733>>

⁷⁰ STS, Sala de lo Civil, Secc. 991ª, nº 371/2019, de 27.06.2019; Magistrados: Excmos. Sres. y Excm. Sra. Presidente: D. Francisco Marín Castán; D. Antonio Salas Carceller, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, D. Ignacio Sancho Gargallo, D. Rafael Sarazá Jimena, D. Eduardo Baena Ruiz, D. Pedro José Vela Torres y Dª Mª Ángeles Parra Lucán; Ponente: D. Pedro José Vela

y la **SAProv. Barcelona, Secc. 1ª, nº 23/2021, de 18.01.2021** ⁽⁷¹⁾, nos revelan que “[l]as operaciones de compraventa bursátil son negocios jurídicos complejos que incluyen distintas figuras contractuales: unas órdenes cruzadas de compra y venta y unos contratos yuxtapuestos de comisión mercantil, en los que aparte del comprador y vendedor intervienen como intermediarias (una por parte del vendedor y otra por cuenta del comprador) unas agencias de valores, unas sociedades de valores o unas entidades bancarias (en general, Empresas de Servicios de Inversión, ESI). La compraventa de títulos en los mercados secundarios oficiales presenta características propias que la distinguen de las reguladas en el Código Civil. El objeto de este contrato -los valores negociables e instrumentos financieros- y su forma de representación, hacen que la compraventa en los mercados secundarios oficiales no consista en un contrato por el que el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada a cambio de un precio. Se trata de un negocio por el que uno o varios intermediarios se obligan a realizar por orden de otro (el vendedor) las actuaciones necesarias para que los valores o instrumentos financieros existentes en el patrimonio de éste se transmitan al comprador a cambio del pago por éste de un precio”. Y es que solamente la compraventa es susceptible de constituir un **título jurídico de adquisición onerosa –mediante “un precio en dinero”- de valores negociables**, de los contemplados en los **apdos. a) al c)**, del **art. 2º, LMVySI**; es decir: 1.º Acciones de sociedades y otros valores equiparables a las acciones de sociedades, y recibos de depositario representativos de tales valores, 2.º Bonos y obligaciones u otras formas de deuda titulizada, incluidos los recibos de depositario representativos de tales valores, 3.º Los demás valores que dan derecho a adquirir o a vender tales valores negociables o que dan lugar a una liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas. Y –además- instrumentos del mercado monetario, entendiendo como tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario, como letras del Tesoro, y efectos comerciales, excluidos los instrumentos de pago, y participaciones y acciones en instituciones de inversión colectiva, así como de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, considerados **“uti rebus”**, en el sentido del art. 333, CCiv – *“cosas que son o pueden ser objeto de apropiación”* -, lo que viene avalado, aunque muy pobremente, por el art. 336, Cciv.

14. La Compraventa siempre ha sido el paradigma de la contratación en las Bolsas y mercados de valores; ya el Tít. Vº del Lib. Iº, Ccom - *“De los comerciantes y del Comercio en general”* - regulaba los *“lugares y casas de contratación mercantil”*, incluyendo la regulación de las Bolsas, que –por entonces- se denominaban *“de comercio”*, y no *“de valores”*, así como las *“ferias, mercados y tiendas”*; una regulación que no se limitaba a la ordenación de las referidas instituciones, sino que se extendía a la regulación –total o parcial; orgánica o inorgánica- de sus operaciones, muchas de las cuales eran de compraventa o de cambio, cual revelaban los –todavía vigentes- arts. 83 al 87, Ccom, y –año- los arts. 64 al 80, Ccom, hoy derogados, que regulaban -sobre todo el art. 67 ⁽⁷²⁾, que pecaba, acaso, de excesiva amplitud y genericidad ⁽⁷³⁾ y también de inorganicidad- las operaciones de Bolsa ⁽⁷⁴⁾.

Torres, pronunciada en Rec.casación nº 1000/2017, contra la SAProv. de Segovia, Secc. 1ª, nº 9/2017, de 23.01.2017, en el recurso de apelación núm. 16/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 303/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Segovia; Roj: STS 2025/2019; Id.Cendoj: 28079119912019100019; - ECLI: ES:TS:2019:2025, en <<https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/c231439354136f68>>

⁷¹ SAProv. Barcelona, Secc. 1ª, nº 23/2021, de 18.01.2021; Magistradas: Doña Amelia Mateo Marco, Doña Isabel Adela García De La Torre Fernández Y Doña Susana Solans Ballarini; Ponente: Doña Susana Solans Ballarini, pronunciada en rec. apelación nº 944/2019; Roj: SAP B 61:2021; Ecli: ES:APB:2021:61; Documento TOL8.296.235, en <<https://www.tirantonline.com/accedys.udc.es/tol/documento/show/8296235?index=4&general=contrato+de+descuento+bancario&searchtype=substrin g&concepts=contrato+descuento+bancario>>

⁷² Ello, con independencia del elogio que pudiera merecer el último inciso del viejo art. 67, Ccom, porque gracias a él el mercado de valores pudo ir adaptándose a las circunstancias e incorporando nuevas modalidades de negociación [RUIZ CABRERO, J.: *“Los Contratos bursátiles”*, edit. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN BANCARIA Y BURSÁTIL, Madrid, 1987, p. 40, quien señala que el Legislador siempre fué consciente de que la Bolsa era una realidad viva, que siempre necesitará de la creación de nuevos mercados]

⁷³ VERDERA TUELLS, E.: *“Aspectos típicos del Contrato Bursátil en el nuevo Reglamento de Bolas de Comercio español”*, en VV.AA.: *“Colóquio de Derecho Bursátil”*, edit, UNIVERSIDAD DE BILBAO, FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS, ECONÓMICAS Y COMERCIALES, impr. SEVER-CUESTA, Valladolid, 1970, p. 161.

⁷⁴ En este sentido, el viejo art. 67, Ccom establecía que serían *“materia de contrato en Bolsa”*:

Pero la complejidad de la Operación bursátil no se agota en la vinculación entre compraventa de mercado y comisión de mercado, sino que lo verdaderamente característico está en la incardinación de estos negocios contractuales, **en el seno de complejas estructuras organizativas; complejos procesos técnico-funcionales y complejos haces de negocios contractuales, interconectados con un sentido instrumental**, para que los sucesivos operadores, cada vez más y más alejados de los inversores-contratantes, puedan contar con un título jurídico que los habilite, pero que también los comprometa, para ir llevando a cabo cada uno de los sucesivos pasos -actos materiales o técnicos y también jurídicos- de la operativa del Mercado, desde la celebración de los contratos, hasta su plena consumación, con efectiva trascendencia incluso en el plano jurídico-real [art. 81, LMVySI].

15. Respecto de la caracterización jurídica de las “operaciones bursátiles” y las “operaciones de los centros de negociación de instrumentos financieros” -por diversas que unas y otras sean- parece posible llegar a una consideración conclusiva, la cual tendría que ver con la -digamos- congruencia entre su calificación general como “operaciones” y su naturaleza jurídica. Me explico: nos encontramos ante uno más de esos supuestos en los que resulta discutible si a la figura en cuestión debe denominársela o si se la debe calificar como “operación”/“-ones”, o bien como “contrato”/“-os”, porque es obvio que nuestra legislación bursátil y del mercado de valores, lo mismo que la de otros países, utiliza o aplica -más o menos indistintamente- tanto la una como la otra expresión ⁽⁷⁵⁾. Si el desaparecido art. 83, Tref. LMV hablaba de “operaciones de los mercados secundarios de valores”, y el -también derogado- art. 58, Tref.LMV optó por conservar las expresiones más clásicas: hablando de “operaciones en Bolsa” y de “operaciones bursátiles”, nociones que se asociaban a la idea de “asignación” de dichas operaciones, ora a alguna -una- Bolsa de Valores o, en su caso, al Sistema de Interconexión Bursátil, **la LMVySI guarda silencio**; la nueva Ley habla, sí, de “operaciones”, pero lo hace **sin añadir ningún calificativo**, salvo la referencia a las “operaciones de mercado de valores” que podemos encontrar -por fin- en el **art. 248, LMVySI**, pero en un contexto absolutamente ajeno a la cuestión que analizamos.

De lo que sí habla la nueva LMVySI es de la “negociación en Bolsa” y de la “negociación a través del Sistema de Interconexión Bursátil” [Disp.Adic. Octava], la cual se relaciona -a su vez- con el hecho de “[I]a integración de una emisión en el Sistema de Interconexión Bursátil”, cuya integración “implicará su negociación exclusiva a través del mismo”; es decir: que -si nos atenemos a la literalidad de la Disp.Adic. Octava, LMVySI- uno podría pensar que lo que define a las “operaciones bursátiles” es el hecho de tratarse de **operaciones sobre conjuntos de valores, “integrada la emisión” -rectius:**

“1) los valores y efectos públicos. 2) Los valores industriales y mercantiles emitidos por particulares o sociedades o empresas legalmente constituidas. 3) Las letras de cambio, pagares y cualesquiera otros valores mercantiles. 4) La venta de metales preciosos, amonedados o en pasta. 5) Las mercaderías de todas clases y los resguardos de depósito. 6) Los seguros de efectos comerciales contra riesgos marítimos o terrestres. 7) Los fletes y transportes, conocimientos y cartas de porte y 8) Cualesquiera otras operaciones análogas a las expresadas en los números anteriores, con tal que sean lícitas conforme a las leyes...”

Aparecían mezclados, así, cosas -bienes, objetos- y contratos, sin más orden y concierto que el de una mera exposición analítica; una simple lista de posibles operaciones -en sentido económico- que podrían llevarse a cabo en las Bolsas. Y es que decir que pueden ser “materia de contrato en Bolsa” los “valores industriales y mercantiles emitidos por particulares o sociedades o empresas legalmente constituidas”, no nos indica -“per se”- de que tipo de negocios o contratos son objeto: se menciona e elemento real... pero no el título jurídico. En cambio, otras veces lo que se menciona es -directamente- ese título jurídico, que no es -propriamente- ni traslaticio, ni cambiario: “6) Los seguros de efectos comerciales contra riesgos marítimos o terrestres. 7) Los fletes y transportes, conocimientos y cartas de porte”.

⁷⁵ RUIZ CABRERO, J.: “Capítulo XIV. Las Operaciones de Bolsa”, cit. en VV.AA.: “Curso de Introducción ...”, p. 303, manifestaba con todo crítico que la legislación española parecía eludir la noción de “Contrato Bursátil”, prefiriendo hablar de “operaciones bursátiles” o de la materia de contratación del Bolsa, lo cual constituía una de las razones por las cuales el concepto de Contrato Bursátil nunca había sido correctamente definido en España, y que los autores se resistían a reconocerle autonomía jurídica. Por su parte, BARTOLOMÉ LABORDA, R.: “La Bolsa en el Mundo. Organización y funcionamiento de todas las Bolsas existentes”, edit. EDICIONES DEUSTO, S.A., Bilbao, 1980, ps. 122 y ss., 165 y ss. y 191 y ss., emplea estas diferentes expresiones.

sin embargo, cierto es que CANO RICO, J.R.: “Contrato mercantil de compraventa de valores mobiliarios con pago aplazado de su precio. Viabilidad jurídica y formalización”, en “Revista de Derecho Bancario y bursátil”, 1985, nº 17, enero-marzo, ps. 143 y s., advierte que, “[e]n sentido técnico y normativo, no es lo mismo ‘operación’ que ‘compraventa’; no es lo mismo ‘operación de Bolsa’ u ‘operación bursátil’ que ‘compraventa de valores mobiliarios’...”.

integrados los valores que componen esa emisión- en una Bolsa de valores determinada, o bien en el marco del SIB [“*Sistema de Interconexión Bursátil*”]. Mas, a decir verdad, esto sería un error; sería un error de perspectiva y un error por defecto; por insuficiencia, pues fuerza es reconocer que, por acertados o veraces que sean o fuesen, sólo con los elementos que supuestamente proporcionaría la Disp.Adic. Octava, LMVySI, ni de lejos podremos obtener una definición o en modo alguno podríamos alcanzar una visión que permita describir, ni que califique, ni que permita caracterizar a estas “operaciones”, en lo que podría considerarse como su íntima naturaleza. Para empezar, porque el mismísimo primer elemento de esta noción compuesta -el término “operación/-ones”- precisa de su propia definición, como requisito necesario para elaborar la definición del concepto “Operación bursátil”.

Por lo demás; como revelaría nuestra tradición histórico-jurídica, existe ese primer problema terminológico; en efecto, de forma similar –tal vez no idéntica- a lo que sucede en materia de operaciones y contratos bancarios, se vienen utilizando expresiones diferentes en diversos preceptos y disposiciones, para referirse a estas operaciones: se suele hablar de “operaciones de Bolsa”⁽⁷⁶⁾[“opérations de Bourse”⁽⁷⁷⁾; “Börsengeschäfte”⁽⁷⁸⁾]-cuando no se especifica hablando de los “Börsenkassageschäfte”⁽⁷⁹⁾ y de los “Börsentermingeschäfte”⁽⁸⁰⁾-, en Alemania, aunque la traducción también podría ser –quizá- la de “negocios jurídicos bursátiles” o, en términos más amplios, de “operaciones de un mercado secundario oficial de valores” [Como decía el viejo art. 36, LMV] y, más brevemente, “operaciones de mercado”⁽⁸¹⁾, otras veces –aunque más raramente- se habla de “contratos bursátiles” [“contrats de

⁷⁶ El empleo de la expresión “operaciones” se apreciaba en los preceptos del CCom -arts. 64, 65, 74, 75, 76, 78, 79 y 80-, así como en los del Regl.Bols/1967; también se generalizó su uso en la Jurisprudencia de nuestros Tribunales -vid., p.e., la STS, Sala Primera, Secc. Primera, nº 21/1896, de 19.02.1896; Ponente: D. F. Toda; Roj: STS 21/1896; Ecli: ECLI:ES:TS:1896:21, Documento TOL5.068.566, en <

⁷⁷ MARTIN, L.M.: “Banques et Bourses”, en JUGGLART, M, de e IPPOLITO, B.: “Traité de Droit commercial”, t. VIIº, edit. MONTCHRESTIEN, 3ª ed. por L. M. Martin, Paris, 1991, ps. 737 passim. COURET, A., LE NABASQUE, H., COQUELET, M-L., PORACCHIA, D., RAYNOUARD, A., REYGROBELLET, A. y ROBINE, D.: “Droit Financier”, edit. DALLOZ, 2ª ed., Paris, 2012, ps. 70 y ss. MARQUET, Y.: “Les marchés d’options négociables sur contrat a terme”, edit. ECONOMICA, Paris, 1988, ps. 27 y ss.

⁷⁸ SCHÖNLE, H.: “Bank- und...”, cit., 2ª ed., ps. 459 y ss.

⁷⁹ SCHÖNLE, H.: “Bank- und...”, cit., 2ª ed., ps. 460. SCHWARK, E.: “Börsengesetz...”, cit., 2ª ed. reelaborada, ps. 406 y s. HÄUSER, F. WELTER, R.: “4 Kapitel. Börsentermingeschäfte”, en VV.AA.: “Handbuch des Kapitalanlagerechts”, dir. Por H-D. Assmann y R.A. Schütze, edit. C.H. BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, Munich, 1990, ps. 451 y ss.

⁸⁰ SCHÖNLE, H.: “Bank- und...”, cit., 2ª ed., ps. 463 y ss. SCHWARK, E.: “Börsengesetz...”, cit., 2ª ed. reelaborada, ps. 386 y ss. HÄUSER/WELTER: “4 Kapitel. Börsentermingeschäfte”, cit. en ASSMANN/SCHÜTZE y otros: “Handbuch...”, ps. 407 passim.

⁸¹ Que siguió el criterio del art. 34 del Proy.LMV., nº 121/000074, BOCG., Congreso, IIIª Legislatura, 4. 3. 1988. Como señala IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W.: “La Contratación en el Mercado de Valores”, en VV.AA.: “Tratado de Derecho mercantil”, dirigido por M. Olivencia, C. Fernández-Novoa, R. Jiménez de Parga, coord. por G. Jiménez Sánchez, t. XXXIV, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid/Barcelona, 2001, ps. 31 y 180 y s., en el uso de los profesionales del mercado, pero también en el uso académico, se está expandiendo el empleo del término “operación”, por delante de los términos más jurídicos, como “negocio” o como “contrato”. El autor continúa señalando que esta tendencia se encuentra “aún más justificada, si cabe, que en los siglos precedentes, no sólo porque la contrato principal que se ejecuta en las Bolsas sobre los valores constituye un contrato singular, de factura compleja, al se adjuntan varios negocios auxiliares [Cuenta corriente, Garantía, Comisión], sino además porque a partir de las últimas dos décadas del siglo XX, se sustentan en los mercados

Bourse”, en Francia; o “*contratti di Borsa*”, en Italia], e incluso en alguna norma o precepto se habla –empleando no un sustantivo, sino una expresión verbal o “operación/-ones”- de ser “**materia de contratación bursátil**”⁽⁸²⁾, en vez de aludir a los términos precedentes. Y estas diversas expresiones no se sabe a ciencia cierta si son, o *no son* -como parece más plausible, a juzgar por la sistemática utilizada, en su día, por nuestro Ccom/1885 y por nuestro Reglamento de Bolsas aprobado por Decreto nº 1506/1967, de 30.06.1967 [Regl.Bols/1967]- idénticas.

Hasta 1988, el **Ccom/1885** regulaba las operaciones de Bolsa, no en su Lib. IIº, relativo a los “*contratos especiales de comercio*”, sino en su **Lib. Iº**, “*De los comerciantes y del comercio en general*”; más precisamente, dentro de la regulación de los “**lugares y casas de contratación mercantil**”, y ya hemos visto la trascendencia que este hecho tuvo sobre la Doctrina jus-mercantilista clásica, a la hora de exponer las materias propias del Derecho bursátil.

16. Mas aunque esa visión clásica pueda darse, ya, por netamente superada, lo cierto es que todavía refleja algo que es muy real: que la definición de las operaciones bursátiles no es una definición que se centre en la naturaleza jurídica de estas operaciones, sino **en las circunstancias periféricas de su modalidad de celebración y las especialidades de su ejecución**⁽⁸³⁾; es decir: que esa definición no se centra en la sustancia, en la esencia... sino en el accidente, cuando el accidente -lo que en sí mismo es accidental, particular y, en cierto sentido, hasta contingente- se convierte -como consecuencia de un cambio de perspectiva en el análisis del objeto- en un propio elemento fundamental del régimen jurídico de esas operaciones, dejando de ser accidente, para convertirse en parte de la sustancia. En este sentido, me parece pertinente –como hice, ha tiempo, en relación con el Seguro marítimo- parafrasear las conocidas palabras de ORTEGA y GASSET, para decir que las operaciones de Bolsa o las operaciones de los mercados secundarios oficiales de valores, “*son ellas y su circunstancia*”, y que cualquier aproximación introductoria de carácter analítico a las mismas, debe fijar su atención en tres puntos o cuestiones que deben ser planteados y resueltos precisamente en un determinado orden lógico, y no en otro diferente: el **cómo**, el **por qué** y el **qué son** las operaciones de Bolsa o la operación es o los contratos de los mercados secundarios oficiales de valores.

Por lo que hace a la primera cuestión -“**cómo son**” las operaciones de Bolsa o las operaciones o los contratos de los mercados secundarios oficiales de valores-, es preciso comenzar señalando que ese “**cómo son**” las operaciones mencionadas, en realidad depende de dos aspectos o presenta dos planos o una doble dimensión: la dimensión o el aspecto **técnico** y la dimensión o el aspecto **jurídico-institucional** o -si se quiere- ordinamental; el aspecto de las **fuentes** reguladoras de esas operaciones las operaciones de Bolsa o las operaciones o los contratos de los mercados secundarios de valores e instrumentos financieros están sometidos a un **sistema propio de fuentes instrumentales** [Se trata, una vez más, de las afirmaciones expuestas por RODRÍGUEZ SASTRE]⁽⁸⁴⁾. En este sentido, estas operaciones se encuentran sometidas a **disposiciones –legales y reglamentarias- propias, especiales**, como la LMVySI, la Ley nº 44/2002, de 22.11.2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero [LFin/2002], el Real Decreto nº 813/2023, de 08.11.2023, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de

secundarios algunas operaciones de cuño nuevo especialísimas, difícilmente encajables... en el molde de la contratación tradicional”.

⁸² Emplea esta expresión BARTOLOMÉ LABORDA,R.: “*La Bolsa en el Mundo...*”, cit., ps. 122 y ss.

⁸³ CONTRERAS Y VILCHES,A. de.: “*El Contrato de Futuros financieros*”, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES,S.A., Madrid/Barcelona, 2006, ps. 27 y s.

⁸⁴ RODRIGUEZ SASTRE,A.: “*Operaciones de Bolsa...*”, cit., t. II, 2ª ed., p. 514. BELTRAN,L.: Voz “*Operaciones de Bolsa*”, en BELTRAN,L. y otros.: “*Diccionario de Banca y Bolsa*”, edit. LABOR,S.A., Barcelona/Madrid/Bogotá/Bs.Aires/Caracas/Río de Janeiro/México/ Montevideo, 1969, p. 906. CANO RICO, J.R.: “*Manual práctico...*”, cit., t. II, “*Contratos bancarios...*”, 4ª ed., p. 716. En un sentido similar o, al menos, paralelo, vid. TARTUFARI,L.: “*De la Venta y del Reporto*”, en BOLAFFIO,L., ROCCO,A. y VIVANTE,C.: “*Derecho Comercial*”, t. V, vol. 2º, “*Efectos del contrato (Continuación). Incumplimiento del contrato y sus efectos. Del Reporto*”, trad. por D.Viterbo de Frieder y S.Sentís Melendo, notas de Derecho argentino por C.Viterbo, ed. revisada y ampliada por E.Soprano, edit. EDIAR, SOCIEDAD ANÓNIMA, EDITORES, Buenos Aires, 1948, ps. 348 y ss., que -sobre todo- localiza el factor determinante de la bursatilidad de las compraventas, en su objeto y en la liquidación coactiva, en caso de incumplimiento, tal como vienen previstas en las leyes, reglamentos y usos bursátiles. LEÓN LEÓN, R.: “*Ámbito de aplicación de la Ley bursátil mexicana*”, en “*Revista de Derecho Bancario y bursátil*”, 1985, nº 18, abril-junio, ps. 343 y ss.

las demás entidades que prestan servicios de inversión [RDESI/2023], el Real Decreto nº 814/2023, de 08.11.2023, sobre instrumentos financieros, admisión a negociación, registro de valores e infraestructuras de mercado [RDVan/2023] -algo más dudosa es la posibilidad de que puedan estar sometidas a la Ley nº 22/2007, de 11.07.2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores [L.Com.Sfdis]-... y otras que se hallan fuera del articulado de nuestros códigos, sean civiles o de comercio. Para no mencionar -y eso que son importantísimas; de hecho, fundamentales, las “*normas*” contenidas en los “*reglamentos de mercado*”, elaborados -con apoyo en las previsiones normativas- en ejercicio de la **libertad de autorganización** de los propios mercados, regidos -fundamentalmente- por **entidades “rectoras” jurídico-privadas**, encargadas -asimismo- de organizar la contratación. Mas con ser cierto este existir un sistema propio de fuentes reguladoras... por una vez, ese simple hecho **no es suficiente** -ni muchísimo menos- para dar respuesta cabal y completa a la cuestión de “*cómo son*” las operaciones de Bolsa o las operaciones de los mercados secundarios oficiales de valores; y no es suficiente, porque es preciso incidir en lo que podríamos describir como la **anatomía** y la **fisiología**, e incluso la **patología** de estas operaciones, porque posiblemente analizando esos aspectos sea cuando podamos responder a la cuestión de **por qué se las denomina “operaciones”, y no “contratos”**... a pesar de que -evidentemente- son esto último; a pesar de que -evidentemente- son “*contratos*”⁽⁸⁵⁾.

17. Así las cosas; con todo y eso, todavía no hemos llegado a la pregunta -aparente o formalmente- esencial: “*qué son*” las operaciones de Bolsa o las operaciones o los contratos de los mercados secundarios oficiales de valores; cómo definir las en su esencia misma; en su naturaleza; es decir: la tercera y última de aquellos tres grandes puntos o cuestiones que debían ser planteados y resueltos en un determinado orden lógico: el **cómo**, el **por qué** y el **qué** son las operaciones de Bolsa o las operaciones o los contratos de los mercados secundarios oficiales de valores. Y debían ser planteados y resueltos precisamente en ese mismo orden lógico... porque creo adivinar que muchas de las tentativas de definiciones del concepto de operaciones de Bolsa, u operaciones o los contratos de los mercados secundarios oficiales de valores... adolecían del **defecto básico de mezclar y confundir el cómo son, el por qué son de esa manera, y -finalmente- el qué son, en sí mismos.**

Y la respuesta a esa última cuestión nos exige considerar que las compraventas de valores, que se hallan en el núcleo de las operaciones bursátiles, se encuentran integradas en el contexto de una institución; de unas **instituciones**; circunstancia donde vienen a converger el qué, el por qué y -en definitiva- el cómo son las operaciones de Bolsa.

⁸⁵ Es interesante el “*approach*” metodológico expositivo que adopta, en la literatura jurídico-financiera angloamericana, el inglés HUDSON, A.: “*The Law of Finance*”, edit. SWEET & MAXWELL, 1ª ed., Londres, 2009, ps. 78 y ss. y 379 *passim*, que hace aplicación de las construcciones doctrinales del “*Contract Law*” anglosajón, a todas las operaciones y contratos del sistema financiero, lo que incluye -ciertamente- las operaciones de Bolsa y de mercados secundarios de instrumentos financieros -hay una referencia explícita en p. 437-. así, el Autor comienza afirmando que los contratos constituyen el corazón, el núcleo de las transacciones financieras. En general, los autores angloamericanos presuponen que las operaciones de mercado de valores son compraventas [BECKER, W.G.: “*Some Ethical Aspects of Stock Market Operations*”, (1943), Master’s Theses. 3452, Loyola eCommons, LOYOLA UNIVERSITY, Chicago, 1943, ps. 7, 9, 15, 16, etc. JAMES, L.: “How financial markets work. Investing & Finance”, en “*New York State Attorney General*”, en <<https://ag.ny.gov/resources/individuals/investing-finance/how-financial-markets-work>>, quien señala que “A financial market is a place where firms and individuals enter into contracts to sell or buy a specific product, such as a stock, bond, or futures contract. Buyers seek to buy at the lowest available price and sellers seek to sell at the highest available price. There are different kinds of financial markets, depending on what investors want to buy or sell...”. CHEN, J.: “What Is the Stock Market?”, Updated October 27, 2023, Reviewed by Cierra Murphy; Fact checked by Kirsten Rohrs Schmitt, en <<https://www.investopedia.com/terms/s/stockmarket.asp>>, quien señala que “*Traders in the stock market buy or sell shares on one or more of the stock exchanges that are part of the overall stock market... The stock market allows buyers and sellers of securities to meet, interact, and transact*”. Análogamente, HAYES, A.: “How Does the Stock Market Work?”, Updated December 22, 2023, Reviewed by Julius Mansa; Fact checked by Kirsten Rohrs Schmitt, en <<https://www.investopedia.com/articles/investing/082614/how-stock-market-works.asp>>, quien señala que “>, quien señala que “Individual and institutional investors come together on stock exchanges to buy and sell shares in a public market. When you buy a share of stock on the stock market, you are not buying it from the company, you are buying it from an existing shareholder. What happens when you sell a stock? You do not sell your shares back to the company, but instead, sell them to another investor on the exchange”. Vid. también, en un contexto ordinal diferente, CONTRERAS Y VILCHES, A. de.: “*El Contrato de Futuros financieros*”, cit., ps. 25 y ss.

2. Elementos estructurales de las operaciones bursátiles y factores de deslocalización o plurilocalización ordinamental

18. Por consiguiente; de todo lo que se acaba de manifestar, la primera impresión que se obtiene es que la anatomía de estas llamadas “operaciones” [bursátiles] revela que se trata de organismos dotados de una estructura ósea claramente contractual: las operaciones de Bolsa o las operaciones de los mercados secundarios oficiales de valores nacen de –y como- “contratos”; porque el Contrato es el tipo de acto –de negocio- jurídico que mejor cuadra a una realidad socioeconómica en que:

1. Existe un doble deseo –y por tanto- dos intereses distintos, en adquirir valores y en enajenarlos por precio cierto [no olvidemos que el art. 42, LMVySI se refiere a los “mercados regulados” como todo aquel “sistema multilateral, operado o gestionado por un organismo rector del mercado, que reúne o brinda la posibilidad de reunir, dentro del sistema y según sus normas no discrecionales, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación conforme a sus normas o sistemas, y que está autorizado y funciona de forma regular de conformidad con el presente Título”].
2. Esos dos intereses, se hallan, evidentemente enfrentados; existe –entre ellos- un conflicto originario [“*Urkonflikt*”]...
3. Pero –asimismo- los titulares de esos dos intereses en conflicto, están dispuestos a superarlo, buscando un punto de convergencia que haga que, asumiendo cada uno de ellos un sacrificio patrimonial suficientemente satisfactorio del interés de su Contraparte, les permita –o les convenza para- llegar a un acuerdo y dar lugar al intercambio ⁽⁸⁶⁾.

Pues bien; si existe un instrumento jurídico adecuado para lograr ese propósito, es el **Contrato**, ya que el Contrato es el tipo de acto jurídico-negocial que, nacido del consentimiento de varios sujetos, que se manifiesta como el “*concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa*” que han de constituirlo, puede generar obligaciones para las –dos... o más- Partes contratantes [1089, 1091, 1256 o 1258, CCiv], y –además- en su caso puede ser título de disposición, traslativo del dominio [arts. 609 y 1095, CCiv, y arts. 10 y 81, LMVySI]. Mas, si es cierto que -de conformidad con el **art. 1257, Cciv**, “[l]os contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos...”, basta leer lo dispuesto en la legislación bursátil y del Mercado de Valores, para apreciar que, en la contratación bursátil y de los mercados secundarios oficiales de valores e instrumentos financieros, **participan numerosos “terceros”, que no son “otorgantes” de dichos contratos, pero cuya participación hace posible la celebración de los contratos y, sobre todo, su ejecución y el cumplimiento de las obligaciones asumidas.**

El contrato -además- lo es de compraventa, y como cualquier otro contrato –bursátil o no; civil o mercantil, o incluso laboral o administrativo- y como cualquier otro negocio jurídico, el Contrato –o los contratos- de compraventa bursátil de valores; los que podríamos describir como núcleo de las operaciones de Bolsa, pueden ser considerados como estructuras; lo son en su aspecto negocial, en su aspecto relacional y en su aspecto normativo u organizativo, y –por consiguiente- el Contrato –o los contratos- de Bolsa poseen *elementos* que forman su estructura y cuya interacción dinámica y programada, integra o constituye el indispensable “*objeto*” del contrato; elementos que –como en cualquier otro contrato y como cualquier otro negocio jurídico- pueden serlo de diversos tipos o clases: *personales, reales, causales y formales*.

19. Mas no podemos olvidar -tampoco- el enfoque jurídico-positivo que dedica el Ordenamiento jurídico español -como podría hacerlo cualquier otro- a la descripción y regulación de los “*requisitos*” del Contrato -de los contratos; de todos ellos, cualesquiera que fueran su tipo, su adscripción ordinamental [civiles, mercantiles, administrativos, laborales; internacionales -es decir, con elemento de internacionalidad- o meramente internos]. En efecto; ni el CCom, ni el CCiv parecen tener especial interés por los

“*elementos*” del Contrato -de los contratos- sino que dedican su atención a los “*requisitos*”. Así se hace patente en preceptos como el art. 50, CCom y 1261, CCiv que es el primero de los que forman el Cap. IIº, Tít. IIº, Lib. IVº, CCiv, que lleva por título -precisamente- el de “*de los requisitos esenciales para la validez de los contratos*”. Y a este respecto creo que procede recurrir -como tantas veces- a la utilísima ayuda del Diccionario R.A.E. de la Lengua Española, cuando nos define las voces “*requisito*” y “*elemento*”.

Mas procedamos con orden: el art. 50, CCom dispone -como es de todos bien sabido- que los contratos mercantiles se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en el propio CCom o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común -entre otras cosas-... “*en todo lo relativo a sus requisitos*”; eso, además de “*en todo lo relativo a... sus modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes*”, que no deja de ser -en el fondo- otro requisito o una parte o aspecto de un requisito. Y puesto que el CCom o las leyes especiales no disponen nada más en punto a esta cuestión, debemos fijar la atención en el art. 1261, CCiv, que dispone que:

“*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1.º *Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º *Causa de la obligación que se establezca*”

Se habla -pues- en todo caso, de los “*requisitos*” de los contratos; más precisamente -porque ello es lógicamente necesario, como se verá de inmediato- “*de los requisitos esenciales para la validez de los contratos*”. Por el contrario, no se habla de “*elementos*” del Contrato; mejor dicho: no se habla expresamente de “*elementos*” del Contrato. La explicación de este fenómeno la podemos hallar si -para empezar- analizamos el significado de las voces “*requisito*” y “*elemento*”. Pues bien; de acuerdo con el Diccionario R.A.E., la voz **requisito** -del lat. *requisitus*- cuenta con una *única* acepción; a saber: 1. m. Circunstancia o condición necesaria para algo. Por el contrario; nuevamente de acuerdo con el Diccionario R.A.E., nos encontramos con que la voz **elemento** -del lat. *elementum*- cuenta con -nada menos- que hasta 12 acepciones, a las que aún cabría sumar una serie de voces compuestas, si bien -centrando la atención únicamente en las primeras y luego de efectuar una purga de aquellas acepciones que no guardan relación con el objeto de nuestro análisis- podemos centrar la atención exclusivamente en las siguientes: 1. m. Parte constitutiva o integrante de algo. 2. m. En la filosofía griega, cada uno de los cuatro principios que componen el universo: tierra, agua, aire y fuego. 3. m. Fundamento, medio o recurso necesarios para algo [a.e. *Me faltan elementos de análisis*]. 5. m. Componente de una agrupación humana. El elemento conservador. Elementos subversivos. 8. m. Mat. Cada uno de los componentes de un conjunto.

Pues bien; comparando ambas voces y sus diferentes acepciones podemos llegar a una triple conclusión; a saber: por una parte, que el concepto “*requisito*” tiene un significado *único* y que ese significado puede calificarse como esencialmente *teleológico*, y -por otra parte- que el concepto “*elemento*” tiene varios significados, aunque con evidente tendencia a sugerir una idea *única*, y que esos significados y esa idea *única* puede calificarse como esencialmente *ontológicos*, en vez de ontológicos [que es lo propio del término “*requisito*”]. Si lo consideramos desde una perspectiva etimológica, no podemos pasar por alto que la voz “*requisito*” tiene un origen verbal; se trata de un participio del verbo requerir, mientras que la voz “*elemento*” parece meramente sustantiva. Por tanto, se trata de voces que designan **realidades diferentes** porque sirven a **distintos propósitos**: “*requisito*” es -exclusivamente- condición; situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra cosa, situación o circunstancia. En cambio, “*elemento*” sugiere la idea de componente; de parte que integra algo... sin presuponer que sea -al propio tiempo- la situación o circunstancia indispensable para la existencia de ese algo.

Sin embargo; el propio Diccionario R.A.E. nos revela que existe un punto de coincidencia, un punto de contacto entre ambas nociones, porque resulta que la voz **elemento** en su *tercera acepción*, designa o alude a: 3. m. *fundamento, medio o recurso necesarios para algo*. Luego, por consiguiente, “*requisito*” y “*elemento*” pueden resultar -siquiera, puntualmente- sinónimos, o -cuando menos- presentar un cierto punto de coincidencia. Mas, pese a todo, lo que es evidente es que el CCiv y el CCom han preferido hablar de los “*requisitos*” de los contratos, precisamente porque ni el CCiv ni el CCom son obras científicas; no

son manuales, ni tratados... sino que son *disposiciones legales* que contienen *normas positivas* de Derecho objetivo que, en su caso, se ocupan de las condiciones para la existencia y la validez de los contratos, de forma que parece mucho más lógico y acertado tratar de la cuestión -desde una perspectiva normativa; de ejercicio del poder de regular; de dictar preceptos legales- de la *existencia y validez* de los contratos, recurriendo al término “*requisitos*”, más que -o en lugar- de recurrir al término “*elementos*”.

Ahora bien; aunque ni el CCiv ni el CCom hablan *expresamente* de “*elementos*” del Contrato, este hecho no debe interpretarse como revelador de una decidida voluntad de prescindir o de hacer caso omiso y “*tabula rasa*” de los “*elementos*” del Contrato: no es eso lo que pretende el Legislador, de modo que cabe admitir que nuestros códigos -bien el CCiv, bien el CCom, o ambos incluso- dejan una puerta abierta a una consideración de los “*elementos*” -ya no, o además de, los “*requisitos*”- del Contrato, aunque -insisto- *sin* emplear expresa y específicamente ese término “*elementos*”. Y en verdad es así, porque -a poco que se considere con cierto detenimiento y a la vista de la lectura de las normas positivas- en seguida se percibe que los “*requisitos*” del Contrato, a su vez- constan de “*elementos*”. Así, p.e., el Consentimiento es el primer requisito de validez del Contrato, pero -a su vez- el Consentimiento consta de sus propios *elementos*: “*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*”, dice el art. 1262, párr. 1º, CCiv.

20. Pues bien; a efectos de esta exposición, nos interesan, sí, los “*elementos*” -ya no, o además de, los “*requisitos*”- de las operaciones bursátiles, que superan -incluso- a los de los contratos que laten en su seno; elementos que son -como digo- *personales, reales, causales y formales*.

En principio, parece que los elementos que mayor trascendencia tienen -por lo característico- son los elementos **reales**, que -como sucede con toda compraventa- son Cosa y Precio, con la peculiaridad de que -aquí- la Cosa no es una sino una cantidad de varias -incluso muchas-, pues estamos ante una compraventa de cosas genéricas y fungibles; concretamente, se trata de cantidades o conjuntos de **valores negociables**...

El problema es que ese elemento real nos reconduce a lo me atrevería a calificar como **elemento personal periférico** porque los valores son bienes que -al propio tiempo- son **derechos que se ostentan “en” o “frente a” un tercer sujeto; el “emisor”**, que es -digamos- sujeto pasivo de los derechos que se materializan en los valores, pero que no es Parte en la Operación bursátil.

Luego vienen los elementos **personales nucleares**, que son **las Partes contratantes**... Con esto tendríamos, ya, siquiera los elementos fundamentales del **negocio jurídico** contractual; del “**contrato**”; de la compraventa que subyace bajo estas operaciones... Pero el negocio jurídico no es el único aspecto del Contrato; el Contrato no se agota en el acto de autonomía privada, sino que genera una **relación jurídica** y una **norma de conducta** -denominada “*lex contractus*”-, que suponen desplegar en el tiempo y el espacio el objeto de ese contrato, en forma de -si se me permite utilizar este término inglés- “**performance**” de la relación y de la regla de conducta, mediante la ejecución de las mutuas prestaciones. Por tanto, si empleamos el concepto de “*contrato*” en cualquiera de esos otros dos sentidos... entonces **también** podremos considerar como “*elementos*”, los que lo sean de la relación jurídica y de la norma de conducta; es decir: entonces **también** podremos considerar como “*elementos*” del contrato, lo que lo sean de su **ejecución y cumplimiento**; “*elementos*” -insisto- y no “*requisitos*”. Es aquí donde volvemos a encontrarnos con una multiplicación de elementos, ya que hay que tener en cuenta **cómo la ejecución de las obligaciones se lleva a cabo mediante la ineludible participación de terceros**, como los operadores de las infraestructuras de la poscontratación. Este es un rasgo morfológico que hace más complejas tanto la anatomía como la fisiología de los contratos que vertebran jurídicamente las operaciones de Bolsa y las operaciones de los mercados secundarios oficiales de valores o instrumentos financieros; en otras palabras: para expresar “**cómo son**” las operaciones de Bolsa o las operaciones de los mercados secundarios oficiales de valores, es inevitable aludir a la **participación -más o menos intensa- de terceros**...

1. **En la pre-contratación...**
2. **... en la contratación, propiamente dicha...**
3. **... y en la post-contratación** ⁽⁸⁷⁾

⁸⁷ RUIZ y RUIZ, R.: “*La Compraventa de Valores mobiliarios*”, cit., ps. 1 y ss., sobre la vinculación entre la compraventa

Y en esta línea, no puede sorprender, p.e., que el **art. 80, RDVan/2023**, bajo el título “operaciones de un centro de negociación”, establezca que “[l]as operaciones concluidas con arreglo a las normas de un mercado regulado, de un SMN o un SOC se consideran operaciones concluidas en el marco de dicho centro de negociación”, pues -en mi opinión- esa referencia -“**en el marco de [el] centro de negociación**”- encubre el fenómeno que he descrito de la **participación de terceros en la pre-contratación, la contratación propiamente dicha y la post-contratación**; participación -incluso- de terceros que **no son “partes” en las compraventas de valores**, ni en los contratos de futuros, opciones, permutas etc. que se celebran en los citados centros o sistemas; participación de sujetos que no intervienen en la conclusión de tales contratos, en calidad de portadores de intereses particulares propios, que intentan satisfacer -en el contexto de un conflicto con la Contraparte- mediante la celebración de esos contratos por cuenta e interés propios. Frecuentemente, p.e., las sociedades y agencias de valores, o las entidades de crédito, participan en estos contratos... pero no como “partes”, sino como agentes, comisionistas o mediadores.

21. En el caso de las Bolsas y las operaciones bursátiles, la propia “Sociedad Rectora”, que gestiona y organiza el mercado, y organiza y dirige la contratación, no interviene en la conclusión de tales contratos, ni en calidad de portadora o titular de intereses particulares propios, que intenta satisfacer mediante la celebración, por cuenta e interés propios, de esos contratos... ni tampoco interviene como agente, comisionista o mediadora, por cuenta e interés de compradores o vendedores.

Mas la cosa no termina aquí: en las operaciones bursátiles y de otros mercados de propio comercio de valores, unos terceros -ajenos al contrato original- como son las **entidades de contrapartida central [ECCs]** asumen el compromiso de proporcionar liquidez al mercado, efectuando operaciones de contrapartida de contratación, cuando compradores y/o vendedores, no encuentran contraparte con la que efectuar las operaciones que desean, e incluso **frente a supuestos de incumplimiento**, de forma que la ECC -cada ECC- actuaría como una suerte de **supra-intermediario**, que **celebra un contrato de compra de valores** -interviniendo como comprador-... **con el Miembro vendedor y -otro- contrato de venta de valores** -interviniendo como vendedor-... **con el Miembro comprador** ⁽⁸⁸⁾. En este sentido, hay que sostener que son “**contratos ciegos**” ⁽⁸⁹⁾, aunque yo prefiero señalar que se trata de un caso de **intermediación indirecta en la contratación**, lejanamente parecida -sólo lejanamente- a la operativa bancaria de intermediación indirecta en el crédito. Sin embargo, no podemos pasar por alto el hecho de

y el previo contrato de comisión que compradores y vendedores celebraban con los agentes. CANO RICO, J.R.: “Manual práctico de Contratación mercantil”, t. II, “Contratos bancarios, financieros y sobre títulos-valores”, edit. TECNOS,S.A., 4ª ed., Madrid, 1999, p. 716. MARTÍNEZ FLÓREZ/PÉREZ TROYA/SALIDO GUSI: “Capítulo 2. La Compraventa en los Mercados de valores...”, cit. en VV.AA.: “Contratos del Mercado de Valores...”, en YZQUIERDO TOLSADA/ALMUDÍ CID/MARTÍNEZ LAGO y otros: “Contratos civiles, mercantiles...”, t. XI, ps. 128 y ss., en esp. ps. 135 y ss. CONTRERAS Y VILCHES, A. de.: “El Contrato de Futuros financieros”, cit., ps. 86 y ss. No puedo por menos que citar, una vez más, como confirmación de mis palabras, el interesante estudio de DÍAZ RUIZ,E.: “Los mercados secundarios...”, cit., ps. 103 y s., cuando manifestaba que la compensación y liquidación de las operaciones bursátiles, es decir, la determinación de las cantidades que deben efectivamente liquidarse en valores y efectivo entre los distintos miembros del mercado por cuenta propia y de sus clientes, se llevan a cabo, respecto de la mayoría de las bolsas, por sociedades independientes, que vienen a denominarse, por regla general, sistemas de compensación y liquidación de valores, adoptando la forma de sociedades anónimas. En línea similar, más recientemente, LEÓN SANZ, F.J.: “Capítulo I Contratación y postcontratación en los mercados de valores: un sistema especial de transmisión de valores/Trade and post-trade in securities markets: a special securities transfer system”, en VV.AA.: “La Reforma del Sistema de Postcontratación en los Mercados de Valores”, edit. THOMSON-REUTERS/EDITORIAL ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2017, ps. 44 y s. BAGO ORIA, B.: “Capítulo 6 Las Cuentas de la Entidad de Contrapartida Central y su Registro de operaciones/Register ans account structura of central counterparty”, en VV.AA.: “La Reforma del Sistema de Postcontratación en los Mercados de Valores”, edit. THOMSON-REUTERS/EDITORIAL ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2017, ps. 254 y s.

⁸⁸ IGLESIAS PRADA,J.L.: “El Contrato de Futuros financieros. Una síntesis de su caracterización y régimen jurídico”, en VV.AA.: “Los mercados españoles de opciones y futuros financieros. Seminario celebrado en la Universidad Menéndez y Pelayo del 12 al 16 de septiembre de 1994”, dir. por E. Díaz Ruiz y P. Larraga, edit. UNIVERSIDAD INTERNACIONAL MENÉNDEZ Y PELAYO (UIMP)/MEFF/CENTRO DE DOCUMENTACIÓN BANCARIA Y BURSÁTIL, Madrid, 1995, p. 245.

⁸⁹ MASSAGUER FUENTES,J.: “La Opción financiera: caracterización jurídica”, en VV.AA.: “Los mercados españoles de opciones y futuros financieros. Seminario celebrado en la Universidad Menéndez y Pelayo del 12 al 16 de septiembre de 1994”, dir. por E. Díaz Ruiz y P. Larraga, edit. UNIVERSIDAD INTERNACIONAL MENÉNDEZ Y PELAYO (UIMP)/MEFF/CENTRO DE DOCUMENTACIÓN BANCARIA Y BURSÁTIL, Madrid, 1995, p. 275.

que, ya en la Ley anterior, si la Entidad de contrapartida central **actuaba “contraparte” en esos “contratos ciegos”**, en realidad lo hacía **actuando como -digamos- “agente” o “instrumento” de la Sociedad rectora**, porque el viejo art. 65, nº 2, Tref.LMV, a quien imponía -realmente- el deber de asegurar la contrapartida de los contratos, era a la propia **Sociedad rectora**, que se veía, ya, convertida en obligada o responsable **“ex lege”** ⁽⁹⁰⁾; papel que creo que continuaría desempeñando ahora.

Pero, sobre todo, este fenómeno se reproduce –con un sentido diferente- en los **procesos de la fase de postcontratación, donde la ECC actuaría nuevamente como comprador, frente al Vendedor y como vendedor, ante el Comprador... pero –ahora- simplemente a los efectos de la compensación y ulterior liquidación de operaciones, valores y efectivo**. Y es que, por fin, hay que tener en cuenta la participación de los –llamémosles- **operadores profesionales de la “compensación y liquidación de operaciones y valores”**, que juegan un papel absolutamente fundamental en la consumación y buen fin de las operaciones de Bolsa y de las operaciones de los mercados secundarios oficiales de valores o instrumentos financieros, coadyuvando a su ejecución y cumplimiento, y a la procura de sus efectos jurídico-reales, tampoco intervienen en la conclusión de tales contratos, ni en calidad de portadores o titular de intereses particulares propios, que intenta satisfacer mediante la celebración de esos contratos por cuenta e interés propios... ni asumen –por y para sí- las obligaciones derivadas de tales contratos. Si acaso, su papel puede ser el de agentes, comisionistas o prestadores de obra o servicios, por cuenta e interés de compradores o vendedores... pero en relación, no con la celebración de los contratos, **sino** en relación con su **ejecución**, respecto de la cual tampoco se puede decir que hayan asumido los compromisos que surgen del Contrato bursátil, etc. En este sentido, no me resisto a reproducir unas palabras de ARIAS VARONA, cuando dice que “[e]l funcionamiento de los mercados de valores actuales ha agudizado el problema del tratamiento de los valores anotados en caso de concurso de alguna de las entidades que participan en el depositario central de valores (...) La cuestión es más antigua de lo que puede parecer, pues entronca con la situación derivada de los contratos de comisión y depósito. De hecho, es conocida desde hace tiempo en el ámbito financiero y bancario, del que proceden las reglas ahora recogidas en el [Tref.LMV, vigente por entonces]. Su agudización obedece al progresivo desarrollo del mundo moderno de los mercados de valores, el empleo del sistema de anotaciones en cuenta, la consolidación de la plena fungibilidad de los valores y el incremento de escalones entre el titular último del interés sobre los valores y la entidad encargada de su depósito. El problema puede expresarse de manera sintética sin grandes dificultades. Se trata de resolver la posible existencia de un derecho de separación de los valores en beneficio de sus legítimos titulares, en caso de concurso de la entidad participante en el [Depositorio Central de Valores]”; posibilidad que –empero- se enfrenta con varios inconvenientes que el propio ARIAS VARONA describe o expone en los siguientes términos: “... que quienes ostentan el interés último sobre los valores no suelen poder participar de forma directa en el [Depositorio Central de Valores] y deben hacerlo con la intermediación de una entidad participante. La situación es más compleja cuando, como es frecuente, los interesados finales ni siquiera mantienen la relación directa con la entidad participante en el [Depositorio Central de Valores], por lo que existen diferentes escalones intermedios hasta ellos” ⁽⁹¹⁾. Así lo demuestran la **STS., Sala Primera de lo Civil, Pleno, nº 371/2019, 27.06.2019** ⁽⁹²⁾, el **ATS., Sala de lo Civil, Secc. Primera, de 10.03.2021** ⁽⁹³⁾, que se producen en los siguientes términos:

⁹⁰ CONTRERAS Y VILCHES, A. de.: “El Contrato de Futuros financieros”, cit., p. 311.

⁹¹ ARIAS VARONA, F.: “Capítulo 23 El tratamiento de los valores de los clientes en el concurso de entidades participantes en el Depositorio Central de Valores/Clients’ securities in the insolvency proceedings of members of the Central Securities Depository”, edit. THOMSON-REUTERS/EDITORIAL ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 915

⁹² STS., Sala Primera de lo Civil, Pleno, nº 371/2019, 27.06.2019; Magistrados: Excmos. Sres. y Excm. Sra. D. Francisco Marín Castán, presidente, D. Antonio Salas Carceller, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, D. Ignacio Sancho Gargallo, D. Rafael Sarazá Jimena, D. Eduardo Baena Ruiz, D. Pedro José Vela Torres y D.ª M. Ángeles Parra Lucán; Ponente: P.J. Vela Torres, pronunciada en Rec.casación nº 1000/2017, en <<https://supremo.vlex.es/vid/796936897>>.

⁹³ ATS., Sala de lo Civil, Secc. Primera, de 10.03.2021; Ponente: Ilmo. SR. D. F. Marín Castán; Rec. Nº 374/2019 Roj: ATS 2629:2021; Ecli: ES:TS:2021:2629ª; Documento TOL8.356.404, en <<https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/8356404?index=28&general=%22operaciones+de+Bolsa%22+O+%22operaciones+burs%C3%A1tiles%22+Y+compraventa&searchtype=ol&concepts=compraventa&concepts=%22&concepts=operaciones&concepts=bolsa&concepts=burs%C3%A1tiles%22>>

“...La compraventa de títulos en los mercados secundarios oficiales presenta características propias que la distinguen de las reguladas en el Código Civil. El objeto de este contrato –los valores negociables e instrumentos financieros– y su forma de representación, hacen que la compraventa en los mercados secundarios oficiales no consista en un contrato por el que el vendedor se obliga a entregar una cosa determinada a cambio de un precio. Se trata de un negocio por el que uno o varios intermediarios se obligan a realizar por orden de otro (el vendedor) las actuaciones necesarias para que los valores o instrumentos financieros existentes en el patrimonio de éste se transmitan al comprador a cambio del pago por éste de un precio.

3.- El vendedor no entrega unas acciones al comprador, que le paga por ellas un precio, sino que interviene necesariamente un operador del mercado, se ejecuta una transferencia contable de las acciones anotadas en cuenta y un pago con intermediario, de acuerdo con una operativa de compensación y liquidación reglada. Las partes no entran en contacto, las ofertas y las demandas se introducen por un tercero en un sistema informático, en el que las operaciones son anónimas y se produce la compensación y liquidación de forma masificada y normalizada, según un procedimiento establecido reglamentariamente.

Por ello, junto a las tradicionales partes del contrato de compraventa, vendedor y comprador, la normativa específica del mercado secundario oficial de la Bolsa de valores exige la intervención necesaria en la conclusión del contrato de un comisionista bursátil y después, en la ejecución, de una entidad de contrapartida central y de una entidad de liquidación. Pero ello no quiere decir que, a efectos obligacionales, tales entidades intermediarias y liquidadoras sean parte en el contrato de compraventa de las acciones, sino que dicho contrato debe realizarse con su intervención mediante la yuxtaposición de otras figuras jurídicas complementarias”⁽⁹⁴⁾

22. Ahora bien; precisamente este hecho que acabo de referir –la necesidad de participación de terceros, en los procesos de cumplimiento contractual de las operaciones de mercado bursátil- conecta con esa otra cualidad tan peculiar de la existencia de unas **fuentes instrumentales propias**, distintas y especiales; **heterogéneas** en lo que respecta a su **naturaleza y valor normativo**, al tiempo que obliga a plantear y resolver la segunda interrogante: el **“por qué”** de las operaciones de Bolsa y/o de las operaciones o los contratos de los mercados secundarios oficiales de valores; más precisamente: **“el porqué de cómo son”** las operaciones de Bolsa o las operaciones o los contratos de los centros de negociación de instrumentos financieros. Pues bien; la explicación más verosímil es la que insiste en considerar que se trata de contratos en los que –o mediante los cuales- tiene lugar el proceso de **inversión/desinversión/especulación, cobertura o arbitraje financieros**, que –desde una perspectiva macroeconómica y, si se me permite expresarlo así, **“macro-jurídica”**- sirve a los fines característicos de un sistema financiero –

⁹⁴ CAPELL NAVARRO, J. y SÁNCHEZ-VILLEGAS J.A.: “15. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2019 (371/2019) Falta de legitimación pasiva del intermediario financiero en la acción de anulabilidad del contrato de compraventa bursátil de acciones”, en IZQUIERDO TOLSADA, M. y otros: “Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. Civil y mercantil”, Volumen 11º (2019), edit. DYKINSON, S.L., Madrid, 2020, p. 227, quienes -recogiendo el sentido de la Sentencia analizada- manifiestan que el contrato de compraventa civil tradicional consiste en un negocio jurídico de carácter simple por el que el vendedor se obliga a entregar al comprador unas acciones determinadas a cambio de un precio. De esta forma, en la compraventa civil, las partes intervinientes (comprador y vendedor) mantienen una relación jurídica directa mediante la cual negocian el objeto de transacción (acciones). Por el contrario, la compraventa bursátil de acciones constituye un negocio jurídico complejo que agrupa diversas figuras contractuales yuxtapuestas de comisión mercantil (arts. 244 y ss, CCom), en las que participan varios intermediarios (agencias de valores, sociedades de valores o entidades bancarias, genéricamente denominadas empresas de servicios de inversión) que se obligan a realizar por orden del vendedor y el comprador las actuaciones necesarias para que las acciones sean transmitidas a cambio de un precio. De este modo, el comprador y el vendedor de la compraventa bursátil no mantienen una relación jurídica directa como en la compraventa civil, sino que las ofertas y las demandas emitidas por éstos se introducen por terceros intermediarios en un sistema informático en el que las operaciones son anónimas y se produce la compensación y liquidación de forma masificada y normalizada en el mercado secundario oficial, según un procedimiento establecido reglamentariamente. En efecto, en el ámbito de la compraventa bursátil, el vendedor no entrega las acciones al comprador, que paga un precio por ellas, sino que la legislación del mercado de valores prescribe necesariamente: (i) en la conclusión del contrato de compraventa, la intervención de un comisionista bursátil (o bróker) y, más tarde, (ii) en la ejecución de la operación en el mercado, de una entidad de contrapartida central y una entidad de liquidación. Ello implica –añaden- que, en el plano obligacional, para que la compraventa bursátil surta efectos, es preciso la formalización de una órbita de contratos de comisión mercantiles en nombre ajeno (en su modalidad de intermediación, compensación y liquidación) que hacen posible el propio negocio de transmisión de acciones. Estos contratos de comisión son independientes entre sí y, en virtud del principio de relatividad de los contratos, vinculan exclusivamente a cada una de las partes que se obligan por ellos.

canalizar el ahorro hacia la inversión productiva, del modo más eficiente; **garantizando “la seguridad jurídica y económica de lo pactado”** [según decía el derogado art. 1º, Regl.Bols/1967, utilizando una expresión que me parece, todavía, de notable valor y utilidad ⁽⁹⁵⁾]-, en ese especial segmento suyo que son los mercados de valores. En este sentido, es preciso ir más lejos; más allá del concepto “*contrato*”, y analizar las operaciones bursátiles y las operaciones de los mercados secundarios oficiales de instrumentos financieros, considerándolas como “*instituciones*”; algo que ya GARRIGUES había predicado de la propia Bolsa, en sí misma ⁽⁹⁶⁾.

No voy a entrar, ahora, en el complejo problema de la definición del concepto “*Institución*”, que resulta ser claramente polisémico: me limitaré a hacer uso de una de las caracterizaciones más ampliamente aceptadas y la definiré como toda aquella “*realidad social típica, reguladas por normas jurídicas*” ⁽⁹⁷⁾; alguno añade que de carácter predominantemente imperativo ⁽⁹⁸⁾, aunque me gustaría completar esta noción matizando que donde se habla de una realidad “*regulada por normas jurídicas*”, habría que entender regulada de forma *convergente* por *haces diversos de normas jurídicas de procedencia, acaso, diversa y heterogénea*, poniendo de manifiesto –así- que, cuando se está en presencia de una Institución, ya se sabe que habrá de existir un bloque o conjunto de normas, disponibles de antemano, para ser aplicado a todos los supuestos de relaciones sociales que se refieran a la Institución considerada. En este sentido *jurídico* -y no meramente sociológico-, que proviene de la Doctrina romanista y de SAVIGNY ⁽⁹⁹⁾, las instituciones constituyen “*conjuntos de normas*” -normas objetivas, reglas voluntarias de conducta y, en síntesis, relaciones jurídicas- que se agrupan -y se configuran como “*conjuntos*”-, por referirse a una misma figura o realidad socioeconómica nuclear ⁽¹⁰⁰⁾. Pues bien; no cabe duda de que,

⁹⁵ OSUNA COSTA, J.: “Reforma de las Normas sobre contratación de las acciones bancarias en la Bolsa de Madrid (Comentarios a la Circular 7/85 de la Junta sindical de la Bolsa de Madrid)”, en “*Revista de Derecho Bancario y bursátil*”, 1985, nº 18, abril-junio, p. 355.

⁹⁶ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: “El Concepto orgánico de Bolsa”, en “*Revista de Derecho Bancario y bursátil*”, 1981, vol. Iº, nº 4, Septiembre-Diciembre, p. 746. GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Configuración jurídica de la Bolsa de valores y de la cotización oficial”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont*”, t. I, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1503. CARBAJALES, M.: “*La Regulación del Mercado financiero. Hacia la autorregulación del Mercado de Valores*”, edit. FUNDACIÓN DE ESTUDIOS FINANCIEROS/MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid/Barcelona, 2006, p. 86.

⁹⁷ Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: “*Sistema de Derecho civil*”, t. I, “*Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía privada. Persona jurídica*”, edit. TECNOS, S.A., 3ª reimpresión de la 9ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1997/1998/2000, ps. 200 y s.

⁹⁸ VELASCO SAN PEDRO, L.: “¿Institución o Contrato? Reflexionando (una vez más) sobre el carácter imperativo o dispositivo que debiera tener el Derecho de sociedades de capital”, en VV.AA.: “*Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. H.c. José Antonio Gómez Segade*”, edit. A. Tobío Rivas, A. Fernández-Albor Baltar y A. Tato Plaza, edit. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A., Madrid/barcelona/Bs.Aires/São Paulo, 2013, ps. 328 o 332.

⁹⁹ COING, H.: “*Grundzüge der Rechtsphilosophie*”, edit. WALTER DE GRUYTER, 4ª ed., Berlín/N.York, 1985, ps. 43, 100, 309 y ss y 351. O de ENNECERUS [Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: “*Derecho Civil Español. Común y Foral*”, t. I, “*Introducción y Parte General*”, vol. 2º, “*Teoría de la Relación Jurídica. La Persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos*”, edit. REUS, S.A., 11ª ed. con la colaboración de J.L. de los Mozos, Madrid, 1971, p. 10, tomando la definición de ENNECERUS afirma que “*se llama institución jurídica al conjunto de disposiciones de Derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada*”]

¹⁰⁰ Esta es una idea tan universalmente aceptada entre nuestros juristas, que muchos la asumen de forma automática, sin tomarse siquiera un instante para describir qué es lo que quieren decir cuando hablan de “*instituciones*”. Valgan como ejemplo las palabras de LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVARRÍA: “*Elementos...*”, cit., t. I, “*Parte General...*”, vol. 1º, “*Introducción*”, p. 11, cuando, al reproducir la E.M. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señalaba que “*lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones*”. Incluso DE COSSÍO y CORRAL, A. DE COSSÍO y MARTÍNEZ, M. y LEÓN ALONSO, J.: “*Instituciones de Derecho Civil*”, t. Iº, “*Parte General. Obligaciones y contratos*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, ps. 35 y s., aunque proponen una visión más amplia, holística, que abarque no solamente el aspecto normativo, sino también el sociológico y el teleológico. En sentido más normativista, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “La institución contractual en el Derecho Administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes”, en “*Revista de Administración Pública*”, 1959, nº 29, Mayo-Agosto, editada por el Instituto de Estudios Políticos (Madrid) p. 83, y en <[Cuadernos de Derecho Transnacional \(Octubre 2024\), Vol. 16, Nº 2, pp. 712-761
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: 10.20318/cdt.2024.8939](http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:RmUztVhxA8J:www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1959029059.PDF+Derecho+%2B+instituci%C3%B3n&hl=es&gl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsgvLX0RemqFDbDmFdIXNm2204B-grIlg4iDtlh4JMwimg3FsVPBGaA0cPtOhoJQjN99M8eJbGDy4sBb3wN9UsKx81H-tuq-86P0euP6YCVITm0O6V0IFQ4Nr-B4lVXP9dJY5qi&sig=AHIEtbTE9im8sRqkKR4permFwgKcfmT2w>”, cuando habla del “uso que la Administración hace de las instituciones privadas para la satisfacción de sus fines”</p>
</div>
<div data-bbox=)

desde este punto de vista, las **operaciones bursátiles** y de los mercados secundarios oficiales o regulados de valores e instrumentos financieros constituyen una “*institución*”, pero esta afirmación –útil, sin duda, desde el punto de vista dogmático, docente o expositivo- quizá resulte un tanto vana, si se considera desde un punto de vista algo más práctico.

Para lograr esa mayor practicidad y virtualidad reguladora, quizá debiéramos tomar como modelo de referencia una noción o una concepción **distinta** del término “*Institución*”; la concepción que ya expusiera –en su día- Maurice HAURIUO, pensando, fundamentalmente, en aplicarlo a organizaciones como el Estado o la Sociedad Anónima ⁽¹⁰¹⁾; entes que pueden, incluso venir dotados de personalidad jurídica, pero que –en todo caso- suponen “*organiza[r] un poder [y que] se le procur[en] los órganos necesarios*”, ya que en las **operaciones bursátiles** y las operaciones de los mercados secundarios oficiales de instrumentos financieros, adquiere un papel fundamental el **elemento organizativo**, hasta el punto de que podemos decir que **estamos ante contratos “de empresa”, entendida esta última como “organización económica”, aunque también -no me cabe la menor duda- estamos ante contratos “de empresa”, entendida esta última como “actividad económica organizada”**. Pero esa cualidad de ser contratos “de empresa”, las operaciones bursátiles la poseen o la presentan en un sentido diferente; más profundo –incluso- de lo que lo son otros actos de comercio; las operaciones bursátiles y de los mercados secundarios oficiales de valores son contratos “de empresa”, en el sentido o porque **para su nacimiento y para su cumplimiento es preciso que existan –y se han creado- organizaciones económicas constitutivas de empresas, cuyos componentes y cuyo funcionamiento están esencialmente ordenados a facilitar la celebración de los contratos y su cumplimiento y buen fin**.

23. Sin embargo, es preciso advertir que existen diferentes supuestos de *conexión* de los contratos *con las empresas* –con “la” Empresa-, que difieren entre sí ora según la *intensidad* de la *conexión*, ora bien según la *forma* de producirse esa *conexión*. Desde el punto de vista –o en función del criterio- de la *intensidad* de la *conexión* algunos contratos guardan con la Empresa, en cuyo seno se concluyen, una mera relación económica; otros guardan una relación de índole jurídica. Y otros, por fin, se encuentran en una relación técnica ⁽¹⁰²⁾.

¹⁰¹ Recordemos las opiniones, recientemente citadas, de VELASCO SAN PEDRO, L.: “¿Institución o Contrato? ...”, cit. en TOBÍO RIVAS/FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR/TATO PLAZA y otros: “*Estudios...*”, ps. 335 y ss., a modo de conclusión.

¹⁰² FERRI, G., ANGELICI, C. y FERRI, G. B.: “*Manuale di Diritto commerciale*”, edit. UTET, 9ª ed., Turín, 1993, ps. 659 y s. El criterio es aplicado a la contratación bancaria por parte de MOLLE, G.: “*I contratti bancari*”, en el “*Trattato di Diritto civile e commerciale*”, dir. por A. Cicu y F. Messineo, edit. DOTT. A. GIUFFRÉ, t. XXXV, vol. 1º, 4ª ed., Milán, 1981, ps. 4 y ss y a él nos hemos referido en GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L.: “*El Contrato bancario de Descuento*”, edit. UNIÓN EDITORIAL/CENTRO DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN BANCARIA Y BURSÁTIL, Madrid, 1990, p. 231.

En el primer supuesto –conexión meramente económica-, el vínculo entre el contrato y la empresa es el más lábil; el más débil: el contrato en cuestión puede ser realizado, *indistintamente*, dentro o fuera del seno de la empresa, sin que esta circunstancia influya sustancialmente en la disciplina de cada contrato aislado, de modo que su contenido y sus efectos *esenciales y característicos* permanecen los mismos... excepto por la nota ordinal de mercantilidad, de que la conexión con la empresa imbuye al contrato [Esto sucede, típicamente, con la compraventa de mercancías; de cosas muebles corporales que poseen un propio valor de uso].

Por el contrario, para determinadas categorías de actos, negocios jurídicos o contratos, la *inserción en la empresa* se eleva al rango de *presupuesto del acto* mismo, en cuyo caso esa conexión Contrato/Empresa asume especial relevancia jurídica. Ya dentro de este ámbito es donde cabe diferenciar entre *conexión jurídica* y *conexión técnica*, aunque una y la otra son –como mínimo- formas de *conexión jurídica*: la conexión jurídica que llamaré *simple* o *estricta* se produce en aquellos supuestos en los que la existencia de la empresa constituye, simplemente, un elemento de la “*fattispecie*” legal; un elemento del supuesto de hecho, tal como viene definido por la *norma* jurídica. En este caso, la diferencia entre que el contrato se celebre dentro, o fuera, del seno de una organización o una actividad de empresa, reside en el hecho de que se le aplicarán, o no, ciertas especialidades normativas, quedando –o no- sometido a una disciplina jurídica diferente de la que se le aplicaría, en caso de ser realizado fuera del seno de la empresa. Pero esta última eventualidad –la realización fuera del seno de la empresa- es, o puede ser –al menos, en pura teoría- *posible* y jurídicamente *lícita*.

Sin duda, es posible que existan supuestos de conexión jurídica que llamaré *cualificada*: ella se produce en aquellos supuestos en los que la existencia de la empresa constituye un elemento de la “*fattispecie*” legal; un elemento del supuesto de hecho, tal como viene definido por la *norma* jurídica... pero esencial; es decir: impuesto por la Norma positiva, como requisito “*sine quo non*” de validez del acto jurídico; es decir: podría suceder que la inclusión de la pertenencia a la Empresa, en la “*fattispecie*” o “*Tatbestand*” legal adoptase la forma de una prohibición positiva de su realización fuera del ámbito de una empresa, en cuyo caso la diferencia entre que el contrato se celebre dentro, o fuera, del seno de una organización o una actividad de empresa, residiría en que se sometería a una prohibición legal de ser realizado fuera del seno de la empresa, de modo que la realización en el marco de la Empresa sería una condición de *licitud* del contrato, cuya infracción podría dar lugar a consecuencias de tipo diverso:

Pero, además de la intensidad, las formas de conexión Contrato/Empresa pueden ser diferentes, en función de la *forma* o **manera en que se produce dicha conexión**, lo que -a su vez- puede afectar, cuando menos, a dos planos o dos aspectos; a saber:

1. Al plano objetivo-funcional
2. Al plano subjetivo-personal

Por lo que al primer aspecto se refiere, la forma o la manera en que se produce la conexión Contrato/Empresa, tiene que ver con las fases o etapas en que se descompone el “*iter*” o ciclo vital del funcionamiento de la Empresa, en el desarrollo de su actividad. Y es que si la actividad -digamos- **regular** del Empresario -aquella que no incluye las etapas finales de liquidación y extinción de la unidad productiva- consta de **tres fases** o momentos: primeramente, la fase de **organización** de su empresa; de organización y coordinación de los factores productivos; en segundo lugar, la fase de **prestación** de los bienes y servicios sobre los que desarrolla su comercio, **al mercado** ⁽¹⁰³⁾, y -en tercer lugar, aunque no en un orden cronológico, ni menos, funcional- una **fase intermedia, de realización del primer nivel de una actividad intermediadora** [P.e., la compra de lo que se va a revender con lucro, antes de la reventa; la percepción de las primas por el asegurador; la captación de depósitos, por el banco, antes de conceder los créditos], parece lógico -entonces- que los contratos mercantiles; que los contratos empresariales como propios “*actos de comercio*” se vinculen con la Empresa, **en cualquiera de esos tres planos o niveles**, pudiendo -y debiendo- ser calificados como “*actos de comercio*”; como contratos “*mercantiles*”, si constituyen el *cauce jurídico* de *cualquiera* de esas *tres* actividades [Siempre, en el caso de la organización, que no se trate de contratos laborales, y siempre -en el caso de la prestación de bienes o servicios- que no se trate de contratos administrativos]. Así pues, **habrá tres grandes grupos** de contratos mercantiles; de contratos “*de empresa*”, según que sirvan a uno u otro de los susodichos momentos de la actividad del Empresario: en primer lugar -aunque cronológicamente se produzcan al final del proceso productivo-, se encuentran los contratos por cuya virtud el Empresario **proporciona sus productos y servicios al público de los consumidores [o a otros empresarios]**.

Ahora bien; si tratamos de aplicar a las operaciones **bursátiles** y de los centros de negociación de valores e instrumentos financieros este criterio analítico-expositivo, en seguida detectaremos un defecto; una insuficiencia, ya que las operaciones bursátiles y de los mercados secundarios oficiales de valores son -o su núcleo está ocupado por- contratos mercantiles; son actos de comercio, y no simplemente por razón de su objeto -que está constituido por valores negociables; acciones, obligaciones, etc., así como instrumentos financieros, lo que acaso justificara hablar de “*cosas mercantiles*”-, sino también -y sobre todo, aunque acaso sea el aspecto en el que menos se repara- porque son contratos “*de empresa*”, aunque lo son de un **modo** sutilmente **diferente** a todo lo expuesto:

1. Desde el punto de vista del modo o manera en que se produce la conexión, en el plano objetivo-funcional... resulta dudoso -o así lo parece- *en cuál* de las fases de la actividad empresarial se mueven; con cuál de ellas se hallan conectadas; si con la organización, si con la comercialización o -por fin- si con la fase de intermediación originaria, o de adquisición de -“*latissimo sensu*”- materias primas; es decir: si con la fase de intermediación originaria, o de adquisición de los factores productivos necesarios para la producción y suministro de los bienes o servicios que constituye el giro o tráfico de la Empresa.

-
- nulidad del negocio
 - sanción al contratante infractor
 - ... ambas, a la vez.

Así pues; en caso de ser realizado fuera del seno de la empresa, esta última eventualidad -la realización fuera del seno de la empresa- podría resultar -al menos, en pura teoría- *o imposible* o bien jurídicamente *ilícita*.

¹⁰³ DUQUE DOMINGUEZ, J.F.: “Constitución Económica y Derecho mercantil”, en VV.AA.: “*La reforma de la Legislación mercantil*”, edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1979, p. 97. DE PABLO ROMERO Y GIL DELGADO, M^a.C.: “Empresa e inversión directa extranjera. La estructura y las manifestaciones de la situación de poder”, en I.C.E., 1986, enero, p. 142.

2. Desde el punto de vista de la intensidad de la conexión, nuevamente situándonos en el plano objetivo-funcional ... resulta confuso con cuánta intensidad se produce; resulta confuso si se trata de una conexión meramente económica –recuérdese que las operaciones bursátiles son meras compraventas, y que la Compraventa es un tipo contractual cuya conexión con la Empresa es, o a así parece, extremadamente débil-, si se trata de una conexión jurídica simple, o cualificada –no olvidemos la derogación de múltiples preceptos del Derecho bursátil y del Mercado de Valores que privaban de buena parte de su eficacia a las operaciones realizadas sin los requisitos de “*bursatilidad*”-, o si se trata de una conexión técnica –por lo mismo que las operaciones bursátiles son meras compraventas, y que hay instrumentos financieros derivados que lo mismo pueden concluirse “*over-the-counter*”, que en el seno de mercados organizados ⁽¹⁰⁴⁾[SOCs]-.

24. La clave para solucionar estas interrogantes se halla en adoptar o tomar en consideración la *forma* o *manera* en que se produce la conexión Contrato/Empresa, en el plano **subjetivo-personal**; es decir: la clave se halla en **identificar... respecto de cuál empresa se encuentran relacionadas las operaciones** bursátiles y de los mercados secundarios oficiales de valores, pues caben varias posibilidades... y no necesariamente excluyentes ni incompatibles:

- i. Respecto de la Empresa de cualquiera de las dos Partes contratantes –en el caso de las operaciones bursátiles, respecto de la Empresa del Comprador o respecto de la Empresa del Vendedor-, o bien...
- ii. ... respecto de la Empresa de la Entidad o entidades que prestan los servicios de inversión de recepción, transmisión y ejecución de órdenes de mercado, o bien...
- iii. ... respecto de la Empresa/Mercado secundario, de la que es titular y operadora la Sociedad Rectora, o bien...
- iv. ... respecto de la Empresa de Compensación/Liquidación de operaciones y de valores, de la que son titular y operadoras, sean el DCV -la Sociedad de Gestión de Sistemas de Compensación y Liquidación de Valores o “*Sociedad de Sistemas*”- o las ECCs...
- v. Y esto, sin olvidar la vinculación con la ECC, que ofrezca la contrapartida de las operaciones...

Para empezar, es evidente que las operaciones bursátiles y de los mercados secundarios pueden ser concertadas por sujetos que –sean meros inversores “*in fieri*”, que buscan colocar sus fondos o recursos monetarios en la adquisición de activos financieros rentables, o bien inversores “*in acto*” que ahora buscan liquidez, recuperando los activos monetarios que invirtieron, con anterioridad, en activos financieros del mercado de valores- ni siquiera tengan la condición de empresarios, por lo que no operarían ninguna empresa, a la que pudieran vincularse dichas operaciones... A este respecto, es bien conocida la problemática suscitada en Alemania por el hecho de que, de los contratos típicamente relacionados con la operativa bursátil –“*Effektengeschäfte*”, “*Finanzkommissionsgeschäfte*” y/o “*Eigenbörsengeschäfte*”-, dos habían aparecido en la legislación de ordenación bancaria como caracterizadores de las entidades de crédito –“*Kreditinstitute*”-, pero únicamente a condición de que se llevaran a cabo empresarialmente; es decir: en una medida que -para llevarse a cabo- precisara de una organización económica gestionada de manera empresarial o comercial [“*gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert*”]; supuesto que incluía -como operaciones bancarias; ojo: bancarias, no bursátiles- **la adquisición y enajenación o transmisión de instrumentos financieros** [“... 4.- *die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung*”], lo que la propia KWG calificaba como contrato u operación de “**comisión financiera**” [“*Finanzkommissionsgeschäft*”]... Ahora bien; de estas disposiciones me atrevo a extraer una serie de conclusiones que creo podrían resultar de utilidad, incluso en el contexto del Ordenamiento jurídico español; alguna de ellas -de carácter más

¹⁰⁴ WINDMÖLLER, “XI Financial futures”, en “§ 16. Rechtlicher Regelungsrahmen der Börsentermingeschäfte”, en ASSMANN/SCHÜTZE: “*Handbuch...*”, cit., p. 528

general- relacionada con la problemática de las relaciones entre Comisión y Representación, o entre Mandato y Poder, y de la que -en este momento- voy a limitarme a decir una cosa: si la Comisión de adquisición o de transmisión de instrumentos financieros adopta la modalidad de comisión “*sin representación*”, es evidente que el Comisionista se convertirá -propiamente- en un “*comprador*” o en un “*vendedor*” de instrumentos financieros, de modo que -con independencia- de la Comisión, siempre hallaremos en estas relaciones un núcleo duro negocial, constituido por un **contrato “de mercado”** o constituido por un **contrato “bursátil”**, que será -que *podrá ser*- bursátil, pero que **no** será bancario, si quien lo lleva a cabo o entre quienes se lleva a cabo son particulares; no profesionales, e **incluso no-comerciantes**. Y, sin embargo, nadie dudaría de que estas operaciones bursátiles o de los mercados secundarios regulados de activos financieros son contratos mercantiles; “*actos de comercio*”, tanto si se recurre al criterio de la pura inclusión formal, en el articulado de la Ley mercantil, como si se trata de atribuirles una mercantilidad “*ex rebus, vel ope rerum*”; es decir: la mercantilidad derivada de ser contratos que versan sobre cosas mercantiles [valores negociables, títulos del mercado de capitales, que -a su vez- son mercantiles porque tienen por causa operaciones mercantiles; societarias-capitalistas, de endeudamiento obligacionario, etc.] .

Y, en caso de que una de las Partes **contratantes**, o ambas, sean **empresarios**, las operaciones bursátiles o de los mercados secundarios oficiales de instrumentos financieros pueden estar **vinculadas con la Empresa de cualquiera de las dos Partes contratantes** -en el caso de las operaciones bursátiles, respecto de la Empresa del Comprador o respecto de la Empresa del Vendedor-, pero es preciso insistir en que esta circunstancia no determina la “*bursatilidad*” -entiéndase, “*lato sensu*”- de las operaciones, sino -en el mejor de los casos- su simple mercantilidad.

Situación parecida se da, si se toma como punto de referencia la conexión de las operaciones bursátiles y de los mercados secundarios pueden estar vinculadas, con la “*Empresa prestadora de Servicios de inversión*” ya que *tampoco* esta circunstancia determina la “*bursatilidad*” -entiéndase, “*lato sensu*”- de las operaciones, sino -en el peor de los casos- su simple mercantilidad, y en el mejor de ellos, la calificación como “*servicios de inversión*” [art. 125, LMVySI], pues hay que reconocer que los “*servicios y actividades de inversión*” pueden prestarse fuera del ámbito de la contratación en los mercados secundarios oficiales de valores e instrumentos financieros.

25. Donde se da, sin duda alguna, el **primer nexo de pertenencia de las operaciones “al Mercado secundario oficial”**, es cuando las operaciones se relacionan con la **Empresa/Mercado secundario, de la que es titular y operadora la Sociedad Rectora correspondiente**... Pues es evidente que las operaciones bursátiles y de los mercados secundarios se encuentran estrechísima y esencialmente conectadas a la Empresa de Mercado Secundario, toda vez que únicamente pueden merecer el calificativo de “*operaciones bursátiles*” o el calificativo de “*operaciones de los mercados secundarios oficiales de valores e instrumentos financieros*”, cuando se celebran a través de los sistemas de contratación establecidos por la Sociedad Rectora del Mercado secundario donde se negocian los valores o instrumentos financieros. Así pues; ya no la mercantilidad -que, por supuesto, que también-, sino la **bursatilidad** misma de las operaciones; su **pertenencia a la Empresa bursátil**; su **pertenencia al ordenamiento jurídico de la Bolsa** -ya que probablemente su pueda calificar a la Bolsa tanto como “*empresa*”, cuanto como un ordenamiento sectorial; como un infra-ordenamiento, en el sentido que Santi ROMANO atribuyó al concepto “*ordenamiento*”- viene dada por el **vínculo** que existe entre la **liquidación de operaciones, como forma de cumplimiento** contractual -paradigma del régimen y contenido de los contratos-, y la **celebración a través de los procedimientos y modalidades de contratación que la propia Bolsa tiene establecidos, sirviéndose de los “medios” que -asimismo- la propia Bolsa proporciona**; procedimientos que -a su vez- se organizan en -sic- “*segmentos*”, siendo así que -de acuerdo con el Diccionario R.A.E. de la Lengua- la voz **segmento** [del Del lat. *segmentum*.] tiene como sus dos primeras -de 5- acepciones, las siguientes: 1. m. Porción o parte cortada o separada de una cosa, de un elemento geométrico o de un todo, y 2. m. Geom. Parte de una recta comprendida entre dos puntos. Y, a su vez, la voz **segmentar** es verbo transitivo que significa cortar o partir algo en segmentos.

Esto es así porque estamos ante un tipo de operaciones y de contratos que mantienen con la Bolsa una relación biunívoca o recíproca:

1. Desde el punto de vista **objetivo-real**, porque se trata -sic- de “operaciones que se realizan ... sobre valores”
2. Desde el punto de vista **organizativo-funcional**, porque se trata -sic- de “operaciones que se realizan en la Bolsa [en general, en el centro de negociación]...”, y porque los valores se hallan “admitidos a negociación” en ella.
3. Desde el punto de vista **sustancial u ontológico**, porque se trata -sic- de “transmisiones por título de compraventa” que “atribuyen a los adquirentes los derechos que deriven de la naturaleza de los valores y les correspondan en función de las normas aplicables a la contratación, compensación y liquidación de sus operaciones”
4. Desde el punto de vista **subjetivo-personal**, porque se trata de operaciones en las que, quienesquiera que sean las Partes contratantes, titulares de los correspondientes legítimos intereses inversores/desinversores, dichas operaciones deben llevarse a cabo, **necesariamente, con intervención de los Miembros de la Bolsa**, en calidad -sic- de “participantes en la contratación”, ora actuando por cuenta propia, ora participando por cuenta ajena ⁽¹⁰⁵⁾; una intervención cuya razón de ser analizaremos en su momento, pero que ya anticipo que es **por razones jurídicas y -sobre todo- técnicas**.
5. Desde el punto de vista **negocial-funcional genético**, porque se trata de operaciones en las que los Miembros de la Bolsa, en cuanto “participantes en la contratación”, “deberán ajustarse a los procedimientos y modalidades establecidas al efecto y utilizar los medios que la Bolsa tenga establecidos con carácter general”, y -más precisamente- por cuanto esa actuación deberá consistir en la “introducción de órdenes” -es decir: de “posici[ones] introducida[s] por los Miembros, con indicación del valor a contratar, carácter comprador o vendedor, cantidad y precio”- “en los sistemas de contratación de la Bolsa, por medio de los servicios de acceso directo al mercado que los Miembros provean”; es decir: “por medio de los instrumentos y medios técnicos empleados por el Miembro para su contratación en la Bolsa”.
6. Desde el punto de vista **negocial-funcional ejecutivo, solutorio o dispositivo**, porque se trata de operaciones que “serán necesariamente compensadas a través de los procedimientos acordados entre la Sociedad Rectora y la entidad de contrapartida central determinada por la Sociedad Rectora con el fin de garantizar su ordenada liquidación y buen fin...”

Por este motivo, las operaciones bursátiles y de los mercados secundarios oficiales o regulados de valores e instrumentos financieros constituyen un ejemplo de la transformación de un contrato en –o, mejor, de la “elevación” a; es decir, al nivel o al plano de- “**institución**”, aunque debo advertir –debo insistir en advertir- que calificar a las operaciones bursátiles y de los mercados secundarios oficiales o regulados de valores e instrumentos financieros como “instituciones”, siendo cierto o, por lo menos, siendo una hipótesis no desdeñable, desde una perspectiva científica o dogmática, acarrea –sin embargo- el problema de la, no ya anfibología, sino incluso de la **polisemia**, que caracteriza al propio concepto de “institución”, que -con frecuencia- se aplica a organizaciones objetivadas -el Estado, la Sociedad de capital...-, que suponen ese “**organiza[r] un poder [y que] se le procur[en] los órganos necesarios**”. Y esto, que –en principio- pareciera que no se puede producir en el ámbito de una relación contractual... o que lo fue, en algún momento, a no ser que lo que quede, aquí, del Contrato de Compraventa, o de Futuros, o de Opción, o de Permuta –“Swap”- sea, no el acto de voluntad, sino la relación socioeconómica –jurídica- creada, y la norma de conducta impuesta a las partes. Esto reviste una importancia fundamental, a los efectos de la presente reflexión, porque si existen diversas relaciones jurídicas que giran en torno a la Compraventa de valores, y cada una de esas diversas relaciones jurídicas es susceptible de presentar -por separado o individualmente- **elementos de exrtanjería**.

En tales circunstancias, cabe preguntarse si debemos recurrir a uno o a varios puntos de conexión y si debemos aplicar una o varias leyes nacionales, e incluso confiar las controversias bursátiles a una o varias jurisdicciones competentes; si debemos optar por la **pluralidad ordinamental**, o si -por

¹⁰⁵ BARTOLOMÉ LABORDA,R.: “La Bolsa en el Mundo...”, cit., p. 191, quien citaba como la primera de las características de la Operación bursátil -esto lo decía allá por 1980- la presencia de la figura del “Intermediario”.

el contrario- parece **aconsejable** que todos estos elementos; “*elementos*” -insisto- y no “*requisitos*”, funcionen sometidos a una **misma -única- “lex contractus” nacional**.

3. Características de la regulación positiva de las operaciones bursátiles y su trascendencia para el Derecho internacional conflictual

26. Así las cosas, si -como se anticipó- las operaciones bursátiles, en su núcleo, son contratos de **compraventa** de valores, debemos estar ciertos de que esta afirmación, con ser absolutamente verdadera -al menos, cuando se trata de las operaciones bursátiles de contado- es, sin embargo, lastimosamente **insuficiente**, como ponen de manifiesto decisiones jurisprudenciales entre las cuales podríamos citar, p.e., el **ATS., Sala de lo Civil, Secc. Primera, de 10.03.2021** ⁽¹⁰⁶⁾ y la **STS., Sala Primera de lo Civil, Pleno, nº 371/2019, 27.06.2019** ⁽¹⁰⁷⁾, que califican a las “*operaciones de compraventa bursátil*” como “*negocios jurídicos complejos que incluyen distintas figuras contractuales*”, me atrevería a decir que se incurre en una cierta impropiedad dogmática: no estamos ante “*negocios jurídicos complejos*”, sino ante “*complejos de negocios jurídicos*”, porque no es que la Compraventa bursátil incluya componentes jurídicos de otros tipos contractuales distintos, formando un contrato complejo o mixto, sino que estamos ante algo así como **un sistema planetario, en cuyo centro se sitúa la Compraventa de valores, y en derredor de la cual orbitan contratos diversos a través de los cuales se proporcionan, por operadores diferentes, a Comprador y Vendedor, diversos servicios en orden tanto a facilitar su contacto y la conclusión de contratos, como su liquidación y pago; su eficacia traslativa/adquisitiva, y hasta su cumplimiento forzoso, caso de incumplimiento**. Y esto, para no mencionar que también orbitan en los límites exteriores de ese sistema planetario, los **elementos reales** de la Compraventa: los valores negociables, que se crean por un sujeto distinto de todos los demás operadores: las **sociedades emisoras**, las cuales -como se dijo- pueden ser de una nacionalidad diferente de las de todos los demás operadores involucrados en la operativa bursátil, a pesar de ser ellas las que producen -proporcionan- el elemento real fundamental de las operaciones de Bolsa.

Esto que acabo de exponer parece algo más propio de los contratos coaligados o uniones de contratos, que de los contratos complejos. En tales circunstancias habría que superar el recurso al empleo del término “*contrato bursátil*” etc., recurriendo al de “*operación bursátil*”, y no ya porque sea un término más amplio, menos comprometido y, sobre todo, omnicomprensivo... sino porque **la estructura subjetiva, objetiva y causal del tráfico en los mercados bursátiles** y de instrumentos financieros presenta una **complejidad que extravasa**, notoriamente y en mucho, **los límites de la estructura subjetiva, objetiva y causal del “Contrato”**, propiamente dicho. En otras palabras: resulta preciso utilizar la expresión “*operaciones*” [bursátiles o de los mercados secundarios oficiales de instrumentos financiero], para describir un fenómeno o unos fenómenos que, propiamente, consisten en **haces de complejas relaciones jurídico-patrimoniales**; cuya complejidad consiste o reside en el hecho de ser relaciones **pluripersonales** -porque involucran o afectan a un número de intervinientes superior a los dos, típicos de todo negocio contractual-, **pluriobjetivas** -porque involucran o afectan a un número de objetos y de conductas, que superan la dualidad propia de los contratos clásicos de intercambio-, y -en definitiva- por ser relaciones **plurinegociales**, ya que por razón de las dos circunstancias expresadas, difícilmente podrían hallar suficiente asiento jurídico en un único negocio contractual -la Compraventa-, precisando de la concatenación de varios negocios jurídicos contractuales distintos.

¹⁰⁶ ATS., Sala de lo Civil, Secc. Primera, de 10.03.2021; Ponente: Ilmo. SR. D. F. Marín Castán; Rec. Nº 374/2019 Roj: ATS 2629:2021; Ecli: ES:TS:2021:2629ª; Documento TOL8.356.404, en <<https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/documento/show/8356404?index=28&general=%22operaciones+de+Bolsa%22+O+%22operaciones+burs%C3%A1tiles%22+Y+compraventa&searchtype=ol&concepts=compraventa&concepts=%22&concepts=operaciones&concepts=bolsa&concepts=burs%C3%A1tiles%22>>

¹⁰⁷ STS., Sala Primera de lo Civil, Pleno, nº 371/2019, 27.06.2019; Magistrados: Excmos. Sres. y Excm. Sra. D. Francisco Marín Castán, presidente, D. Antonio Salas Carceller, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, D. Ignacio Sancho Gargallo, D. Rafael Sarazá Jimena, D. Eduardo Baena Ruiz, D. Pedro José Vela Torres y D.ª M. Ángeles Parra Lucán; Ponente: P.J. Vela Torres, pronunciada en Rec.casación nº 1000/2017, en <<https://supremo.vlex.es/vid/796936897>>.

27. Pues bien; siendo esto así, en seguida se adivina la **complejidad de la cuestión relativa a la identificación de la “lex” aplicable a estas operaciones... cuando involucran uno -o muchos- “elementos extranjeros”**; cuando contienen -y porque contienen, potencialmente- numerosos elementos de tráfico externo; tantos que uno podría pensar **si no procedería que cada uno de ellos se sometiera a una ley nacional propia y distinta** de la ley nacional a la que debieran someterse los demás, haciendo aplicación de una técnica conocida como **fraccionamiento [“depeçage”]**; es decir el fraccionamiento de la relación jurídica, facilitando la solución a los problemas que suscite, porque permite un análisis autónomo de cada uno de sus elementos, que podrían quedar regidos por distintos Derechos nacionales, lo cual puede parecer especialmente justificado, cuando se trata de las operaciones bursátiles.

No digo que no, pero sí quiero dejar claro que a “la” Operación bursátil conviene someterla a un único Derecho nacional aplicable que abarque o englobe todas las diversas fases y elementos que integran su ciclo vital.

III. Puntos de conexión y fuentes de la normativa internacional de los mercados de valores

1. Los puntos de conexión en relación con los valores objeto de tráfico bursátil

28. El primer punto en el cual puede plantearse un problema conflictual, en materia de operativa de los mercados bursátiles es, curiosamente, previo a la actuación de los mismos: se trata de la problemática relacionada con la extranjería de los emisores y de los valores emitidos, que serán -insisto- los protagonistas materiales de la operativa bursátil, por constituir el elemento real de las compraventas de mercado. En este sentido, el criterio de la nacionalidad constituye punto de conexión en materia de personalidad. Así; el **art. 9º, CCiv** establece que la ley personal de las **personas jurídicas es su ley nacional** ⁽¹⁰⁸⁾, la cual -a su vez- se halla vinculada al **domicilio** ⁽¹⁰⁹⁾ y rige todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación y funcionamiento. Ahora bien; si partiendo de esta premisa, consideramos el caso las entidades **emisoras de valores**, podremos deducir una conclusión que supera el mero Derecho de sociedades, pero afectar directamente al Derecho de Títulos-valores y –“a fortiori”- al Derecho bursátil y de los Mercados de Valores, porque nuestro viejo CCom/1885, cuando establecía la distinción entre valores o efectos “nacionales” y valores o efectos “extranjeros”, preveía -asimismo [art. 68, nº 2, CCom]- que estos últimos podrían ser materia de contratación en nuestras Bolsas.

La clasificación -títulos nacionales/extranjeros- parece basarse en un criterio que hace referencia, al “**origen**” de los valores ⁽¹¹⁰⁾, aunque –a decir verdad- el referido criterio tampoco parece sencillo de entender, ya que ese origen no se sabe si viene determinado por la nacionalidad del *sujeto emisor* [que es un criterio *personal* o subjetivo], o bien *por el lugar de emisión* o incluso de *cumplimiento* o *ejercicio de los derechos* incorporados en los títulos [criterios *geográficos* o *funcionales*]⁽¹¹¹⁾. Y es que, si hay que mantener clasificaciones como la que distingue entre títulos o valores nacionales/títulos o valores extranjeros, debemos encarar, primero, la interrogante de **cuáles son las funciones que se pretende satisfacer con ellas**. Y, en mi opinión, primeramente –y con carácter fundamental, siquiera desde el punto de vista del Derecho de Títulos-valores y del Derecho de sociedades, con claras implicaciones en el en el Derecho Administrativo Económico y el Derecho Financiero y Tributario- se trata, nuevamente, de establecer cuál es el **régimen jurídico nacional aplicable al contenido y al ejercicio de los derechos incorporados**, en función de la índole de su emisor, lo cual incluye el factor de su nacionalidad ⁽¹¹²⁾.

¹⁰⁸ McDOUGAL III/FELIX/WHITTEN: “*American Conflicts Law*”, cit., 5ª ed., p. 827.

¹⁰⁹ McDOUGAL III/FELIX/WHITTEN: “*American Conflicts Law*”, cit., 5ª ed., p. 827.

¹¹⁰ JIMENEZ SANCHEZ,G.J. y otros.: “*Lecciones de Derecho mercantil*”, edit. TECNOS, Madrid, 1992, p. 290. CANO RICO,J.R.: “*Mediación, fe pública mercantil...*”, cit., p. 139.

¹¹¹ Aparentemente este criterio “geográfico/funcional” viene seguido en Italia, por FIORENTINO,A.: “*Titoli di credito*”, cit., 2ª ed., p. 39, quien expresamente califica como títulos nacionales los emitidos *en* el Estado, mientras que son “extranjeros” los títulos emitidos *en* otros Estados.

¹¹² GARCÍA-PITA y LASTRES,J.L.: “*Derecho de Títulos-valores (Parte General)*”, cit., 3ª ed., p. 216.

29. Ahora bien; valores negociables o mobiliarios, los hay muchos y muy diversos en muchos aspectos, comenzando por el tipo de contenido jurídico que poseen, que puede diferir por la naturaleza y objeto del derecho incorporado; por su duración o extensión cronológica de su ciclo vital; por el lugar y modo de ejercitar los derechos, etc. Y, como consecuencia de esos múltiples y diversos factores, podemos afirmar, sin lugar a dudas, que –a la hora de determinar la nacionalidad de los títulos o valores– **el peso específico o la “vis atractiva” que tendrán la “lex emmitentis”, la “lex loci emmissionis” o la “lex loci solutionis” podrá ser muy diverso, de uno a otro caso** [P.e., en Derecho *conflictual* de los títulos *cambiaríos* predominan la “lex loci emmissionis” y la “lex loci solutionis”, más que la “lex personae vel societatis” (¹¹³)]. Pues bien; para ejercitar los derechos de socio incorporados en una acción, habrá que actuar de conformidad con un determinado ordenamiento jurídico, que es el *ordenamiento* positivo material o sustantivo, *nacional*, que regula el funcionamiento de la *sociedad emisora*; es decir: la “lex societatis” que rige la vida de la sociedad de la que se es accionista. Y esta “lex societatis” o ley personal de las sociedades viene determinada por su **nacionalidad**. Esto es lo que previene el **art. 9º, nº 11, CCiv**; norma de conflicto referida a lo que se conoce como el estatuto personal, que establece que:

“La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción...”.

En efecto: una acción de sociedad anónima emitida por una sociedad *extranjera*, proporcionará unos derechos sometidos a la “lex societatis” de la sociedad emisora, cualquiera que sea el lugar –España u otro país– en que se produzcan su emisión, su suscripción y sus ulteriores transmisiones y adquisiciones [art. 9º, CCiv] y –sin duda– también los mercados en que se negocien y liquiden, así como –también– cualesquiera que sean la nacionalidad o residencia de los suscriptores. De este modo, la ley correspondiente a la nacionalidad de una sociedad anónima emisora de acciones que pueden acabar siendo adquiridas por extranjeros o negociadas en mercados extranjeros, rige el **funcionamiento** de aquella y, por consiguiente, los **derechos y deberes corporativos del socio**, aunque éste sea extranjero, e incluso aunque las acciones hayan sido emitidas originalmente o adquiridas de modo sucesivo, en un Estado diferente al de la nacionalidad de la sociedad, como podría ser el Estado de nacionalidad del inversor extranjero. Y, por lo que hace a la “constitución” de las personas jurídicas, es evidente que –tratándose de una SA., que es el paradigma del emisor de títulos-valores [los valores mobiliarios del tipo “acción”]– la constitución de la misma puede determinar la emisión/suscripción primera de títulos-acciones, de modo que esa emisión/suscripción primera de títulos-acciones constitutivos del capital social, tal vez se rigiera por la ley nacional [“lex societatis”], siquiera en algunos aspectos.

30. Más compleja es la cuestión cuando una sociedad anónima u otro sujeto-persona jurídica al que le quepa esa lícita posibilidad, emite valores del tipo “obligación”; es decir: cuando se trata de la **emisión de obligaciones** [arts. 401 y ss., **TRLsocs.cap.**], porque se trata de valores que no convierten al obligacionista en socio, y –por tanto– no se adaptan plenamente a lo dispuesto en el art. 9º, nº 11, CC: cabe, entonces, optar por varios criterios, todos verosímiles:

¹¹³ Si una sociedad *extranjera* emite en España una letra de cambio, y domicilia en ella su pago, aunque la capacidad para emitirla se rija por la “lex societatis”, el contenido de la relación cambiaria –que es una relación extracorporativa; una relación *no* de socio– se rige por otra ley, y, así, el Tenedor de la misma poseerá unos derechos sometidos a la LCCH. *española*, con independencia de cuál sea la “lex societatis” por la que se rige dicha sociedad. En este sentido, tratándose de la Letra de Cambio y del Pagaré, hay que atender a lo dispuesto en los arts. 99, respecto de la forma, que recurre a la “lex loci emmissionis”, 100, respecto de las obligaciones de los firmantes, que se ajusta a la “lex loci solutionis”, 101, respecto de los plazos para el ejercicio de las acciones de regreso... LCCH. Diverso, aunque parecido, es el régimen cuando se trata de los cheques, pues los arts. 162 y ss., LCCH., que también se sirven de la “lex loci emmissionis” y la “lex loci solutionis”, más que de la “lex personae”, presentan alguna diferencia notable: el art. 165 dispone que “[l]os efectos de las obligaciones derivadas del cheque se rigen por la Ley del país en que estas obligaciones hubieren sido suscritas”, de manera que, en vez de recurrir a la “lex loci solutionis”, como el art. 100, opta por la “lex loci emmissionis”.

- (i) La “*lex personae vel societatis*”
- (ii) La “*lex loci emissionis*” [e incluso lo que podríamos calificar como la “*Lex Bursæ*”], que parece ser el criterio seguido por el **art. 3º, LMV.**, cuando dispone que “*Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a todos los valores, cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional*” ⁽¹¹⁴⁾
- (iii) La “*lex loci solutionis*”
- (iv) ... e incluso me atrevería a proponer una solución o, acaso, a plantear un problema o una interrogante; a saber: **¿Qué influencia podría tener la existencia de un “*sindicato de obligacionistas*”, con su asamblea y su comisario; con sus reuniones, sus deliberaciones y sus acuerdos? ¿Acaso existiría una “*lex societatis*” del propio sindicato?**

De conformidad con el **art. 10º, nº 3, CCiv.**, la ley aplicable a la **emisión** de los títulos-valores, en caso de que esa emisión constituya una relación jurídica con elemento extranjero, es la “*lex loci emissionis*” [“[I]a emisión de los títulos-valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca”], a los limitados efectos que contempla ⁽¹¹⁵⁾. Pero la regla, en sí misma, resulta criticable por su simplicidad y tosquedad, toda vez que olvida por completo que el “*iter*” o ciclo vital de los títulos-valores; especialmente, cuando se trata de valores negociables o valores mobiliarios, consta de más etapas o fases que la simple emisión, incluso aunque esta sea, en sí misma, un proceso complejo: también están las fases de la trasmisión, de la modificación [que es posible], el régimen de protección posesoria/amortización y, sin duda -sobre todo- la fase de la **extinción**, y -aparentemente- todas estas situaciones y todos estos aspectos, el art. 10, nº 3, no los contemplaría ⁽¹¹⁶⁾. El problema se traslada, entonces, a determinar **qué se quiere decir con el término “emisión” de los títulos-valores**: si se refiere el mero acto o negocio jurídico de creación de los títulos, o bien sí, por el contrario, debe entenderse en un sentido amplio, que abarque todos los aspectos y dimensiones del ciclo vital de los títulos, incluyendo el régimen de cumplimiento y extinción de las obligaciones o de ejercicio de los derechos documentados, que son cuestiones claramente influidas por el régimen jurídico de **funcionamiento de la entidad emisora, y –en consecuencia- de su nacionalidad**. Por consiguiente, respecto de los diversos aspectos; sobre todo de los referentes al contenido de la **posición de obligacionista**, parece que sería adecuado llevar a cabo un “*depeçage*” de la relación jurídica -justificado por su enorme complejidad-, aplicando, p.e., la “*lex personae vel societatis*”, lo mismo que en el caso de las acciones, para el caso de ejercicio de los **derechos más “corporativos”** del tenedor u **obligacionista** ⁽¹¹⁷⁾, si bien a la hora de efectuar el pago de intereses -e incluso dividendos de las acciones- y de amortizaciones, es posible que hubiera que aplicar la ley nacional aplicable al cumplimiento de las obligaciones. En cualquier caso, lo importante, a los efectos -digamos- conflictuales, es que la nacionalidad o extranjería de los valores societarios; especialmente -por razón de simple lógica- las acciones, aunque sospecho que también los valores de deuda, tiene que ver con la nacionalidad de la entidad emisora, en función de la finalidad que tiende a satisfacer la distinción entre valores negociables nacionales y valores negociables extranjeros, según su nacionalidad. Pues, primeramente –y con carácter fundamental, desde el punto de vista del Derecho de Títulos-valores, con claras implicaciones en el Derecho de sociedades e incluso en el Derecho Administrativo Económico y el Derecho Financiero y Tributario- de lo que aquí se trata es de establecer el **régimen jurídico** referente al **contenido y ejercicio de los derechos** incorporados, en función de la índole de su emisor, o de su nacionalidad. Así, p.e., para ejercitar los derechos de socio incorporados en una acción, habrá que actuar de conformidad con un determinado ordenamiento jurídico, que es el ordenamiento positivo material *que regula el funcionamiento de la sociedad emisora*; es decir: la “*lex societatis*” que rige

¹¹⁴ MOYA ESCUDERO, M.: “I Consideraciones generales”, en MOYA ESCUDERO, M., CHECA MARTÍNEZ, M., VELÁZQUEZ GARDETA, J y SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Capítulo XV. Títulos-valor”, en VV.AA.: “*Derecho del Comercio Internacional*”, edit. por. J.C.Fernández Rozas, dir. por J.C.Fernández Rozas, C.Esplugues Mota, S.A.Sánchez Lorenzo, S.Álvarez González y P.Rodríguez Mateos, coord. por. S.A.Sánchez Lorenzo, edit. EUROLEX, S.L., Madrid, 1996, p. 429.

¹¹⁵ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “*Derecho de Títulos-valores (Parte General)*”, cit., 3ª ed., p. 220. MOYA ESCUDERO, M.: “I Consideraciones generales”, cit., p. 428.

¹¹⁶ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “*Derecho de Títulos-valores (Parte General)*”, cit., 3ª ed., p. 220. MOYA ESCUDERO, M.: “I Consideraciones generales”, cit., p. 426.

¹¹⁷ MOYA ESCUDERO, M.: “I Consideraciones generales”, cit., ps. 428 y s.

la vida de la sociedad de la que se es accionista. Y esta “*lex societatis*” o ley personal de las sociedades viene determinada por su nacionalidad (¹¹⁸), de modo que la aplicación del criterio de la “*lex personae vel societatis*” a la posición jurídica del tenedor de los títulos; es decir: a los derechos incorporados en ellos -que son su contenido esencial-, justificaría el que se les pudiera calificar, según los casos, como títulos nacionales o como títulos extranjeros. Esto, en materia bursátil y de mercados de valores, presenta una trascendencia relativa: simplemente, sabemos que los valores negociables extranjeros pueden ser objeto de negociación en Bolsas españolas, pero con la particularidad de que ahora ya conocemos en qué consiste la extranjería de estos valores. . . . Y que los *inversores* también conocerán en qué consiste esa cualidad, con tanta trascendencia para sus intereses inversores o asociativos. Mas todavía no hemos pasado del plano de la creación de los valores que, hipotéticamente, habrán de constituir, en un momento más o menos próximo, pero ciertamente futuro, el objeto de las operaciones bursátiles, con toda su complejidad.

Lo que sí parece posible afirmar es que **las relaciones jurídicas incorporadas en los valores negociables emitidos -las relaciones de emisión/suscripción... y sus consecuencias- son distintas y separables de las relaciones derivadas de las operaciones bursátiles, aunque el objeto de estas últimas sean esos mismos valores negociables emitidos**, por lo que aquí sí que cabría un fraccionamiento [“*depeçage*”] de la relación jurídica de emisión/suscripción originaria, respecto de las relaciones derivadas de las operaciones bursátiles, lo que facilitaría un análisis autónomo de cada una de ambas series de relaciones jurídicas, que podrían quedar regidos por distintos Derechos nacionales.

2. Los puntos de conexión en relación con los contratos bursátiles

31. Pues bien; si consideramos que esos valores van a ser objeto de tráfico bursátil, y que lo habrán de ser “*uti rebus*” -es decir; como cosas o bienes, con todo lo que ello comporta desde el punto de vista de los arts. 333, 335, 336, 337, 348, 354 y 355, CCiv- parece lógico que debemos tener en cuenta puntos de conexión **objetivo-reales**, lo cual nos obliga a considerar lo dispuesto en el **art. 10, nº 1, párrs. 1º y 2º, CCiv**, que rezan como sigue:

*“1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen.
La misma ley será aplicable a los bienes muebles...”*

Mas, ¿cuál es el “*lugar donde se hall[an]*” esos bienes muebles, que son los valores negociables o mobiliarios, y que determina la ley aplicable a la “*posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre [tales] bienes?*”

Por si fuera poco, resulta que -además- el **art. 10, nº 5**, especialmente su **párr. 2º**, CCiv, establece que:

“... 5. Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen ...”

32. Pues bien; tradicionalmente se ha sostenido que una de las características de la contratación bursátil y de los mercados secundarios de valores e instrumentos financieros era que en ellos se contra-

¹¹⁸ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARAU JUANEDA, L., CALVO CARAVACA, A.L., VIRGÓS SORIANO, M., AMORES CONRADI, M.A. y DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: “*Derecho Internacional Privado. Parte especial*”, edit. CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES, SOCIALES Y JURÍDICOS “RAMÓN CARANDE”, 4ª ed. revisada, Madrid, 1991, p. 147.

taba sobre **bienes que no se hallan presentes** ⁽¹¹⁹⁾; y es que de la misma forma que las personas pueden hallarse presentes o ausentes de un lugar, asimismo otro tanto sucede con los bienes, sean muebles o inmuebles, que si se hallan en lugar determinado [como refleja el art. 10, nº 1, CCiv]... entonces, por simple lógica, sucederá que **no se hallarán** en **otro** lugar determinado; de hecho, por simple lógica, sucederá que **no se hallarán** en **ningún otro** lugar determinado **distinto de aquel en que se hallan**. En consecuencia, cabe que se den situaciones o supuestos en que, si se consideran simultáneamente los **sujetos** y los **objetos**; las personas y las cosas o bienes, suceda, tanto que **unos y otros se hallen simultáneamente presentes en el mismo lugar y momento... como** que -por el contrario- **unos se hallen presentes en un determinado lugar y momento... y los otros, no**; sea porque no se halla en el mismo lugar que los primeros, sea porque no lo están en el mismo momento en que los primeros lo estaban.

Pues bien; insisto en señalar que tradicionalmente se ha afirmado que en la contratación bursátil, los contratantes -sujetos concurrentes en el lugar y momento en que funcionaba el mercado- contrataban; respectivamente, compraban y vendían títulos o valores que no se hallaban presentes con ellos, en el lugar y momento en que funcionaba el susodicho mercado... y en el que las Partes concurrentes manifestaban su consentimiento contractual, reuniendo y ajustando sus diversos intereses de compra y venta.

Y la cosa no termina aquí, sino que la situación de **no-presencia** se extiende -también- a los propios **contratantes** que, en este tipo de contratos, con mucha frecuencia no se encuentran presentes y se sirven de medios electrónicos de comunicación a distancia y tratamiento de la información, para la formación y manifestación de sus voluntades ⁽¹²⁰⁾; expresión que creo que debe interpretarse en un sentido amplio, como indicativa de que el proceso de declaración de voluntades contractuales, en su totalidad o en parte, se manifiesta formalmente por el uso de este tipo de instrumentos, aunque hay quien precisa más, afirmando que la *aceptación* de la oferta se efectúe por vía *electrónica* ⁽¹²¹⁾. Por este motivo, uno de los rasgos que caracterizan a la contratación bursátil es el frecuente **recurso a los servicios de comisión o agencia**, por parte de los inversores-contratantes, que contratan con entidades de crédito o ESIs -sociedades y/o agencias de valores- para encomendarles, a título de gestión, la realización de operaciones de Bolsa. Así; desde la Reforma de 1998 -y, ahora, luego de la promulgación de la L.Ref. LMV./2007-, la Ley nº 24/1988, de 28.07.1988, del Mercado de Valores incluyó entre los denominados “*servicios de inversión*” –situándolos en primerísimo lugar y como paradigma de los mismos-, los que versan sobre órdenes de clientes en relación con valores negociables y/o instrumentos financieros; es decir: tanto el servicio que consiste en la *recepción y transmisión* de esas órdenes de clientes -incluyendo, ahora, la puesta en contacto de dos o más inversores para que ejecuten operaciones entre sí-, como el que consiste, directamente, en la *ejecución de dichas órdenes por cuenta de los clientes*. Actualmente, es la LMVSI, la que incluye entre los llamados servicios de inversión, ciertas actividades que -consideradas desde la perspectiva del Derecho de Obligaciones y Contratos- se corresponden, de modo claro y evidente, con **contratos de mandato mercantil** ⁽¹²²⁾; es decir: con **subespecies** -especiales- de la **Comisión**. Esto es importante, por cuanto los contratos de mandato han sido objeto de consideración particular, desde la perspectiva del Derecho conflictual: rige en él, “*prima facie*”, la regla de la **autonomía privada** ⁽¹²³⁾, aunque -a falta de ejercicio de esa libertad de sumisión, porque al parecer es raro que haya manifestaciones expresas en este sentido- el Mandato, en general, suscita ese cuestión, ya reiteradamen-

¹¹⁹ CANO RICO, J.R.: “*Mediación, Fe pública mercantil y Derecho Bursátil. Agentes mediadores oficiales (Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio colegiados). Bolsas, mercado de valores. Inversiones extranjeras. Inversiones institucionales y colectivas. Contratación mercantil, crediticia*”, edit. TECNOS,S.A., Madrid, 1982, p. 271, quien hablaba de la “*ausencia física en el local del mercado, del objeto de la contratación*”.

¹²⁰ MORENO NAVARRETE,M.A.: “*Derecho-e...*”, cit., p. 34. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET,F.: “El marco jurídico...”, cit., p. 333. REED,Ch.: “*Internet Law...*”, cit., p. 175. PIETTE-COUDOL/BERTRAND.: “*Internet et la Loi*”, cit., ps. 179 y s.

¹²¹ MORENO NAVARRETE,M.A.: “*Derecho-e...*”, cit., p. 33.

¹²² GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Incidencia de la reforma del Derecho del Mercado de valores, sobre el régimen del contrato de comisión bursátil”, en “*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*”, 2008, vol. 12, ps. 367 y s. Algo que, ya, desde la perspectiva, no del Derecho civil o mercantil, sino desde la perspectiva del Derecho Internacional privado, reconocía AGUILAR NAVARRO, M.: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., t. II, “*Derecho Civil Internacional*”, 4ª ed., p. 620.

¹²³ AGUILAR NAVARRO, M.: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., t. II, “*Derecho Civil Internacional*”, 4ª ed., p. 621, citando opiniones de BATTIFOL y DAYANT.

te mencionada: si es preferible una “*lex contractus*” única que se aplique, tanto al Contrato de Mandato o Comisión, como al “*negocio de realización*”, o si es mejor distinguir uno y otro, a estos efectos (124).

Sin embargo, lo cierto es que -el final- predomina la “*lex loci executionis*”; **la ley del lugar donde se ha de llevar a cabo el negocio de realización** (125), como -además- ley nacional **única** (126); una solución -en mi opinión- muy acertada cuando se trata, precisamente, de los contratos de comisión bursátil.

33. Por lo demás, y centrando, ya, la atención en el Contrato -digamos- principal, de Compra-venta de valores; uno podría pensar que el art. 10, nº 1 y nº 5, CCiv somete a la “*lex loci rerum*” o a la “*lex loci tabernæ*” las operaciones bursátiles, de forma que dichas operaciones se regirían por “*la ley del lugar en que... radiquen ...*” las referidas Bolsas de valores, en tanto que “*establecimientos mercantiles*” en los que tiene lugar las compras de dichos valores negociables o mobiliarios, en tanto que bienes o cosas muebles. En este sentido, recordemos que, originalmente, nuestro Ccom/1885 reguló las Bolsas y las operaciones de Bolsa en su Lib. Iº, “*De los comerciantes y del comercio en general*”; más precisamente, dentro de la regulación de los “*lugares y casas de contratación mercantil*”, lo cual supone que las Bolsas de Valores siempre fueron consideradas -en su visión más clásica- como “*establecimientos mercantiles*” especializados en la contratación de ciertos bienes muebles, que no eran sino títulos-valores

Sin embargo; resulta que el art. 10, nº 5, párr. 2º, de lo que habla es de “*compraventas de [bienes] muebles corporales*”, siendo así que si hay algo que caracteriza a los modernos mercados bursátiles es la desincorporación; la **descorporeización** de los valores negociables, antaño documentados en títulos físicos de papel, puesto que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación -TICs-, basadas en dos grandes pilares o “*ideas-fuerza*”: en primer lugar, **la posibilidad de reducir todo el entorno humano, material o inmaterial –los hechos, las voluntades y su declaración o manifestación, e inclusive las cosas y los bienes...- a términos de información**; a masas o conjuntos de datos que ora se alojan o almacenan, ora fluyen; es decir: a términos de flujos aptos para ser representados de forma que resulte posible su accesibilidad y percepción de forma sensible, y que sean susceptibles de circular; de pasar de unos sujetos a otros. **Y, en segundo, la sustitución de los cauces físicos –orales, manuscritos o tipografiados- de transmisión de la información, por la transmisión de la información utilizando como vector la Señal electrónica**, no solamente nos enfrentan con el problema de las relaciones entre Información, tecnología referida a la información, actividades económicas y regulación legal, sino con el problema de las nuevas TICs podrían estar **reduciendo a información procesada, organizada y almacenada, incluso al mismísimo polo esencial de relaciones humano**, y haciendo tal cosa... de forma absoluta; haciéndolo **como Sujeto racional de relaciones de comunicación y también jurídicas**. Esta es la clave del conjunto de tecnologías que se vienen conociendo como “*Inteligencia Artificial*” [IA] o “*Artificial Intelligence*” [AI].

En este sentido, las nuevas tecnologías ya proponen o -como mínimo- auguran la *sustitución de todos los elementos objetivo-reales y circunstanciales de las relaciones y situaciones jurídicas* en que se hallan los sujetos de derecho... *por sus* -si se me permite expresarlo así- “*subrogados*” tecnológicos, e incluso virtuales. En este sentido, p.e., ya conocemos los hechos y los efectos que se han manifestado en el seno del Derecho de sociedades y personas jurídicas, comenzando por las reuniones virtuales de sus órganos, cuya primera manifestación se puede situar en aquella Junta General de accionistas radio-televisada, que llevó a cabo “*Compañía Telefónica nacional de España*”, celebrada el 30.01.1971, en el Pabellón de Deportes de la Ciudad Deportiva del Real Madrid –Avda. del Generalísimo, nº 175, de Madrid-, que se había llevado a cabo cumpliendo escrupulosamente con los Estatutos sociales y la, por entonces vigente, Ley de Sociedades Anónimas de 17.07.1951, en cuanto a convocatorias primera y segunda, si bien, de acuerdo con los anuncios e informaciones aparecidos en la prensa, dicha Junta General fue retransmitida en directo, a través de un circuito cerrado de televisión, al “Pabellón de las Naciones” de la Feria de Muestras de Barcelona y al Teatro “Buenos Aires” de Bilbao, y eso de tal forma que los asistentes pudieron ver y escuchar todos los detalles de la celebración de la Junta... aunque no pudieron

¹²⁴ AGUILAR NAVARRO, M.: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., t. II, “*Derecho Civil Internacional*”, 4ª ed., ps. 621 y s.

¹²⁵ AGUILAR NAVARRO, M.: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., t. II, “*Derecho Civil Internacional*”, 4ª ed., p. 622.

¹²⁶ AGUILAR NAVARRO, M.: “*Derecho Internacional Privado*”, cit., t. II, “*Derecho Civil Internacional*”, 4ª ed., p. 622.

participar activamente en ella ⁽¹²⁷⁾. “*Acontecimiento sin precedentes*” –como la calificó, en su día, RODRÍGUEZ ARTIGAS ⁽¹²⁸⁾- esta Junta radiotelevisada planteó complejas cuestiones... pero -sobre todo- abriría una puerta -primero- a la posibilidad teórica de constituir sociedades con “*domicilios virtuales*”; domicilios no localizados en el entorno real de la geografía, sino en un entorno virtual; domicilios sociales situados “*on line*”; una hipótesis o una propuesta a la que -aparentemente- el Ordenamiento jurídico español habría dado una respuesta relativamente “*tímida*” -y no es una crítica, sino la simple constatación de un hecho-, ya que nuestro *Texto refundido de la Ley de Sociedades de capital*, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 1/2010, de 02.06.2010, objeto de varias modificaciones, *excluyó* toda posibilidad de “*sociedades virtuales*”; de sociedades carentes de domicilio físico, geográficamente localizado y que escapan a la aplicación de un ordenamiento jurídico nacional, porque su domicilio es meramente virtual, aunque la *Ley de Reforma del Texto refundido de la Ley de Sociedades de capital*, de 2011- introdujo el -por entonces nuevo- art. 11-*bis*, TRLSocs.cap.esp., que admite la creación de una página web corporativa, cuya creación debe ser acordada por la Junta general, debiendo inscribirse dicho acuerdo en el Registro Mercantil, o bien -alternativamente- ser comunicado a todos los socios. La supresión y traslado de dicha página-web deberá ser acordada por el Órgano de administración, salvo que otra cosa se disponga en los Estatutos, debiendo -asimismo- procederse a la inscripción registral mercantil de tales extremos. Mas esto no supone haber suprimido la necesidad de contar con un domicilio real, ni lo ha sustituido por el domicilio virtual.

34. Por si fuera poco, dado que la relación de emisión de valores y las propias relaciones societarias o feneraticias entre la Sociedad emisora y los inversores son distintas y separables de las relaciones derivadas de la operativa bursátil de mercado secundario, lo que sucedió en el plano jurídico-societario nos importa, aquí, relativamente poco.

Lo que sí importa es lo que atañe a la **situación -localización- de los valores, los sujetos y el desarrollo de la relación contractual de Bolsa, desde la celebración del contrato -compraventa de valores- hasta su consumación**, mediante los procesos de **compensación** [“*clearing*”] y **liquidación**.

Así, la interrogante -incluso el inconveniente obvio- que se suscita es que **ya no podemos hablar de bienes “corporales”**. ¿O sí? En su día, tuve ocasión de manifestar mi convicción de que el sistema de valores representados por anotaciones en cuenta **no había puesto fin a la figura del Título-valor, sino que la había adaptado a una nueva forma de representación** ⁽¹²⁹⁾, por lo que -ahora- los valores tabulares; los valores representados por anotaciones en cuenta siguen siendo una institución que se mueve en una zona gris entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de Cosas, pero que -en todo caso- dichos valores representados por anotaciones en cuenta, tal como se hallan inscrito en las correspondientes -e idóneas- **cuentas de registro**, son susceptibles de un tratamiento -y de una titularidad- **jurídico-real** ⁽¹³⁰⁾; son susceptibles de posesión, de propiedad, de prenda, de usufructo o de embargo, etc., lo cual suscita -empero- la siguiente cuestión: es obvio que el sistema nos proporciona una vía para la posesión; para la tenencia “*in rebus*”, porque la cuenta identifica al Titular... los valores y, así, traza una suerte de **conexión Sujeto/Objeto[s]** que puede considerarse que satisface lo dispuesto en preceptos como los arts. 430, 431, 432, 438 y 439, CCiv... La cuestión es, empero: **¿en qué lugar “se posee”? ¿Acaso hay que referirlo al domicilio del Titular? ¿O, por el contrario, hay que atender a la “lex loci tabularum”** [Es decir: al lugar donde se lleven los registros; que -seguramente- coincidirá con el domicilio del “*Depositario central de valores*”]? Creo que así es, porque no hay que confundir “*posesión*” con “*situación*”; mejor dicho, no hay que hacer depender la relación -jurídica, además de fáctica- de posesión, con la circunstancia local, física o geográfica de la situación de aquello que se posee. Un residente en París puede considerarse poseedor -e incluso propietario- de los valores negociables tabulares que le

¹²⁷ RODRÍGUEZ ARTIGAS,F.: “Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la J.G. de la S.A. (A propósito de la J.G. de la C.T.N.E. de enero de 1971)”, en “*Revista de Derecho Mercantil*”, 1971, nº 121, julio-septiembre, p s. 351 y s.

¹²⁸ RODRÍGUEZ ARTIGAS,F.: “Reflexiones en torno a la retransmisión ...”, cit., p. 352.

¹²⁹ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Naturaleza jurídica de los valores tabulares”, en “*Revista de Derecho Bancario y Bursátil*”, 1999, nº 74, abril/junio, ps. 50 a 64.

¹³⁰ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Posesión, registro contable y valores negociables tabulares”, en “*Revista de Derecho Bancario y Bursátil*”, 2010, nº 119, Julio-Septiembre, ps. 40 y ss.

pertenezcan y esté registrados en nuestra “*Sociedad de Gestión de Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores*” [la llamada “*Sociedad de Sistemas*”, que gira bajo la denominación social de “*Iberclear*”], que es nuestro Depositario Central de valores y cuya sede social se encuentra en Madrid.

35. Por otra parte, el art. 1262, CCiv, luego de disponer que “[e]l consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”, añade en sus dos posteriores párrafos que:

“... Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”

Se trata de un precepto de extraordinaria trascendencia que incluye, dentro de sí, una verdadera norma de conflicto, o -el menos- una norma que proporciona un punto de conexión... que luego puede aceptarse, o no, como determinante, a los efectos jusconflictuales: en los contratos celebrados a distancia -es decir: “[h]allándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó”- el Contrato “se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”; una regla que -en mi opinión- hay que entenderla aplicable, también -aunque no se diga de forma explícita- a “los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”. Pues bien; sucede que existe una evidente **relación entre internacionalización de los mercados e informatización de estos**; la implantación de la libertad de movimiento de capitales y la libre prestación de servicios financieros y de inversión, en el ámbito de la UE, se ha traducido en la necesidad de que los Estados miembros garanticen el llamado “**acceso remoto**” a la prestación de servicios de inversión; acceso que tiene lugar cuando se pretende operar en mercados de valores transnacionales, sin poseer establecimiento en otros Estados (¹³¹). Además debido a la derivación de nuestro Derecho Bursátil y del Mercado de Valores hacia modelos de **mercado distribuido**, en los que los procedimientos de contratación deben enfrentarse con la canalización de transacciones de gran volumen; compraventas de grandes paquetes de valores; entre operadores que actúan desde distintos países y en el marco de amplias diferencias horarias, cuando lo más importante es aprovechar al máximo el elemento temporal (¹³²), aconsejando establecer **procedimientos de contratación a distancia, basados en el teléfono o el ordenador** (¹³³), el art. 50, LMVySI dispone que:

“1. Los centros de negociación que permitan un acceso electrónico directo implantarán sistemas, procedimientos y mecanismos efectivos de conformidad con lo previsto en la normativa de desarrollo de la Unión Europea que resulte de directa aplicación.

Los sistemas, procedimientos y mecanismos mencionados en el párrafo anterior garantizarán que solo se permita prestar dichos servicios a empresas de servicios de inversión autorizadas, y otras entidades autorizadas a prestar servicios de inversión conforme a lo dispuesto en esta ley, y que se establezcan y apliquen criterios adecuados respecto a la idoneidad de las personas a las que podrá concederse tal acceso; así como que el miembro o participante conserve la responsabilidad respecto a las órdenes y operaciones ejecutadas utilizando dicho servicio en relación con los requisitos de esta ley.

2. Los centros de negociación fijarán normas apropiadas sobre control de riesgos y umbrales de riesgo aplicables a la negociación mediante acceso electrónico directo y estarán en condiciones de distinguir y, en caso necesario, interrumpir las órdenes o la negociación por parte de personas que utilicen dicho acceso separadamente respecto a otras órdenes o negociación por parte del miembro o participante.

¹³¹ MÉNDEZ, J.M^a.: “Capítulo IV. La problemática general de los servicios de inversión en Internet”, en VV.AA.: “*Derecho de Internet. Contratación electrónica y Firma digital*”, coord. por R.Mateu de Ros y J.M.Cendoya Méndez de Vigo, edit. ARANZADI, S.A., Elcano (Navarra), 2000, p. 516.

¹³² FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-CASTELLANOS, J.: “Capítulo Xº. Sistemas de contratación...”, cit., p. 317.

¹³³ FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-CASTELLANOS, J.: “Capítulo Xº. Sistemas de contratación...”, cit., p. 317.

3. *Los centros de negociación dispondrán de mecanismos para suspender o poner fin a la provisión de acceso electrónico directo de un miembro o participante a un cliente en caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo*”

... y el **art. 51, LMVySI** dispone que:

“1. *Los organismos rectores de un centro de negociación español podrán establecer mecanismos en otro Estado miembro de la Unión Europea para el acceso remoto de miembros desde ese Estado y lo comunicarán a la CNMV.*

2. *Los centros de negociación de otros Estados miembros de la Unión Europea podrán establecer en España los mecanismos apropiados para facilitar el acceso y la negociación remota por parte de miembros españoles.*

3. *Reglamentariamente se establecerá el procedimiento a seguir para la aplicación de este artículo*”

Si a esto añadimos que, entre los llamados “servicios de la sociedad de la información” se incluyen -conforme a la Ley 34/2002, de 11.07.2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico-, respectivamente, en primer y segundo lugar, tanto la **contratación** de bienes y servicios **en línea** [en tiempo real]; es decir: fundamentalmente, la **contratación electrónica** ⁽¹³⁴⁾, y la organización y gestión de **subastas en línea y mercados virtuales**. En este tipo de servicio, al parecer la contratación electrónica no la lleva a cabo el propio prestador del servicio de organización, sino quienes concurren a la subasta “*on line*”. Pues bien; las Bolsas tradicionales, en las que la contabilización de las operaciones se hacía a mano, han dado paso a la utilización de sistemas *electrónicos* de *negociación*, en los *mercados* de valores e instrumentos financieros, cuyos sistemas hacen posible el “*routing*” de ordenes de mercado, permitiendo que **cualquier persona, desde cualquier lugar del mundo, pueda dar una orden al sistema**, siguiendo un esquema de tipo “**particular - miembro del mercado – Mercado - miembro del mercado- particular**” ⁽¹³⁵⁾ u otro parecido. Como consecuencia de este fenómeno, los mercados bursátiles han sufrido lo que me atrevería a describir como un **proceso de “utopización”**, en el sentido de que se ha producido la “*dispersión de los operadores del mercado, que no necesitan estar presentes en el parque, ya que la contratación se efectúa a través de transacciones electrónicas*” ⁽¹³⁶⁾. Así; cabe preguntarse: este fenómeno de la utopización de los mercados **¿aconseja un fraccionamiento [“*depeçage*”] de la relación jurídica [p.e. del Contrato], o -por el contrario- propugna una solución unitaria?** ¿Facilitaría el “*depeçage*” la solución a los problemas, porque permitiría un análisis autónomo de cada uno de los elementos de la operación bursátil, que podrían quedar regidos por distintos Derechos nacionales, o -por el contrario- conduciría a una fragmentación indeseada, por el riesgo de una hipotética desorganización del -complejo- sistema de contratación/compensación/liquidación de operaciones? De hecho; **¿resultan aplicables, aquí, los arts. 1262, CCiv y 54, CCom?** **¿Tienen trascendencia -o siquiera eficacia; virtualidad real, a los efectos de identificar la “*les contractus*” de las operaciones de Bolsa?**

IV. La identificación de la “*lex bursæ*” como “*lex contractus*”

36. Si el objeto y propósito de esta reflexión es analizar la problemática de la determinación de la Ley nacional aplicable a las operaciones bursátiles, no estaría de más considerar ciertas tesis, que –en un trabajo al que hice antes referencia- expuse y fui desarrollando, y que hoy traigo a colación aquí...

¹³⁴ Cuando URÍA GONZÁLEZ/APARICIO.: cit., 29º ed., p. 622 se refieren al “Comercio electrónico en sentido estricto” lo refieren a las “transacciones comerciales electrónicas”, que no son sino “*compraventas de bienes o prestación de servicios, así como las negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas, desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación*”. En sentido similar, MADRID PARRA,A.: “Seguridad, pago y entrega...”, cit., ps. 1192 y s., quien diferencia entre el comercio electrónico, en sentido restringido, que es el que se produce con los consumidores, y la contratación electrónica que media entre empresarios, en redes cerradas.

¹³⁵ LARA AGUADO,A.: “*La contratación transfronteriza de valores...*”, cit., p. 7.GUERRERO GUERRERO,P.: “La función de la Sociedad Rectora...” cit., ps. 204 y s.

¹³⁶ LARA AGUADO,A.: “*La contratación transfronteriza de valores...*”, cit., p. 7.

con la satisfacción de ver que algunas de mis impresiones coinciden con las de otros autores que se han ocupado del tema ⁽¹³⁷⁾; pues bien, entre esas varias tesis, una de ellas era que el régimen jurídico en materia de operaciones de los mercados secundarios de valores, presenta una serie de características que –en mi opinión– serían las siguientes: una –relativa– deslegalización, la internacionalización, la privatización, la generalización, la tecnificación de las normas rectoras de las “operaciones de los mercados secundarios regulados de instrumentos financieros”, y de las “operaciones bursátiles” ⁽¹³⁸⁾ y –por fin– la contingencia del enfoque o de los criterios de acotación de estas operaciones.

Pues bien; si centramos la atención en la característica de la “**tecnificación**”; es decir: en el hecho de que la tradicional regulación por escrito, en instrumentos normativos legales o reglamentarios, de las operaciones bursátiles o de los mercados secundarios, centrada en regular los procesos de contratación; las obligaciones de las partes, su responsabilidad contractual; las garantías y ejecución forzosa de los contratos, en caso de incumplimiento; es decir: una regulación esencialmente ajustada al modelo de la regulación de los contratos en nuestros códigos de Derecho privado –civil y de comercio–, ha sido sustituida –tras la derogación de disposiciones antes mencionadas, incluyendo la derogación del art. 83, Tref.LMV– por una regulación centrada, fundamentalmente, en los **aspectos técnicos de la pre-, y, sobre todo, de la post-contratación** ⁽¹³⁹⁾. Por este motivo, la problemática de la determinación de la Ley nacional aplicable a las operaciones bursátiles, no parece ser tanto una búsqueda de normas puramente jurídicas –nacionales de uno u otro Estado– cuanto la búsqueda de normas puramente jurídicas –nacionales de uno u otro Estado– **que sometan cada operación de mercado, a los complejos sistemas de contratación y poscontratación, establecidos de forma colaborativa por los diferentes operadores de las infraestructuras de mercado**, de forma que **una sola “lex contractus”** se aplique a todas las fases y operaciones materiales, técnicas, económicas y jurídicas, que se engloban en la Operación bursátil integrada en una única Institución bursátil, formada por los diferentes operadores profesionales. **¿Es esto posible?** ¿Cabe esa posibilidad cuando, p.e., tanto el CCiv, como el Reglamento Roma I nos ofrecen una pluralidad de puntos de conexión y, por consiguiente, la posibilidad de someter los distintos aspectos de la operativa bursátil, a leyes nacionales diversas? Ya adelanto que la respuesta no solamente “*puede*”, sino que “*debe*” ser **afirmativa**. Y esta posibilidad/necesidad se revela extraordinariamente sencilla de alcanzar, cuando uno insiste en la **visión institucional/empresarial** de las operaciones bursátiles.

37. En principio, las entidades emisoras tienden a lograr que los valores por ellas emitidos **se negocien en bolsas** y mercados de capitales **extranjeros**, lo cual exige que las **normas** sobre admisión a **cotización, responsabilidad de folleto, información contable**, etc. se **unifiquen**, o que –al menos– se **establezca un régimen de reconocimiento mutuo o**, en su defecto, **de reciprocidad**, hasta que surja un **Derecho común e internacional** ⁽¹⁴⁰⁾.

¹³⁷ DARNACULLETA GARDELLA, M^a.M. y LEÑERO BOHÓRQUEZ, R.: “Capítulo 3. Las fuentes del Derecho en el sistema de la postcontratación del mercado de valores: internacionalización y autorregulación regulada/The sources of Law in the securities post-trading system: internationalisation and regulated self-regulation”, en VV.AA.: “La Reforma del Sistema de Postcontratación en los Mercados de valores”, dir. por A. Martínez Flórez, F.J. Garcimartín Alférez y A. Recalde Castells, edit. THOMSON-REUTERS/EDITORIAL ARANZADI, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2017, ps. 113 passim.

¹³⁸ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Lección 19. El sistema Financiero...”, cit. en VV.AA.: “Lecciones de Derecho empresarial”, 5^a ed., ps. 581 y s. Idem: “Operaciones bursátiles y ...”, cit., p. 1, en <<https://dictumabogados.com/files/2020/07/doctrinajulio2020.pdf>>

¹³⁹ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.: “Lección 19. El sistema Financiero...”, cit. en VV.AA.: “Lecciones de Derecho empresarial”, 5^a ed., p. 582. Idem: “Operaciones bursátiles y ...”, cit., p. 2, en <<https://dictumabogados.com/files/2020/07/doctrinajulio2020.pdf>>. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: “Manual de Derecho mercantil”, t. II, “Contratos mercantiles. Derecho de los títulos-valores. Derecho concursal”, edit. TECNOS, S.A., 26^a ed., Madrid, 2019, p. 343, donde se señala que las operaciones de compraventa bursátil “*encuentran regulación parcial en el Real Decreto 878/2015... que se ocupa de los aspectos ‘técnicos’ de la operación (compensación, liquidación y registro)*”.

¹⁴⁰ Ya el Preámbulo de la Dir.CEE., del Consejo, n^o 390/1980, de 27.03.1980, sobre coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del Prospecto que se publicará para la Admisión de valores mobiliarios a la Cotización oficial en una Bolsa de valores, señalaba que “[l]a ampliación del área económica en las que las empresas están llamadas a ejercer su actividades, a las dimensiones de la Comunidad, conlleva una ampliación paralela de sus necesidades de financiación y de los mercados de capitales a los que han de recurrir para satisfacer dichas necesidades...”; y que “[l]a admisión a cotización oficial en

También se pretende expandir la aplicabilidad a los Intermediarios financieros extranjeros de la Regla 15 8 a), U.S. *Securities and Exchange Act*, de 1934. Esta disposición establecía que un **intermediario** financiero, que **no tuviera la nacionalidad norteamericana**, pero cuyas operaciones pudieran **afectar al “comercio interestatal”** [“*interstate commerce*”], debería **registrarse como “broker” o “dealer”, ante la SEC** [“*Securities and Exchange Commission*”]⁽¹⁴¹⁾. La situación resulta curiosa porque supone extender el ámbito de aplicación de la norma estadounidense, pero reducir el ámbito de aplicación del sistema norteamericano de control, o sustituir unas técnicas de control por otras más flexibles.

Dada la estrecha relación que existe entre la Libertad de Movimiento de capitales y la institución de las Bolsas ⁽¹⁴²⁾, un particular puede -si en un determinado Estado de la UE, se practica la operatoria bursátil a plazo- efectuar operaciones de este tipo ⁽¹⁴³⁾, ya tengan la consideración de compraventas, o no; desde la negociación, hasta la liquidación, y -desde luego- puede transferir los flujos de valores o de efectivo derivados de dichas operaciones, de su Estado de residencia, al Estado del Mercado o de la otra Parte contratantes, y recibir los flujos inversos, así como llevar a cabo operaciones de cobertura que compensen los riesgos asumidos como consecuencia de las operaciones iniciales o básicas; nuevamente, desde la negociación, hasta la liquidación, y -asimismo- puede transferir los flujos de valores o de efectivo derivados de dichas operaciones, de su Estado de residencia, al Estado del Mercado o de la otra Parte contratantes, y recibir los flujos inversos.

38. En estas circunstancias -que dan en la internacionalización de las transacciones financieras y bursátiles; en la internacionalización de los mercados ⁽¹⁴⁴⁾ y, por fin, en la presencia de **elementos “de**

las Bolsas de los Estados miembros de valores mobiliarios emitidos por empresas, constituye una modalidad importante de acceso a estos mercados de capitales”. El ejemplo más evidente lo proporcionan los esfuerzos a nivel de la UE. por unificar el Derecho bursátil, a través de varias directivas y algunas Recomendaciones, como la tendente a crear un Código de Conducta bursátil Europeo Vid. TAPIA HERMIDA, A.J.: “*Derecho del Mercado de Valores*”, cit., p. 23.

En Alemania, la Ley de 01.08.1989 sobre el Mercado de operaciones a plazo, traspuso las normas de la Dir.CEE. de 22.06.1987, sobre la emisión y difusión del prospecto, exigido para la admisión a cotización. Aparte de que se permite la cotización en otras monedas, distintas del Marco. Por otra parte, en los EE.UU. la creciente internacionalización de los mercados financieros, a partir de los años 1980, condujo a una flexibilización de los requisitos para la aplicación extraterritorial de la Secc. 5ª de la “*Securities Act*”, de 1933, que establece el principio de que toda oferta pública de valores mobiliarios debe ir precedida de una declaración de registro, dirigida a la SEC. y que, si ésta última no da su aprobación, la venta de tales valores estará prohibida. Aunque la citada disposición ya era aplicable a las operaciones entre los EE.UU. y países extranjeros, la denominada “*Instrucción 4708*” había limitado esta aplicación extra-territorial, ya que había precisado que, pese a que el “comercio interestatal” resultase efectuado por las operaciones, valores ofrecidos fuera de los EE.UU. a los no norteamericanos, podían no quedar sometidos a registro, siempre que se asegurase que toda su distribución se efectuase fuera de los EE.UU. Pues bien, la SEC. propuso una serie de medidas, basadas en el principio de que la obligación de registro *no se habría de aplicar más que a las ofertas y las ventas efectuadas en el interior de los EE.UU.*, estableciendo criterios para determinar si se produce, o no, esta situación <el lugar de la oferta y la venta, la localización de los inversores potenciales, lugar de la ejecución de los contratos, etc...>, y enumerando supuestos concretos de ofertas públicas y emisiones extranjeras no sometidas al Derecho norteamericano (operaciones “*off-shore*”; operaciones sin intención de venta en los EE.UU., etc. [DANGARD, F.E.: “*Droit américain des valeurs mobilières et opérations financières internationales: quelques propositions récentes de la SEC.*”, en RDAI/IBus.LJ., 1989, nº 1, ps. 3 y ss.]

¹⁴¹ La única excepción era que el intermediario financiero extranjero contratara recurriendo a los servicios de un “*broker/dealer*” norteamericano, registrado en la SEC. La reforma pretende que sea posible una relación directa entre el Intermediario extranjero, y los Inversores institucionales, sin necesidad de la intermediación de un “*broker/dealer*”, siempre y cuando este último disponga de determinadas informaciones sobre el representante del Intermediario financiero extranjero (DANGARD, F.E.: cit., ps. 11 y ss.).

¹⁴² HEWITT, M.E.: “*Internationalization of securities markets: current developments and implications*”, en KOH CHEN LIANG, CHAN, H.H.M, HO PENG KEE y PILLAI, Ph.N.: “*Current developments in international securities, commodities and financial futures markets*”, edit. BUTTERWORTHS, Londres, 1987, ps. 5 y ss. LOH HOON SUN.: “*SIMEX: Developing and regulating a futures market*”, en KOH CHEN LIANG, CHAN, H.H.M, HO PENG KEE y PILLAI, Ph.N.: “*Current developments in international securities, commodities and financial futures markets*”, edit. BUTTERWORTHS, Londres, 1987, p. 349. BARRE, R.: “*El papel de las Bolsas de valores en el desarrollo de la Comunidad Europea*”, en VV.AA.: “*Lecturas sobre Bolsa*”, dir. por M^a.A. Vallvé-Ribera de Hortalá, edit. INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES-MINISTERIO DE HACIENDA, Madrid, 1977, ps. 540 y ss.

¹⁴³ Las operaciones bursátiles siempre se han contado entre las que se liberalizaban de forma relativamente amplia. Vid. LÓPEZ DE LETONA y CUEVAS, A.: “*La Libertad de Movimiento de capitales. El Caso español*”, en “*Derecho y Opinión*”, 1994, nº 2, p. 239

¹⁴⁴ CONAC, P.-H.: “*La Régulation des marchés boursiers par la Commission des Opérations de Bourse (COB.) et la Securities and Exchange Commission (SEC.)*”, edit. LIBRIARIE GÉNÉRAL DE DROIT ET JURISPRUDENCE, París, 2002,

tráfico externo”, en las relaciones jurídicas resultantes- el art. 4º del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17.06.2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), al tiempo que pone de manifiesto la aplicación de su régimen a los contratos “celebrado[s] en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE”, establece cuál será la Ley nacional aplicable a este tipo de supuestos; supuestos que, en buena lógica, podrían abarcar incluso las operaciones de Bolsa “a plazo”. Se trata, pues, de “dicha ley”, que no es otra que la “única ley” que rige la “celebra[ción] en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros”.

Ciertamente, **Roma I** establece un sistema conflictual **flexible** -y, en definitiva, coincide en no escasa medida con el art. 10, nº 5, CCiv- ya que ciertos puntos de conexión requieren de una mayor concreción y determinadas normas de conflicto se hallan condicionadas por el funcionamiento de una **cláusula correctora** [también llamada: cláusula “de escape”], además de que algunos puntos de conexión son susceptibles de cambiar en el tiempo ⁽¹⁴⁵⁾. El sistema se basa, en primer lugar, sobre el criterio de la **Libertad de elección** [art. 3º, **Roma I**, como antes el art. 3º, ConvR./1980 ⁽¹⁴⁶⁾ y **art. 10 nº 5, pár. 1º, CCiv**]: así, lo primero que se dispone es que:

“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato” [art. 3º, nº 1 Reglamento Roma I].

En materia de elección de la Ley aplicable, el reproducido art. 3º se muestra abierto y antiformalista, pero -al mismo tiempo- se muestra partidario de la primacía de la **voluntad real y cognoscible**, ya que establece que la elección lo mismo puede ser **expresa**, que **tácita**, lo que pasa es que esta segunda posibilidad exige que dicha voluntad “*resulta de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*” ⁽¹⁴⁷⁾. Esto significa, a nuestro entender, que la manifestación de la voluntad de elección de una determinada Ley nacional, aplicable a un contrato sometido al Convenio, puede producirse por las tres siguientes vías:

- I) una cláusula formal específica de sumisión;
- II) la elección no expresa, ni específica, pero -paradójicamente- *manifiesta*; es decir: manifestada a través de la lectura del contenido de las cláusulas del contrato, incluso aunque se refieran a otros aspectos del mismo, distintos de la directa, expresa y deliberada sumisión, y
- III) ... las aludidas “**circunstancias del caso**”, que -al parecer- deben ser circunstancias **distintas** de las del **supuesto b)**; circunstancias diferentes de las que permitan inducir, partiendo

ps. 333 y ss. HEWITT, M.E.: “Internationalization of securities markets...”, en KOH CHEN LIANG/CHAN/HO PENG KEE/PILLAI: “*Current developments in...*”, cit., ps. 3 y ss.

¹⁴⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Capítulo I. El Convenio de Roma...”, en “*Derecho Internacional privado*”, t. I, edit. COMARES, 2ª ed., Granada, 2000, p. 45. GUARDÁNS CAMBÓ, I.: “*Contrato Internacional y Derecho Imperativo extranjero*”, edit. ARANZADI, S.A., Pamplona, 1992, p. 27, quien señala que “[s]i intentáramos sintetizar en una palabra la principal aportación del nuevo régimen conflictual en materia de contratos, habría que hablar de flexibilidad, como la nota más característica del conjunto de sus disposiciones”.

¹⁴⁶ FRIGNANI, A.: “Il Contratto Internazionale”, en VV.AA.: “*Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell’Economia*”, dir. por F. Galgano, t. XII, edit. CEDAM. Padua, 1990, p. 143. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Capítulo I. El Convenio de Roma...”, cit., p. 70. ESPLUGUES MOTA, C.: “Derecho aplicable a los contratos internacionales”, en ESPLUGUES MOTA, C., REQUEJO ISIDRO, M., CHECA MARTÍNEZ, M. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: “*Régimen general de la Contratación internacional*”, en VV.AA.: “*Derecho del Comercio internacional*”, dir. por J.C. Fernández Rozas, edit. EUROLEX, S.L., Madrid, 1996, p. 275. GUARDÁNS CAMBÓ, I.: cit., p. 27.

¹⁴⁷ ESPLUGUES MOTA, C.: “Derecho aplicable a los contratos internacionales”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y otros: “*Derecho del Comercio internacional*”, cit., p. 275.

del clausulado del contrato, la voluntad de sometimiento a un Ordenamiento nacional determinado (148).

39. Pues bien; tratándose de operaciones bursátiles u operaciones de los mercados secundarios oficiales -o mercados regulados- de valores, que son operaciones que se celebran en el marco de “*un sistema multilateral que reú[n]e o permit[e] reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta*”, parece difícil de admitir que la localización de los contratos, a efectos de la determinación de la Ley nacional aplicable, pueda tener lugar, ora por vía de sumisión directa y expresa o explícita, mediante cláusula formal específica de sumisión, ora bien por vía de elección no expresa ni específica, sino tácita pero -paradójicamente- *manifiesta*; es decir: manifestada a través de la lectura del contenido de las cláusulas del contrato, distintas de una propia, directa y expresa cláusula de sumisión, de modo que lo lógico es pensar que la sumisión/localización viene determinada por la que el Reglamento Roma I describa como las “*circunstancias del caso*”, que permiten inducir, pero sin partir del clausulado del contrato, la voluntad de sometimiento a un Ordenamiento nacional determinado. Así; **que el contrato -operación de mercado- se negocie, celebre, concluya, registre, compense y liquide a través de los procedimientos de contratación y de liquidación del propio Mercado, propicia una suerte de aplicación de la “Lex Bursæ”,** que será la Ley nacional del Estado en que radique la Bolsa o Mercado de valores de que se trate; la **sede** de dicha Bolsa (149)... Bien, pero es que la **localización nacional** de las Bolsas -españolas- no las afecta sólo a ellas, sino a **todo el conjunto de operadores profesionales** de las infraestructuras de mercado, que -hoy por hoy- conforman un “**superholding**”, a cuya cabecera se halla la mercantil “**Bolsas y Mercados Españoles [BME], S.A.**”

Como una simplísima ojeada a la “*Wikipedia*” nos revela, BME es una empresa que ofrece servicios productos y sistemas avanzados de negociación y acceso a los mercados globales a emisores, intermediarios e inversores, tanto en España como a nivel internacional; internamente estructurada en seis unidades de negocio: Renta Variable, Renta Fija, Derivados, Compensación, Liquidación, Market Data y Servicios de Valor Añadido, desde el punto de vista societario BME está formada por varias **sociedades filiales**, que integran una estructura de grupo, entre las cuales destacan Bolsa de Madrid, Bolsa de Barcelona, Bolsa de Bilbao, Bolsa de Valencia, Sociedad de Bolsas, BME Growth, Latibex, MEFF, AIAF, BME Clearing, Iberclear. En otras palabras, si los grupos de sociedades constituyen **empresas policorporativas**; si los grupos de sociedades suponen o comportan la creación de “*una unidad empresarial, en sentido económico, frente a la que existe una pluralidad de entidades cada una con personalidad jurídica propia*”; es decir: una “**empresa policorporativa**” o “*empresa pluriarticulada*”, que concentra o agrupa, ella sola, a varias sociedades, sujetos o entidades diversos (150)... **es obvio que estamos ante un ejemplo clarísimo**; una empresa policorporativa que proporciona los servicios de marco de contratación; garantía de cumplimiento, compensación, liquidación y registro de valores objeto de negociación; todo ello, formalmente, a través de varias entidades independientes, pero -en realidad- todas formando una única “**institución de carácter económico que tien[e] por objeto la contratación pública mercantil sobre [valores negociables e instrumentos financieros], organizad[a]... para la seguridad jurídica y económica de lo convenido y la proclamación ... de los precios**” [Me he permitido una paráfrasis limitada de lo que decía el viejo art. 1º, pár. 1º, Regl.Bols/1967, conservando o extrayendo de él, aquello que todavía puede decirse con justicia de las Bolsas de Valores].

De este modo, nos encontramos con una verdadera “**Lex Bursæ**”, que puede -legítimamente- jugar el papel de **única “Lex contractus”**, que abarca desde el **proceso** de negociación, celebración, **conclusión**, hasta el **registro, compensación y liquidación** de las operaciones, por cuanto esa sucesión de operaciones, actividades y organizaciones participantes no se entiende como un “*iter*” fraccionado,

148 FRIGNANI, A.: “*Il Contratto Internazionale*”, cit., p. 143.

149 LARA AGUADO, A.: “*La contratación transfronteriza...*”, cit., p. 215.

150 VICENT CHULIÁ, F.: “*Introducción...*”, cit., 10ª ed., p. 453. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J.: “*Funciones de la Sociedad Anónima: legislación y práctica española*”, edit. “CUADERNOS DE LOS STUDIA ALBORNOTIANA”, Zaragoza, 1985, p. 26. MASSAGUER FUERTES, J.: “La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)”, en RDM., 1989, nº 192, abril/junio, ps. 281 y ss. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: “*Régimen jurídico de la Contabilidad del Empresario*”, cit., ps. 356 y s. LLEBOT MAJÓ, J.O.: cit., p. 90, aunque no comparta el criterio.

que exija la aplicación de *varias leyes nacionales* distintas; una respecto de la negociación y celebración, y otra -diferente- respecto del registro, compensación y liquidación, sino como una **unidad institucional/funcional**, en la que -cuando uno se ve introducido en ella- lo está en absolutamente todas las fases del proceso y respecto de los servicios, derechos y obligaciones que se adquirieran respecto de todos y cada uno de los operadores, además de la Contraparte de la Operación básica u original.

40. Así; si la regla general es -desde luego- que la **“lex contractus” aplicable será la ley -única- nacional... esa “Ley única” por la que se rigen estos contratos** no puede ser otra que **la Ley que rige el sistema multilateral, en su conjunto**, toda vez que -en definitiva- incluso cuando el contrato no esté cubierto por el apdo. 1º o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apdo. 1º, esa que denomino **“Lex Bursæ”** será, sin duda alguna; sin el menor resquicio de duda, **la “ley del país con el que [existen] los vínculos más estrechos”**, pues parece lo más lógico pensar que esos vínculos más estrechos los presenta la operación de mercado, con el país o Estado **con el que más estrechamente se relacionan la perfección y ejecución del contrato**, que -en el caso de las operaciones de mercados secundarios españoles de valores- seguramente habrá de ser **la Ley española, mientras que** -por el contrario- en el caso de operaciones de los mercados secundarios, extranjeros -comunitarios-, seguramente habrá de ser **la Ley nacional del Estado de la UE donde radican las Bolsas o Mercados** -donde se hallan admitidos a negociación los valores o instrumentos financieros en cuestión-... **y las estructuras de la post-contratación**; Estado donde -posiblemente- se reconozca la **validez de las operaciones a plazo**. Porque no hay que olvidar que el **art. 10, Regl. Roma I**, bajo el título **“consentimiento y validez material”** dispone, en su nº 1, que:

“1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos...”;

... disposición de una trascendencia práctica potencialmente notable, cuando de la cuestión de la validez de las operaciones bursátiles *“a plazo”* se trata, porque **obliga a considerar si, de acuerdo con la “lex contractus” aplicable, dichas operaciones bursátiles son lícitas o si, por el contrario, se hallan prohibidas**, pues -ciertamente- incluso en el hipotético caso de que las operaciones de Bolsa *“a plazo”* estuvieran prohibidas en España, y sospecho que incluso en el hipotético caso de que las operaciones de Bolsa *“a plazo”* no estuviesen prohibidas, pero -simplemente- no se practicasen en nuestras Bolsas, **nuestro Ordenamiento debería reconocer la validez -y eficacia- de las operaciones “a plazo” sometidas a una “lex contractus” extranjera, de un Estado donde dichas operaciones se consideren lícitas.**

Por lo demás; el **art. 12, Regl. Roma I**, bajo el título **“ámbito de la ley aplicable”**, dispone que la ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular:

- a) su interpretación;
- b) el cumplimiento de las obligaciones que genere;
- c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo;
- e) las consecuencias de la nulidad del contrato.

Y, asimismo, el propio art. 12, nº 2 dispone que, en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento, lo cual -nuevamente- **se ve influido por el reconocimiento de la eficacia bursátil -y no ya de la pura y simple validez- de las operaciones de Bolsa “a plazo”, que se han de compensar y liquidar, e incluso ejecutar forzosamente en el seno de estructuras de mercado de países donde esas operaciones se liquidan en el marco -y por los procedimientos- de dichas estructuras.**

41. De no aplicarse Roma I, y caso de corresponder -por consiguiente- la aplicación de los preceptos del CCiv sobre Derecho Internacional privado, ya sabemos que el **art. 10, n^{os} 3 y 5, CCiv** nos informa que, si bien -n^o 3- “[l]a emisión de los títulos-valores -que es operación de mercado primario- se atenderá a la ley del lugar en que se produzca”, por lo que hace a las operaciones de mercado secundario -como las operaciones de Bolsa- no obstante que a las obligaciones contractuales “[se les] aplicará... la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”, y a falta de sometimiento expreso, se aplicará “a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”; disposiciones que -de un modo u otro- nos conducen por diversas razones o por diversas vías, a aplicar la que he dado en denominar “**Lex Bursæ**”, pues ya la propia opción por acudir al mercado bursátil comporta una **sumisión -institucional- al Derecho -nacional- rector de ese mercado**.

El proceso de localización bursátil deriva de que, siendo las operaciones de Bolsa verdaderas instituciones, el hecho de que el Inversor -sea vendedor o comprador- dirija su orden de mercado a una determinada Bolsa, o -por consentimiento implícito- la dirija a la Bolsa que considere su sociedad o agencia de valores, o su entidad de crédito, especialmente si son miembros de una Bolsa determinada, o de varias, en cuyo caso es evidente que pueden elegir entre todas ellas, conlleva el **sometimiento -en origen, voluntario- no solamente a la Bolsa o mercado elegidos, sino también a las infraestructuras de la poscontratación que operen asociadas a, o en conexión con, dicha Bolsa**, que -a su vez- no es sino la infraestructura de mercado organizadora del sistema de contratación, con los correspondientes segmentos. Es así, como la sumisión a una de esas infraestructuras -la de mercado- conlleva, en mi opinión, una ineludible sumisión a todas las sucesivas o ulteriores infraestructuras de poscontratación que permiten la compensación y liquidación de las operaciones cerradas en el mercado o Bolsa mencionados.

Desde luego, es muy probable que el sistema respete -para empezar- el criterio de la “**lex rei sitæ**”, habida cuenta de que la liquidación final -última fase del proceso operativo- la hará seguramente el mismo Depositario Central de Valores, en cuyos registros se hallan las cuentas de valores que representan los que son objeto de la operación de mercado, lo cual no deja de presentar unos estrechísimos vínculos con la “**Lex Bursæ**” de Estado de establecimiento de las infraestructuras de mercado y de poscontratación.

42. En cuanto al criterio “**lex loci regit actum**”, es difícil sustraerse a la idea de que el “**locus contractus**” es la correspondiente a Bolsa o Mercado donde se cerró la operación, cuya “**lex**” posiblemente abarca, no sólo la celebración, sino también a ejecución del contrato, porque -además- como sabemos en esa ejecución intervienen operadores y organizaciones que están estrechamente interrelacionadas por sus acuerdos contractuales de colaboración.

La ley aplicable al despido en el contrato de trabajo internacional

The law applicable to the dismissal in the international employment contract

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8940

Resumen: Los despidos son una fuente importante de litigiosidad en el contrato de trabajo internacional. Este artículo trata el tema de la determinación de la ley aplicable al despido en el marco del Reglamento Roma I y analiza las especialidades del despido de los trabajadores expatriados conforme a ley española, incluyendo la aplicación de las leyes de policía en España.

Palabras clave: Despido, contrato de trabajo internacional, ley aplicable al contrato de trabajo.

Abstract: Dismissals are an important source of litigation in the international employment contract. This article addresses the issue of determining the law applicable to dismissals within the framework of the Rome I Regulation and analyzes the specialties of dismissal of expatriates under Spanish law, including the application of overriding mandatory provisions in Spain.

Keywords: dismissal, international employment contract, law applicable to the employment contract.

Sumario: I. Introducción. II. La determinación de la ley aplicable al despido. III. La aplicación de la ley española en caso de despido en un contrato de trabajo internacional. IV. El despido bajo ley extranjera y las leyes de policía españolas.

I. Introducción

1. El despido es una de las instituciones centrales del derecho laboral. En la práctica forense, la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral de la empresa constituye una de las fuentes principales de litigiosidad dentro del ámbito competencial material de la jurisdicción social¹. Estas afirmaciones son tan válidas para situaciones puramente internas como para situaciones transnacionales. Es más, en este último contexto, puede decirse que el artículo 8 del Reglamento Roma I² (RR-I) se proyecta, fundamentalmente, sobre asuntos de despido, como resultado de un cierto vaciamiento del alcance

¹ Según los datos oficiales (Estadística de Asuntos Judiciales Sociales, disponible en la web del Ministerio de Trabajo), en 2023, de un total de 340.837 asuntos en la jurisdicción social, 112.196 fueron de despido: es decir, un 32,92 por 100. Si excluimos los asuntos de seguridad social y los conflictos colectivos, los asuntos de despido representan un porcentaje del 45,59, casi la mitad de todos los asuntos individuales sobre contrato de trabajo.

² Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

de este artículo por otros instrumentos y principios jurídicos que gobiernan las relaciones laborales individuales transnacionales. Como ahora se explica, no puede considerarse que el artículo 8 RR-I trate de manera completa los problemas de ley sustantiva aplicable que plantea el contrato de trabajo internacional. Cabe decir, incluso, que son numerosas las cuestiones laborales individuales que escapan a la determinación de la ley aplicable resultante del artículo 8 RR-I, como consecuencia de la tendencia de la legislación laboral de un Estado a aplicarse imperativamente, como ley de policía, a las prestaciones de trabajo que tienen lugar en el territorio de ese Estado.

2. La norma más representativa de esta idea de vaciamiento es la Directiva 96/71/CE³. El TJUE la califica como norma especial de conflicto de leyes en el sentido del artículo 23 RR-I⁴. La doctrina internacional-privatista la considera una “solución específica” frente a la “solución general” del artículo 8 RR-I⁵, y la doctrina laboralista la describe como “marco normativo especial que viene a ampliar y corregir las disfuncionalidades del [Convenio de Roma]”⁶. La Directiva se ocupa específicamente del desplazamiento temporal de trabajadores realizado por cuenta de su empresa, en el marco de una prestación de servicios que esta lleva a cabo para un destinatario en el Estado de destino. El tratamiento del despido en la Directiva 96/71 refleja su singularidad, porque permite desvincularlo de esa tendencia estatal a gobernar las prestaciones de trabajo. El despido se singulariza en la Directiva 96/71 porque es la principal materia excluida de la amplísima extensión material del artículo 3.1bis. Recordemos que este apartado, que fue introducido en la reforma de 2018⁷, desplaza la ley aplicable a la relación laboral que resulta del artículo 8 RR-I (“con independencia de la legislación aplicable a la relación laboral”), en prácticamente todas las cuestiones laborales individuales (“todas las condiciones de trabajo aplicables que estén establecidas en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo”, ya tengan su origen en disposición estatal ya lo tengan en convenio colectivo o laudo arbitral de aplicación o eficacia general), cuando la duración efectiva del desplazamiento temporal sea superior a 12 meses (18 meses cuando el prestador de servicios presente una notificación motivada). Pero de ese amplísimo alcance de la ley del Estado del desplazamiento temporal se excluyen expresamente “los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo”, además de los regímenes complementarios de jubilación. Resulta claro, por tanto, que en materia de despido, la norma de conflicto a la que hay que atender no es la Directiva 96/71, sino, en exclusiva, el artículo 8 RR-I.

3. En el presente trabajo, además del tema de la ley aplicable al despido, que se aborda en el epígrafe II, se prestará atención a los problemas específicos que plantea el despido del trabajador desplazado o expatriado cuando se aplica la ley española al despido, lo que se hará en el epígrafe III. Finalmente, el artículo abordará en el epígrafe IV la problemática de las leyes de policía españolas en relación con despidos realizados bajo una legislación extranjera.

II. La determinación de la ley aplicable al despido

4. La ley aplicable al despido se identifica, en principio, con la ley aplicable al contrato de trabajo. La determinación de la ley aplicable no se hace específicamente para el acto de despido -sin

³ Directiva 96/71/CE de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

⁴ STJUE 8 diciembre 2020, C-626/18, *República de Polonia c. Parlamento Europeo*, 133.

⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, “El contrato internacional de trabajo y desplazamientos temporales de trabajadores en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales”, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega* (BARCELÓN, CARRERO, DE SOTO, Coord.), CARL, Sevilla, p. 184.

⁶ O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 121. Por su fecha de publicación, el estudio se refiere lógicamente al Convenio de Roma, pero la reflexión sería perfectamente trasladable al RR-I.

⁷ Directiva (UE) 2018/957 de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

perjuicio de lo que luego se dirá sobre la fragmentación del contrato que puede resultar de la elección de ley aplicable-, sino que se hace para el contrato de trabajo en su conjunto. Y es obvio que el despido forma parte del concepto de contrato en este sentido.

5. Para un operador situado en España o en cualquier otro Estado miembro de la UE (salvo Dinamarca), la cuestión de qué ley nacional es aplicable al contrato de trabajo internacional se resuelve acudiendo al RR-I, con independencia de cuál sea la ley designada en virtud de los criterios que en él se contienen (art. 2 RR-I); la ley designada puede ser la de un Estado miembro de la UE o no. Por otra parte, el RR-I “se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes, y de cualquier otra circunstancia relativa al contrato, como el lugar de ejecución del mismo, lugar de celebración del contrato, etc.”⁸.

6. Desde un punto de vista temporal, para contratos de trabajo anteriores a 17 de diciembre de 2009 (art. 28 RR-I), hay que acudir al Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980). Nótese que, a efectos de aplicar el RR-I o el Convenio de Roma, lo relevante no es la fecha del despido, sino la fecha de inicio de la relación laboral. De este modo, si la relación laboral se inició antes de 17 de diciembre de 2009, aunque el despido se produzca en 2024, la determinación de la ley aplicable se hará conforme al artículo 6 del Convenio de Roma. Las soluciones de ambos instrumentos para el contrato de trabajo internacional son muy similares, por lo que la jurisprudencia generada por el Convenio “es aprovechable, *mutatis mutandis*, para la interpretación del Rgto. Roma I”⁹. Lo que sigue a continuación se circunscribe al RR-I, pero prácticamente todo puede extenderse a casos en que deba aplicarse formalmente el Convenio de Roma.

7. El artículo 8 RR-I se ocupa de establecer las reglas conforme a las cuales se determina la ley aplicable al contrato en su conjunto. No establece regla particular acerca de ningún contenido o aspecto concreto o específico del contrato o de la relación laboral. La complejidad de la relación laboral permitiría, en abstracto, fraccionar o separar distintos aspectos de aquella a efectos de la ley aplicable. De hecho, esto se produce a menudo como resultado de la Directiva 96/71. Al margen de este supuesto normativo, cabría, por ejemplo, siempre hablando en abstracto, que la remuneración variable se regulase por una ley y la extinción se regulase por otra. Sin embargo, en defecto de elección de ley aplicable, esta conclusión no es alcanzable mediante la aplicación de las reglas del artículo 8 RR-I. En cambio, el fraccionamiento de la relación laboral sí está al alcance de la autonomía de las partes en la elección de la ley aplicable (autonomía conflictual). Lo que ocurre es que esta autonomía está severamente limitada en el propio artículo 8 RR-I, como ahora mismo se pasa a explicar.

8. Para el RR-I, en general -i.e., en la generalidad de la materia civil y mercantil-, la elección de la ley aplicable por las partes es el principio fundamental en materia de obligaciones contractuales¹⁰. Aunque el artículo 8 RR-I quiere reflejar la importancia de ese principio específicamente en materia de contrato de trabajo¹¹, se trata antes de una “postura estética” que de un “planteamiento de fondo”¹², porque lo cierto es que la autonomía conflictual en esta materia se encuentra muy cercenada no solo por los límites generales que derivan del artículo 9 RR-I (“leyes de policía”), sino también por las dis-

⁸ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2950.

⁹ A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, en *Anales de la Real Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009, p. 127.

¹⁰ H. HEISS, “Party autonomy”, en F. FERRARI y S. LEIBLE (Ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 1.

¹¹ “Este punto de conexión se ubica por encima de los demás, es jerárquicamente superior al resto” (J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El contrato individual de trabajo internacional”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 1 (2024), p. 136).

¹² Véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La regulación comunitaria de la ley aplicable a la relación laboral en el espacio internacional”, en M.E. CASAS BAAMONDE ET AL. (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, vol. III, BOE, Madrid, 2023, p. 1916.

posiciones imperativas de la ley aplicable en defecto de elección. Esta última ley se proyecta sobre el contrato de trabajo incluso aunque haya elección de ley aplicable, con la consecuencia de que si aquella contiene disposiciones imperativas (“disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”), estas se imponen a las que resulten de la ley elegida. Dado el elevado contenido en disposiciones imperativas de las leyes laborales, será frecuente que la ley elegida resulte marginada por la “ley objetiva” (i.e., la ley aplicable en defecto de elección). Es importante subrayar que el artículo 8 RR-I no es una “norma de conflicto materialmente orientada” en beneficio del trabajador, ya que no persigue “la aplicación de la ley más favorable”: “lo único que persigue [...] es evitar que los empresarios impongan a los trabajadores una elección de Ley aplicable al contrato de trabajo que pudiera perjudicar los derechos de los trabajadores recogidos en las normas imperativas de la Ley del país de prestación de los servicios”¹³.

9. Cabe que las partes elijan una ley que haya de aplicarse para la extinción del contrato de trabajo o, más concretamente, para el despido. Sin embargo, esta elección no podrá impedir al trabajador esgrimir las disposiciones imperativas de la ley objetiva, lo que este hará, como es lógico, cuando le resulten más beneficiosas, bien porque le confieran una mayor protección procedimental o causal, bien porque le proporcionen un remedio más favorable (la readmisión o una indemnización monetaria más elevada). Surge aquí una de las cuestiones más controvertidas, como es la relativa al modo en que debe realizarse la valoración acerca de cuándo una normativa resulta más beneficiosa. Hay que empezar descartando que la comparación entre normativas nacionales a efectos de determinar cuál es más beneficiosa para el trabajador deba hacerse en conjunto, es decir, tomando la totalidad de la regulación. Las razones para este descarte son, al menos, dos. La primera es que resulta virtualmente imposible comparar legislaciones nacionales institución tras institución. La segunda es que, en un caso concreto, lo que a un tribunal se le pide resolver versa normalmente sobre una sola institución (en nuestro caso el despido), por lo que la comparación debe ceñirse a esta institución. Ahora bien, dentro de la regulación de la institución, pueden encontrarse diversas caras o facetas; por ejemplo, en materia de despido, podemos comparar lo relativo al preaviso, al procedimiento de despido, a las exigencias causales, a la calificación del despido y a los remedios por incumplimiento (indemnizaciones, readmisión, salarios de tramitación). La pregunta es si la comparación de legislaciones ha de desglosarse hasta el punto de limitarla a un específico y concreto aspecto dentro del tratamiento del despido. Puede ocurrir que una ley nacional ofrezca mayores exigencias causales para justificar un despido y, en cambio, menores indemnizaciones en caso de despido injustificado. Parece irrazonable permitir un espiguelo (“cherry-picking”) tan extremo que lleve a aplicar una ley a un aspecto y otra ley a otro aspecto de un mismo caso o asunto judicial. La solución más sensata es determinar una ley aplicable para resolver la totalidad del caso (no una ley para resolver sobre la justificación del despido y otra ley para calcular la indemnización, por ejemplo). Esta ley será la elegida por las partes, salvo que la ley objetiva ofrezca una solución al caso que resulte más beneficiosa para el trabajador. En este sentido, en la materia concreta que nos ocupa, será más beneficiosa una normativa que permita declarar injustificado un despido frente a otra que lo justifique, y si ambas lo declaran injustificado, será más beneficiosa aquella que ofrezca un conjunto de remedios frente al despido injusto que pueda considerarse más favorable al trabajador: por ejemplo, readmisión frente a indemnización, o una indemnización más elevada frente a otra más exigua. En casos de extrema dificultad sobre qué ley es más beneficiosa para el trabajador, debe permitirse que sea este quien decida, de manera que si solicita la aplicación de la ley objetiva por encima de la ley elegida, debe entenderse que lo hace sobre una valoración acerca de qué le resulta más favorable o conveniente.

10. Lógicamente, todo lo anterior se construye sobre la base de que las disposiciones de la ley objetiva acerca de todos estos extremos sean imperativas (“disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo”) conforme a lo que establezca esa misma ley, pues de no serlo, habría que estar a la ley elegida. En este punto, se plantea si cabe presumir la imperatividad de la norma laboral o si, por el contrario, quien alegue que una norma laboral es imperativa debe acreditarlo. La STSJ Madrid 13 fe-

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Aranzadi, 2017, p. 715.

brero 2006 (núm. 109/2006) resuelve que el onus probandi de la imperatividad de una norma extranjera corresponde a quien alegue dicha imperatividad. El razonamiento de la sentencia se construye sobre la jurisprudencia que sostiene que “en caso de que se entienda que una relación laboral se rige por una Ley extranjera cuyo contenido no se encuentre acreditado en el proceso, la decisión judicial se tomará aplicando la normativa española, al margen de a quién hubiera debido corresponder la carga de probar tal regulación extranjera”. Y al no probarse en el proceso que la ley italiana sobre cierta paga extraordinaria fuese imperativa, el TSJ opta por aplicar el artículo 26.5 ET que permite la compensación y absorción de salarios, eximiendo del abono de la paga en cuestión por absorción con un salario anual más elevado que el mínimo de referencia. La solución que ofrece esta sentencia es razonable, ya que la prueba del derecho extranjero debe ser completa: debe probarse no solo el contenido de la ley, sino su naturaleza (imperativa o dispositiva).

11. Se haya producido o no la elección de la ley aplicable, la determinación de la ley objetiva, es decir, la ley aplicable en defecto de elección, es siempre necesaria; ya que incluso en el caso de elección de ley, la posibilidad de contrastar lo establecido en la ley elegida con lo establecido en las disposiciones imperativas de la ley objetiva conduce a la necesidad de realizar la tarea de identificación de esta última ley. Para llevar a cabo esta tarea, el artículo 8 se construye sobre la base de diversos supuestos o criterios.

12. El supuesto general es que el trabajo se desarrolle de manera habitual en un solo Estado. Dice el artículo 8.2 RR-I: “el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”. La habitualidad se opone a la temporalidad, pues el precepto a continuación señala que “no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. Precisamente es la combinación de desplazamientos temporales y de trabajo habitual en un país la que de modo más típico da lugar a la internacionalización del contrato de trabajo. La temporalidad no se define cuantitativamente, no hay una cantidad determinada de tiempo que separe lo habitual de lo temporal. Tampoco la hay, por cierto, en la Directiva 96/71/CE. La definición de temporalidad es, por el contrario, cualitativa: se basa en la expectativa de regreso al país de trabajo habitual. Esta consideración cualitativa se desprende del considerando (36) del RR-I: “la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero”. El problema que suscita la consideración cualitativa de la temporalidad es doble, como se pasa a explicar.

13. Por un lado, resulta difícil distinguir una situación caracterizada por una sucesión de lugares habituales de trabajo de una situación en que solo existe un lugar habitual de trabajo y todos los demás son temporales. Cabe, en este sentido, hablar de dos patrones de expatriación o movilidad diferenciados: un patrón unitario, de manera que la relación laboral gravita hacia un único centro, siendo los desplazamientos o movibilidades episodios dentro de la unidad de la relación; y un patrón plural, de manera que las sucesivas movibilidades se articulan mediante contratos o relaciones laborales sucesivos, independientes, causando cada uno de los contratos la extinción del anterior¹⁴.

14. Por otro lado, la introducción de una consideración cuantitativa de la temporalidad resulta inevitable, pues de otro modo bastaría para considerar temporal una situación insertar en el acuerdo de expatriación o traslado una cláusula de regreso para el caso de terminación de la expatriación; incluso aunque esta se prolongue durante muchos años o décadas. Calificar de temporal una situación que se prolonga muchos años supone forzar el propio concepto de temporalidad hasta desfigurarla y conduce a resultados absurdos. En el ámbito de los desplazamientos en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, la modificación de la Directiva 96/71/CE introdujo una limitación temporal (12 o 18 meses) que trata de reconducir la duración de los desplazamientos a límites razonables, combinando lo cualita-

¹⁴ Para un desarrollo de esta distinción y su relevancia en la determinación de la ley aplicable, véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable a la relación laboral”, *Revista de información laboral*, núm. 11, 2016.

tivo con lo cuantitativo. Las limitaciones temporales que se aplican en materia de seguridad social en el Reglamento europeo de coordinación¹⁵ y en los convenios bilaterales o multilaterales podrían resultar útiles orientativamente en materia contractual, lo que, además, presentaría la ventaja obvia de alinear lo contractual y la seguridad social.

15. Al abordar la cuestión clave de la temporalidad, es preciso clarificar el mapa de denominaciones. Desplazamiento y expatriación son denominaciones que se utilizan con mucha flexibilidad o cierta imprecisión en la práctica. Ninguna de ellas tiene un significado jurídico preciso en este contexto internacional. Es cierto que la palabra desplazamiento se utiliza en la legislación laboral para referirse a una movilidad geográfica de corta duración, en cualquier caso temporal (art. 40.6 ET), y que esa misma palabra se utiliza también en el ámbito normativo europeo para referirse a la específica movilidad de trabajadores en el marco de prestaciones empresariales de servicios con origen en un Estado y destino en otro, teniendo esta movilidad carácter igualmente temporal, en consonancia con la naturaleza temporal de la prestación de servicios (Directiva 96/71). Pero más allá de esto, la movilidad geográfica de un trabajador en el marco de una relación laboral -la movilidad en el empleo, por oposición a la movilidad por el empleo- puede llamarse desplazamiento, expatriación o, más raramente, misión internacional; serie o conjunto de denominaciones lo suficientemente amplio como para que no haya necesidad alguna de incurrir en anglicismos como “transfer” o “asignación” (basta traducción de “assignment”) internacional. Y lo cierto es que ninguna de estas denominaciones es por sí sola suficientemente significativa para deducir conclusiones jurídicas: para esta última labor, se requiere conocer la duración de la movilidad, la permanencia o extinción del contrato de origen, la posible estipulación de un verdadero contrato de trabajo en destino y la existencia de una novación subjetiva en la posición empresarial.

16. Más allá de la duración más o menos prolongada de la expatriación, las tres últimas cuestiones mencionadas pueden ser relevantes para determinar si estamos ante un patrón unitario de expatriación, en el que predomina una sola relación laboral con episodios temporales de movilidad, o ante un patrón plural, en el que se suceden distintas relaciones laborales, cada una de las cuales podría ser susceptible de ser enjuiciada separadamente desde la perspectiva de análisis jurídico que ofrece el problema de determinar la ley aplicable. En este punto, el principio general parece tratar de establecerse en el considerando 36 del RR-I, cuando afirma que “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal”. En el plano del ordenamiento interno español, el artículo 6.2 de la Orden ISM/835/2023¹⁶ penaliza “cualquier nueva contratación que se formalice fuera de España”, porque le anuda el efecto de poner fin a la situación asimilada a la de alta de la persona desplazada, definida como quien “siendo empleada en España de una empresa que ejerce sus actividades en territorio español, es enviada por esta a otro país con el fin de realizar un trabajo asalariado por cuenta de dicha empresa” (art. 2). Sin embargo, el propio artículo 6.2 introduce el importante matiz siguiente: “no se considerará nueva contratación la firma de aquellos contratos que se suscriban en el país de destino a los exclusivos efectos del cumplimiento de los requerimientos de la legislación local, siempre que el contrato con la empresa de origen se mantenga en vigor al mismo tiempo, la relación laboral con dicha empresa prime en todo momento sobre la relación con la empresa local [...]”.

17. No es difícil derivar tanto de lo establecido en el considerando 36 del RR-I como de la Orden ISM/835/2023 que hay que distinguir dos situaciones: (1) aquellas en que la relación laboral de origen verdaderamente se extingue y se da inicio a una relación laboral nueva en el país de destino con una entidad jurídica distinta (aunque pertenezcan la de origen y la de destino al mismo grupo empresarial),

¹⁵ Nos referimos concretamente al artículo 12 del Reglamento 883/2004.

¹⁶ Orden ISM/835/2023, de 20 de julio, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español.

en cuyo caso el patrón plural se impondrá y, por tanto, la cuestión de la ley aplicable debe desdoblarse para cada una de las relaciones laborales independientes; y (2) aquellas otras en que hay, en realidad, un continuum, en que la expatriación forma parte de la relación laboral con la empresa de origen, y ello al margen de que se establezca un contrato de trabajo con la entidad jurídica del país de destino, contrato que debe reputarse accesorio del contrato de trabajo principal con la empresa de origen. A la luz de estas valoraciones, puede realizarse con mayor precisión la tarea de valorar la temporalidad de la expatriación o del desplazamiento a los efectos del artículo 8.2 RR-I.

18. En todo caso, las consideraciones críticas vertidas sobre las limitaciones del concepto de temporalidad que plantea el RR-I pueden tratar de solucionarse a través de la cláusula de escape regulada en su artículo 8.4. A diferencia del criterio previsto en su apartado 3, que es de escasísima aplicación en la práctica y que puede calificarse de residual¹⁷, la cláusula de escape del apartado 4 confiere al juzgador una enorme flexibilidad a la hora de determinar la ley aplicable, ya que puede atender a un “conjunto de circunstancias” a partir del cual concluir que la relación contractual laboral presenta “vínculos más estrechos” con cierto país.

19. La expresión “conjunto de circunstancias” es lo suficientemente amplia como para comprender circunstancias objetivas y subjetivas, es decir, circunstancias relativas al objeto del contrato y a las partes del mismo¹⁸. Cabría quizá conferir preponderancia a las objetivas sobre las subjetivas, en términos generales. Entre las circunstancias objetivas, destacan los lugares de prestación del trabajo (asumiendo que no exista un solo lugar habitual, ya que de existir uno solo lo más probable es aplicar el criterio principal “lex loci laboris”), los de publicación de la oferta de empleo y contratación, la integración organizativa del trabajador (¿dónde se encuentra el equipo en que el trabajador se integra?) y el ámbito de proyección de su trabajo (¿dónde se encuentran los clientes o destinatarios del trabajo?). Entre las circunstancias subjetivas, cabe tomar en consideración la nacionalidad de las partes, el domicilio del trabajador y, curiosamente, la residencia fiscal y el país al que cotiza a la seguridad social. En relación con esto último, el TJUE tuvo oportunidad de señalar, en el asunto *Schlecker*, que hay que “tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador [...] está afiliado a la seguridad social”¹⁹.

20. En conclusión, la ley aplicable al despido será la ley elegida por las partes, salvo que el trabajador acredite que la ley objetiva (la aplicable en defecto de elección) contiene disposiciones que son de naturaleza imperativa con arreglo a esta misma ley (i.e., disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo) que le resultan más favorables. Para el caso de ausencia de elección, si se identifica un lugar habitual de prestación de servicios, la ley aplicable será la de este lugar. De tratarse de un supuesto plurilocalizado, en el que se aprecian varios lugares de trabajo que podrían llegar a calificarse de habituales, seguramente la mejor solución pasa por acudir a la cláusula de escape y buscar el Estado con el que la relación se encuentra más conectada, atendiendo a un conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas.

21. La ley aplicable al despido debe extenderse a todos los aspectos que lo conforman. No es aceptable aplicar una ley para los aspectos formales o procedimentales del despido y otra para las cuestiones de justificación o de calificación del despido, o para los efectos de las distintas calificaciones. Por tanto, la comparación de lo más beneficioso para el trabajador debe hacerse para el conjunto de la institución del despido, sin permitir un fraccionamiento artificioso que dé lugar a la obtención de beneficios parciales de distintas legislaciones. Esto se explica suficientemente por el hecho de que toda normativa sobre despido se diseña y se concibe en su conjunto y todos los elementos constitutivos de la regulación del despido son vasos comunicantes. En unas legislaciones se contemplan largos períodos de preaviso y menores indemnizaciones, mientras que en otras, a la inversa, los preavisos son cortos y las indemniza-

¹⁷ Sobre ello, puede verse F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La regulación comunitaria de la ley aplicable...”, cit., p. 1929.

¹⁸ Sobre este tema, más extensamente F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, “La regulación comunitaria de la ley aplicable”, cit., p. 1930-1931 y, especialmente, del mismo autor, “Expatriación de trabajadores y ley aplicable...”, cit., pp. 28 ss.

¹⁹ STJUE de 15 marzo 2011, C- 64/12, *Schlecker*, apartado 41.

ciones más cuantiosas. Es evidente que no cabe acogerse parcialmente a lo más beneficioso de distintas leyes de despido. Lo anterior es sin perjuicio de la posible aplicación de leyes de policía del foro, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.2 RR-I, al que luego nos referiremos.

III. La aplicación de la ley española en caso de despido en un contrato de trabajo internacional

22. El contrato de trabajo internacional presenta, en la expresión de Lousada Arochena y Ron Latas, “un carácter camaleónico”²⁰. Entiendo esta caracterización en el sentido de que son múltiples los hechos que pueden dar lugar a internacionalizar el contrato de trabajo. Por ejemplo, el elemento internacional (o de extranjería²¹) puede consistir en que el establecimiento de contratación y el trabajador se encuentran en países distintos; otro ejemplo: el elemento internacional puede surgir del hecho de que el trabajador presta servicios en un país, pero el equipo en el que se integra y la entidad para la que trabaja se ubica en otro. Sin embargo, es razonable afirmar que la mayoría de contratos de trabajo internacionales lo son por el hecho de que el trabajador ha protagonizado algún tipo de movilidad transnacional a lo largo de su relación laboral. El desplazamiento o expatriación del trabajador es la principal causa de internacionalización del contrato de trabajo, y cuando esto ocurre, el impacto en el despido se produce en tres planos: el de la causalidad, el de la antigüedad y el del salario regulador.

23. En los sistemas de despido causal, como es el caso español, las causas de despido son principalmente de dos tipos: causas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador y causas basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (art. 4 Convenio OIT, núm. 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982). Las causas relacionadas con la conducta son causas disciplinarias que requieren una valoración casuística y circunstancial. En esta valoración, los elementos sociales y culturales son importantes. Por ejemplo, cuando tratamos del comportamiento adecuado o aceptado entre hombres y mujeres, hay diferencias culturales importantes entre países, por lo que la valoración de la conducta requiere tener en cuenta las especificidades del país en que tienen lugar los hechos. No obstante, puede ir en detrimento de la justificación causal del despido que el trabajador no haya recibido suficiente información o formación acerca de estas cuestiones socioculturales que tanta importancia tienen para una satisfactoria integración del trabajador en el país al que se desplaza o expatria.

24. Por lo que respecta a las causas basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (causas que en España conocemos como económicas, técnicas, organizativas o de producción), tanto el desplazamiento como la expatriación pueden considerarse fenómenos neutros respecto de la viabilidad de posibles causas de esta naturaleza. Hay que diferenciar entre, por un lado, una causa económica o productiva u organizativa que puede afectar al desplazamiento o expatriación (poniéndole fin, por ejemplo, porque haya terminado la relación con el cliente que justificó la movilidad del trabajador), pero no necesariamente a la relación laboral en sí misma considerada, que puede continuar tras el retorno del empleado, y por otro lado, una causa de esa misma índole que sí puede poner en tela de juicio la viabilidad de la relación laboral con el trabajador desplazado o expatriado. En este último supuesto, es posible que el despido se produzca sin activar previamente el retorno del trabajador o puede también ocurrir que se active el retorno *ante tempus* con el mero objetivo de despedir al trabajador inmediatamente después. En cualquier caso, y como correctamente aprecia la STSJ Andalucía / Sevilla 19 septiembre 2019²², en un caso de finalización del proyecto que causa la expatriación, esta finalización no significa “que el contrato del actor podía ser extinguido, toda vez que el mismo era indefinido, y no estaba vinculado a ningún Proyecto en concreto”. Cosa distinta hubiera sido, como también señala esta sentencia, que la empresa entendiera “que con la finalización de dicho Proyecto se habían producido dis-

²⁰ J.F. LOUSADA AROCHENA, R.P. RON LATAS, *El contrato de trabajo internacional*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 9.

²¹ Véase J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El contrato individual de trabajo internacional”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 1 (2024), p. 117.

²² Rec. 2219/2018.

funciones en el entorno global de su actividad, que le obligasen a disminuir su producción, y a amortizar puestos de trabajo”; en cuyo caso, la carga que pesa sobre la empresa es la de acreditar “tales extremos, así como la incidencia que dicho Proyecto tenía en su producción global”.

25. Muy relacionado con lo anterior, es habitual incluir en acuerdos de expatriación el compromiso del grupo empresarial de recolocar al trabajador en otra posición a la finalización de la expatriación, normalmente en el país de origen (aunque puede ser en otra posición en un tercer país). En estos casos, la finalización de la expatriación, incluso aunque se formalice como una extinción del contrato de trabajo entre la filial y el expatriado, no conlleva la extinción de la relación laboral con el grupo o con la entidad de origen. Esta es la solución, correcta, que proporciona la STSJ Cataluña 4 abril 2023²³ (caso Puig): *“de los hechos probados lo que se infiere es que existe una aparente relación contractual del trabajador con la empresa PUIG MIDDLE EAST FCO, domiciliada en Emiratos Árabes Unidos, para prestar servicios en Dubai, con extinción previa de la relación laboral con la empresa DIVISIÓN PUIG ESPAÑA S.L., cuando realmente estamos ante una relación contractual iniciada en fecha 25 de febrero de 2008 entre el trabajador y la empresa DIVISIÓN PUIG ESPAÑA S.L. con categoría profesional de Director Comercial, que quedó suspendida en virtud de la firma de un acuerdo de fecha 6 de julio de 2015 de expatriación y desplazamiento temporal del trabajador a Dubai, prorrogado en fecha 17 de julio de 2018, en el que se preveía el retorno del trabajador a una empresa del grupo PUIG en España, que quedó truncado por una decisión del grupo PUIG de despedir al trabajador de forma definitiva”*.

26. Otro plano en el que puede impactar la movilidad transnacional del trabajador es el cómputo de la antigüedad o años de servicio. En este tipo de movilidad, es frecuente que se produzca un cambio de empleador o, cuando menos, la adición de un nuevo empleador al ya existente con carácter previo. La regla general en este tema parece poder deducirse del considerando 36 del RR-I, al que ya nos hemos referido; al tratar de la cuestión de la temporalidad de la movilidad, sienta un principio de irrelevancia de “la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario”. Es cierto que esta irrelevancia no es absoluta y que el considerando en cuestión va referido a la temporalidad, no a la antigüedad, pero hay buenas razones para extender ese principio de irrelevancia a otros aspectos de la movilidad y de la relación laboral de trabajadores desplazados o expatriados. De este modo, cabría sostener que la celebración de un nuevo contrato de trabajo con el mismo empleador o con otro del mismo grupo empresarial para dar cobertura al desplazamiento o expatriación no supone una ruptura del vínculo laboral originario, no supone una solución de continuidad en la relación laboral global, por lo que la consecuencia sería afirmar que la antigüedad del trabajador es el resultado de sumar la duración de la relación en el país de origen y la duración (o duraciones) de la expatriación (o expatriaciones, si son varias). Esta es la teoría del “contrato de trabajo global”, expresión que puede encontrarse, por ejemplo, en la STJUE de 10 marzo 2011, asunto Casteels²⁴. Esta visión del contrato de trabajo global puede apreciarse en la práctica judicial española, como refleja por ejemplo la STSJ Baleares de 4 marzo 2024²⁵, que razona que *“algunos trabajadores prestan servicios en distintos lugares del mundo donde se consideran necesarios sus servicios y esta es una decisión que es adoptada por la dirección corporativa. Y es también en ocasiones la dirección corporativa, especialmente con personal directivo, la que decide las condiciones de trabajo en cada momento, las condiciones de los sucesivos traslados y la concreta empresa del grupo que en cada momento actuará como empleadora mediante la suscripción de un contrato instrumental. Esto no se hace necesariamente con intención fraudulenta o abusiva sino por la propia dinámica de las empresas del grupo y su actividad internacionalizada”*. Lo anterior no significa que no puedan encontrarse casos de expatriación que siguen un patrón plural, con separación nítida entre una relación laboral en el país de origen con un empleador y otra relación laboral distinta en el país de destino con otro empleador. Cuando se pueda apreciar esta ruptura de la unidad del vínculo, habrá que entender que cada una de las relaciones laborales computa a efectos de antigüedad

²³ Rec. 4199/2022.

²⁴ C-379/09.

²⁵ Rec. 309/2023.

por separado, sin que deban sumarse las respectivas duraciones contractuales. Esta solución la adopta, por ejemplo, la STSJ Cataluña 4 abril 2023 (caso Puig, ya referido), al descontar de la antigüedad con la entidad española el tiempo de prestación de servicios como expatriado para una entidad extranjera.

27. El final de la expatriación puede coincidir con el final de la relación laboral, pero esta es tan solo una posibilidad, no una necesidad. En la legislación española no se contempla la obligación empresarial de repatriar al trabajador al finalizar la movilidad transnacional o por otras muchas posibles razones²⁶. Sin embargo, y más allá de que obviamente puede pactarse entre las partes la obligación empresarial de repatriar al trabajador al finalizar el desplazamiento o expatriación, podría deducirse una obligación de repatriar a partir del deber general de buena fe. El fundamento de esta deducción es que la movilidad se produce “en el empleo” y “por cuenta del empleador”, por lo que parece lógico concluir que a su terminación -sea conforme a lo previsto en el acuerdo o carta de expatriación, sea por decisión unilateral de la empresa, sea por causas justificadas que atañen a la persona del trabajador-, el empleador debe asumir el coste del retorno del trabajador. De este modo, si el despido acontece mientras el trabajador se encuentra desplazado en el extranjero, con independencia de que pueda comunicarse al trabajador ubicado en el extranjero, la empresa debe asumir el coste del retorno al país de origen.

28. Finalmente, uno de los aspectos más controvertidos del despido del expatriado es la indemnización y su cálculo. Conviene recordar que en el derecho español la indemnización se calcula a partir de la determinación del salario regulador, y este, a su vez, se establece en función de lo que el trabajador percibe por todos los conceptos salariales a la fecha del despido. Sin embargo, dado que son frecuentes los sistemas retributivos que incorporan elementos variables y elementos retributivos que se devengan en periodos temporales superiores al mes, la práctica avalada en España por el Tribunal Supremo es atender a lo percibido por el trabajador en los doce últimos meses anteriores al despido. Esta práctica permite detectar remuneraciones que, aunque no se hubieran percibido en el mes anterior a producirse el despido, son relevantes para el cálculo del salario regulador. Y esto tiene importancia de cara al trabajador expatriado, ya que la expatriación conlleva casi siempre una serie de remuneraciones que se dejan de percibir cuando la expatriación termina.

29. La sentencia más significativa en este tema es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 29 de enero de 2019²⁷. En este caso, el trabajador cuenta con una antigüedad de febrero de 2010 y estuvo expatriado en California desde 1 de noviembre de 2012 a 10 de junio de 2014. En esta fecha se reincorpora a su centro de trabajo de origen, ubicado en Sevilla. Tras su retorno, el trabajador prestó servicios en España por un período de unos cinco meses, tras el cual fue despedido por causas objetivas. Repárese en que a la fecha del despido el trabajador ya no está desplazado en el extranjero y que ya no percibe el “plus de desplazamiento en el extranjero”, que tenía un importe mensual relevante en su etapa de expatriado (3.488,29 euros mensuales). Este plus incluía el alquiler de vivienda, gastos asociados, mobiliario y dietas. La posición de la empresa en este despido es que el plus de expatriación no debe incluirse en el salario regulador, posición avalada en la instancia por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla y en la suplicación por la Sala de lo Social de Sevilla del TSJ Andalucía²⁸. Estos pluses de expatriación plantean dos debates. El primero es si tienen naturaleza salarial, lo que el TSJ Andalucía niega. El segundo es si, una vez terminada la expatriación, tales pluses pueden considerarse a efectos de su inclusión en el salario regulador.

30. En el recurso de casación para unificación de doctrina que da lugar a la citada STS de 29 enero 2019, el trabajador esgrime como sentencia de contraste otra de la misma Sala de lo Social de

²⁶ Véase sobre este importante tema, A. MATORRAS DÍAZ-CANEJA (Dir.), *La expatriación de trabajadores*, Aranzadi, 2012, p. 330 ss.

²⁷ Rec. 1091/2017.

²⁸ Sentencia de 15-12-2016, Rec. 87/2016.

Sevilla del TSJ Andalucía, concretamente la de fecha 7 noviembre 2013²⁹. En esta sentencia se aborda el caso de un trabajador directivo de ENCE expatriado durante más de nueve años en Uruguay, quien en un momento determinado plantea a la empresa su deseo de volver a España, a lo que la empresa accedió para inmediatamente trasladarlo de nuevo a Uruguay. Tras una serie de desencuentros, que culminaron con una poco defendible democión profesional a “basculista administrativo” (cuyas tareas son control, pesaje y contabilización de la madera que entra en la fábrica), el trabajador planteó demanda del artículo 50 ET, la cual, de estimarse, como es sabido, da lugar a una indemnización idéntica a la de un despido improcedente, y cuya mecánica de cálculo (salario regulador y antigüedad) es exactamente la misma que en caso de despido.

31. Yendo al fondo del asunto, la STS de 29 enero 2019 repasa dos precedentes de la propia Sala: STS de 17 junio 2015³⁰ y STS de 19 julio 2018³¹. La primera de ellas resuelve el caso de un expatriado en Venezuela que es repatriado a España en una fecha en que la entidad española está a punto de cerrar un acuerdo de despido colectivo; en este caso, el Tribunal afirma que “la repatriación a nuestro país tuvo un carácter eminentemente formal”, no llegando el trabajador a percibir efectivamente el “nuevo salario” español. Remacha la sentencia su impecable argumentación añadiendo que mantener el vínculo laboral unas pocas semanas (poco más de dos meses) bajo la fórmula del “permiso retribuido” “no parece constituir más que un artificioso intento de burlar el monto correcto de la indemnización por despido”. La segunda de las sentencias citadas aborda el caso de un expatriado a Canadá al que se le abona el alquiler de su vivienda en Toronto. Lo que se discute es si el importe del alquiler debe computar en el salario regulador del despido. Lo relevante para el TS es, con buen criterio, la duración (real o esperada) de la expatriación. En el caso enjuiciado, la expatriación tenía carácter indefinido; de hecho llegó a tener una duración de tres años. El TS razona que “el decisivo papel corresponde al factor tiempo -previsto o real de la movilidad, por cuanto el abono -por la empresa- del alquiler de la vivienda en el país en que pasan a prestarse los servicios, únicamente puede configurarse como indemnización derivada del trabajo cuando comporta -y en propiedad hasta donde comportase- un gasto adicional que añadir al que el trabajador tenía por el mismo concepto de morada mientras prestaba servicios en España”.

32. Sentados los precedentes jurisprudenciales, la STS de 29 enero 2019 considera que el plus de expatriación debe integrar el salario regulador. Para ello, le basta con argumentar que la presunción legal es a favor del carácter salarial de lo que el trabajador percibe de su empresa, razón por la que, si no se aporta dato alguno que desvirtúe esta presunción, la conclusión no puede ser otra que el plus de expatriación tiene efectivamente naturaleza salarial. Conviene recordar que, en términos generales, el plus de expatriación suele comprender un complemento o plus de expatriación en sentido estricto (una cantidad de dinero que compensa la situación misma de expatriación) y una serie de percepciones en conceptos tales como vivienda, dietas, automóvil, escolarización de los hijos, seguro médico, viajes a España y otros gastos asociados al desplazamiento y a la estancia del trabajador en el extranjero. En este sentido amplio, el plus de expatriación suele añadirse a la remuneración digamos “española” del trabajador, de modo que durante la expatriación el trabajador mantiene el salario que percibía en España y, además, las condiciones especiales (o “paquete”) de expatriación.

33. Cuestión distinta es si el hecho de que el plus de expatriación no se perciba ya al momento del despido tiene algún efecto. Se trata de un tema que no solo afecta a pleitos de expatriados, ya que la existencia de partidas, percepciones o emolumentos a los que un trabajador deja de tener derecho en un momento dado es un fenómeno relativamente común. La doctrina al respecto, sólida hasta la fecha, viene bien representada por la STS de 27-9-2004³², cuya afirmación esencial es que “el salario regulador de la indemnización es aquel que legalmente corresponde al trabajador al tiempo del despido”. En este

²⁹ Rec. 3158/2012.

³⁰ Rec. 1561/2014.

³¹ Rec. 472/2017.

³² Rec. 4911/2003.

caso, no se consideró parte del salario regulador un plus de expatriación que se percibió hasta octubre de 2001, siendo así que el despido tuvo lugar el 8 de febrero de 2002. La sentencia es contundente: ni puede computarse a efectos de salario regulador el concepto reclamado, “ya que en el momento del despido y cese, no percibía tal complemento”; ni puede “prorrratearse lo percibido en los doce últimos meses a los efectos debatidos”. Son pocas líneas, pero de gran enjundia y valor general, las que nos ofrece esta Sentencia: el plus de expatriación “tenía una finalidad concreta, compensar el traslado al extranjero, es decir, tenía un carácter puntual”, por lo que si cuando acaece el despido “no percibía el complemento” por trabajar ya en España, “no puede incluirse en lo percibido en el momento del cese”. Remacha la Sentencia haciendo referencia a las situaciones que sí permitirían el cómputo a efectos de salario regulador: “no estamos ante un ingreso salarial irregular, ni ante un complemento de devengo periódico superior al mes, ni ante un supuesto fraude que podría llevarnos a conclusión distinta sobre el particular”. La solución que adopta la STS de 29 enero 2019 incorpora matizaciones importantes, porque cuando el acuerdo de expatriación finaliza tiempo antes del despido (casi cuatro meses antes, en este caso), “no puede computarse el plus cuestionado de repatriación en su totalidad”, dice la sentencia, “por cuanto en la fecha del despido ya no se percibía, pero sí en la parte proporcional a los meses correspondientes al año anterior al mismo en que sí se percibió (es decir, promediando el percibo anual del plus para calcular el módulo indemnizatorio)”.

34. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que si el tribunal aprecia un patrón plural de expatriación, en el que a cada traslado corresponde una relación laboral distinta, el despido producido en la empresa de origen se indemnizará sobre la base de cálculo del salario que corresponda en esta empresa, sin tener en cuenta las percepciones salariales en la empresa de destino. Esta solución se encuentra, por ejemplo, en la ya referenciada STSJ Cataluña 4 abril 2023 (caso Puig), en que se razona que “si bien el actor solicita que se incluyan conceptos que le eran abonados cuando fue trasladado y expatriado a Dubai, habiéndose declarado que la relación laboral estuvo suspendida durante el período en que prestó servicios en Dubai, y habiéndose considerado que ha existido despido, el último salario regulador del despido a efectos indemnizatorios, debe ser el último que cobraba el trabajador antes del período de suspensión del contrato (el que cobraba cuando se extinguió el contrato con División Puig España S.L.)”.

IV. El despido bajo ley extranjera y las leyes de policía españolas

35. El artículo 9 RR-I reconoce la aplicabilidad de las leyes de policía de la ley del foro, señalando literalmente, en su apartado 2, que “las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”. El apartado 1 proporciona el concepto de ley de policía: “disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”. La regulación del contrato de trabajo tiene una importancia enorme en cualquier Estado, pero especialmente en el Estado Social de Derecho. De ahí que los mínimos establecidos en la regulación del contrato de trabajo puedan considerarse auténticas leyes de policía, es decir, disposiciones “cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica” (art. 9.1 RR-I). La inclusión de las normas de protección de los trabajadores en el concepto de leyes de policía es discutida entre los autores de derecho internacional privado³³. La referencia del considerando 10 de la Directiva 96/71/CE³⁴ no es concluyente, aunque al aludir a las normas de policía de una ley distinta de la *lex causae* sugiere la pertinencia de su aplicación especialmente en caso de desplazamiento temporal del trabajador. Se ha

³³ A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, cit., p. 505.

³⁴ “Considerando que el artículo 7 [del Convenio de Roma] dispone que en determinadas condiciones surtan efecto, junto con la ley declarada aplicable, las normas de policía de otra ley, en particular la del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado temporalmente el trabajador”.

dicho que “cuando el art. 9 [RR-I] define qué se entiende por disposiciones de policía lo que hace es circunscribirlas a materias de Derecho público”³⁵. Pero esta caracterización es escasamente concluyente para el derecho laboral, con un componente público innegable: piénsese en las infracciones y sanciones administrativas de la LISOS, que son estrictamente de derecho público; parece claro que incurrir en una infracción grave o muy grave de la LISOS en territorio español no le puede resultar indiferente al legislador español. Las leyes de policía pueden entenderse en un sentido algo más amplio, sin dejar por ello de proyectar sobre el artículo 9 una interpretación “en sentido estricto”, como exige el TJUE³⁶. Así, Gardeñes Santiago considera que la fórmula verbal del artículo 9.1 RR-I “no excluiría que pudieran entenderse comprendidas en ella normas con una finalidad protectora de la parte débil en un contrato, como pudieran ser las normas de trabajo”³⁷.

36. Resulta evidente que buena parte de las disposiciones mínimas de alcance general en el ámbito laboral persiguen objetivos de política social que van más allá del estricto interés individual de las concretas partes de un contrato de trabajo. Como señala, en esta línea, el TJUE, la protección de los trabajadores constituye una “razón imperiosa de interés general”³⁸. Desde otro punto de vista, resulta convincente la idea de que el abuso contra la parte débil de un contrato como el de consumo o el de trabajo debe considerarse una amenaza a la sociedad en su conjunto³⁹. Esta es la posición mayoritariamente sostenida en Francia, Reino Unido y Países Bajos, frente a la opinión mayoritaria en Alemania, más cercana a considerar que las leyes de policía se refieren más directamente a intereses netamente públicos del Estado⁴⁰.

37. Por lo que se refiere a la posición del TJUE, lo argumentado en *Rush Portuguesa* sigue siendo válido: “el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario: el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros que impongan el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto”⁴¹. La doctrina ya avanzada en la sentencia *Seco*⁴², que parecía limitada a salario mínimo, se extiende en *Rush* a toda norma laboral mínima, legal o convencional, en el Estado en que el trabajo se realiza, aunque se realice en él de manera temporal. Por otro lado, resultaría difícil no considerar las normas mínimas laborales de alcance general como leyes de policía cuando sí se ha considerado como tal una norma de protección de los agentes comerciales. Como expresa el TJUE en el caso *Ingmar GB Ltd.*, “es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En efecto, la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato”⁴³. Más fuerza argumentativa podría tener, incluso, lo razonado por el propio TJUE en el caso *Unamar*, también sobre el contrato de agencia. En este

³⁵ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, p. 141.

³⁶ “Como medida de excepción, el artículo 9 del referido Reglamento debe interpretarse en sentido estricto” (STJUE 18 octubre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, apartado 44).

³⁷ M. GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, p. 176.

³⁸ STJUE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96, apartado 36.

³⁹ L.M. VAN BOCHOVE, “Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law”, *Erasmus Law Review*, vol. 7, núm. 3, 2014, p. 150.

⁴⁰ L.M. VAN BOCHOVE, op.cit., p. 149-150.

⁴¹ STJUE 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 18.

⁴² STJUE 3 febrero 1982, *Seco*, C-62/81, apartado 14.

⁴³ STJUE 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, apartado 25.

caso, el TJUE no cierra la puerta a considerar como ley de policía una ley belga que establece una mayor protección para el agente comercial que la exigida por la Directiva armonizadora aplicable (Directiva 86/653/CEE); y aun cuando la ley aplicable elegida por las partes del contrato era la de un Estado miembro (Bulgaria) que había correctamente transpuesto la Directiva, el TJUE permite la consideración de la ley belga como ley de policía a partir de “*tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su concepción general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate. Tal como ha subrayado la Comisión, así puede suceder en caso de que la transposición en el Estado del foro garantice, en virtud de la extensión del ámbito de aplicación de una Directiva o mediante la opción de un uso más amplio del margen de apreciación que ésta concede, una mayor protección a los agentes comerciales en razón del interés particular que el Estado miembro atribuya a esa categoría de nacionales*”⁴⁴.

38. Es evidente, sin embargo, que la operatividad de las normas internacionalmente imperativas de la ley del foro no puede ser tan amplia como para permitir su invocación en todo supuesto en que, aprovechando los foros de ataque, se litigue ante tribunales de un Estado con el que el contrato de trabajo internacional presenta escasa conexión material. Se ha apuntado, por ejemplo, que bastaría “*con elegir el foro de competencia judicial internacional que atribuyera competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado que mayor salario mínimo reconozca, para que las norma que lo regulan fueran aplicables en su calidad de normas internacionalmente imperativas del foro*”; y “*evidentemente, esta solución no puede prosperar*”⁴⁵. Es por ello que la vía que abre el artículo 9.2 RR-I ha de aplicarse con mesura.

39. En materia de despido, la virtualidad de las leyes de policía cuando conocen del litigio tribunales españoles parece proyectarse fundamentalmente en relación con el despido libre y con el despido discriminatorio. El despido libre es, como se sabe, característico del derecho de los Estados Unidos. El derecho español y el europeo manifiestan, en cambio, una posición claramente causal en materia de despido. En el caso europeo, el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece el derecho del trabajador a recibir protección “en caso de despido injustificado”, mientras que la Carta Social Europea afirma el derecho a la protección en caso de despido y en su artículo 24 reconoce el derecho a no ser despedido “sin que existan razones válidas para ello”, con el corolario de reconocer “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. En el caso español, el derecho a no ser despedido si no existe una causa justificada se desprende, según la interpretación del Tribunal Constitucional, del artículo 35.1 de la Constitución (STC 118/2019, STC 119/2014, STC 22/1981 entre otras): “el derecho al trabajo se concreta, en su vertiente individual (art. 35.1 CE), ‘en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa’”.

40. Sobre la base de este reconocimiento de la causalidad del despido como principio constitucional y europeo, es posible configurar el rechazo de un tribunal español al despido libre, aun cuando resulte aplicable la ley estatal de cualquiera de los que conforman los Estados Unidos. El fundamento para ello puede encontrarse en el artículo 9 RR-I, al entender que la protección frente al despido y la exigencia de causalidad de la decisión empresarial extintiva es una disposición cuya observancia un país como España considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, en particular su organización social o económica. Los pronunciamientos judiciales españoles, sin embargo, no sostienen esta opinión. Así, la STSJ Madrid 5 octubre 2004⁴⁶ no ve problema en admitir la aplicación de la ley de Illinois y su notoria admisión del despido libre sin derecho a indemnización; la STSJ Madrid 22 julio

⁴⁴ STJUE 17 octubre 2013, *Unamar*, C-184/12, apartado 50.

⁴⁵ M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Aranzadi, 2008, p. 317.

⁴⁶ Rec. 2975/2004.

2022⁴⁷ no cuestiona esa misma aplicación a un trabajador de la embajada de España en Estados Unidos; y la STSJ Madrid 8 junio 2015⁴⁸ sostiene que “una vez determinada la aplicación de la legislación de Estados Unidos -circunstancia no debatida por las partes-, es a esa legislación a la que hay que estar, por muy dispares y diferentes de los nuestros que sean sus principios orientadores y sus normas sustantivas”. Es cierto que la STSJ Madrid de 14 noviembre 2022⁴⁹ aplica la ley española al despido cuando se había acordado entre las partes la aplicación de la ley de Florida, pero lo hace no con fundamento en el artículo 9 RR-I, sino aplicando la cláusula de escape del artículo 8.4 RR-I y el artículo 1.4 ET, determinando la aplicación de la ley española al despido y extendiendo al trabajador contratado en España para prestar servicios en el extranjero los derechos frente al despido reconocidos en la ley española.

41. Los tribunales españoles se muestran mucho más proclives a aplicar el artículo 9.2 RR-I a la hora de enjuiciar decisiones empresariales de poner fin al contrato de trabajo cuando encuentran que estas son discriminatorias o vulneran derechos fundamentales del trabajador. Conviene recordar que la consecuencia del mencionado artículo 9.2 es inaplicar el derecho aplicable sobre la base de que su aplicación es incompatible (“repugnant”) con el derecho español⁵⁰. En este punto, se proyecta sobre el despido la doctrina general conforme a la cual los derechos fundamentales constitucionales pueden esgrimirse como orden público del foro. Un caso paradigmático lo ofrece la STSJ Madrid 20 julio 2016⁵¹, protagonizado por un empleado de la embajada española en Catar. La ley aplicable a la relación es la catari y el despido se produce, con arreglo a esta ley, sin necesidad de alegar causa alguna, siendo suficiente el abono de la indemnización estipulada legalmente. El trabajador solicita en la jurisdicción española la declaración de nulidad del despido por violación del derecho fundamental a la indemnidad, que es una consecuencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Esta alegación de vulneración de la garantía de indemnidad se asienta en el hecho de que el trabajador mantenía en España un pleito contra la parte empleadora por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un accidente laboral que había sufrido en las dependencias de la embajada en Doha. En la sentencia de instancia, se da la razón a la parte empleadora, al entender que siendo aplicable la legislación catari y habiéndose cumplido por esta parte con lo dispuesto en tal legislación, la demanda debía ser desestimada. En suplicación, la Sala de lo Social del TSJ Madrid manifiesta su disconformidad, sobre la base de una lectura del RR-I que pretende ofrecer una especial protección al trabajador como parte débil de la relación laboral. Razona el TSJ que “*como los derechos constitucionales no son disponibles por la voluntad de los contratantes por afectar al orden público del foro (español), como la no valoración que se ha hecho en la sentencia del Juzgado del derecho fundamental a la indemnidad del actor que es consecuencia del de prestación efectiva de justicia es manifiestamente incompatible con nuestra legislación constitucional también es aplicable en el presente caso el artículo 21 del Reglamento [Roma I] además de los citados anteriormente [artículos 8 y 9 RR-I] para llegar a la conclusión de que en aplicación de la legislación de la Unión Europea y de la española la Juzgadora “a quo” debió pronunciarse sobre la causa de nulidad del despido del actor que ha alegado en su demanda aunque no exista ese derecho en la legislación laboral qatari*”.

⁴⁷ Rec. 572/2022.

⁴⁸ Rec. 21/2015.

⁴⁹ Rec. 599/2022.

⁵⁰ J. HARRIS, “Mandatory rules and public policy under the Rome I Regulation”, en FERRARI, F., y LEIBLE, S. (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, p. 297.

⁵¹ Rec. 422/2016.

Anti-arbitration injunction y Ley de Cooperación Jurídica Internacional

Anti-arbitration injunction and International Legal Cooperation Act

MIGUEL GÓMEZ JENE
Catedrático de Derecho Internacional Privado
UNED

ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: 10.20318/cdt.2024.8941

Resumen: De forma todavía reciente, un Juzgado de Primera Instancia de Madrid ha rechazado el reconocimiento en España de una *Anti-arbitration injunction* dictada por un tercer Estado (un Estado no miembro de la UE). Se trata de la primera resolución judicial española que aborda directamente tan controvertida cuestión. Pese a que la resolución es ciertamente escueta, merece la pena aprovechar la ocasión para plantearse con cierto detenimiento y en abstracto si este tipo de medidas o de resoluciones judiciales son o no reconocibles en España en aplicación de la *Ley de Cooperación Jurídica Internacional*.

Palabras clave: Arbitraje internacional, medidas antiproceso, reconocimiento de medida cautelar. Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

Abstract: Recently a Court of First Instance of Madrid rejected the recognition in Spain of an *Anti-arbitration injunction* issued by a third State (a non-EU Member State). This is the first Spanish judgment that has addresses such a controversial issue. Although the resolution is certainly brief, it is worth taking the opportunity to consider in some detail and to generalize whether these types of measures or judicial resolutions are or are not recognizable in Spain in the application of the International Legal Cooperation Act.

Keywords: International arbitration, *antisuit injunctions*, recognition of interim measures, International Legal Cooperation Act.

Sumario: I. Introducción: supuesto de hecho y concreción del marco jurídico aplicable. II. El marco europeo: la prohibición de las *anti-suit injunctions*. III. La *anti-arbitration injunction* no trata ni sobre materia civil ni sobre materia mercantil a los efectos de la aplicación de la LCJI. IV. Régimen estricto de reconocimiento de la medida cautelar: solo procede si la denegación del reconocimiento implica vulneración de la tutela judicial efectiva V. Necesidad de adaptar la *anti-arbitration injunction* a una medida cautelar equivalente prevista en el ordenamiento jurídico español: el artículo 44.4 LCJI. VI. Motivos de denegación del reconocimiento previstos en el artículo 46 LCJI. 1. El reconocimiento de la resolución judicial extranjera es contrario al orden público del foro (art. 46.1.a/ LCJI). 2. La competencia del juez que dicta la *anti-arbitration injunction* no obedece a una conexión razonable (art. 46.1.c/ LCJI). 3. La sentencia extranjera es inconciliable con una sentencia judicial dictada por los tribunales del Estado requerido (art. 46.1.d/ LCJI). VII. A modo de conclusión.

I. Introducción: supuesto de hecho y concreción del marco jurídico aplicable

1. Las dificultades técnicas que suscitan las medidas cautelares en general y las medidas *anti-proceso* en particular en la litigación internacional han sido ampliamente abordadas por el profesor Calvo Caravaca en su profusa obra científica¹. Tan es así que algunas de sus consideraciones encuentran expresa acogida en esta aportación que, en gran medida, quiere contribuir a su reconocimiento.

2. El supuesto de hecho es el siguiente: se solicitó en su momento ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 72 de Madrid el reconocimiento de una resolución judicial dictada por el Tribunal Superior de Sabah y Sarawak (Malasia) el 14 de enero de 2020². Dicha resolución, cuyo reconocimiento fue denegado, tenía por objeto paralizar un arbitraje que, de conformidad con del Tribunal Superior de Justicia (“TSJ”), estaba desarrollándose en Madrid. En efecto, mediante Auto de 8 de mayo de 2018, el TSJ se declaró correctamente competente para conocer de un supuesto de nombramiento de árbitro³ y mediante sentencia de 29 de marzo de 2019 procedió a su nombramiento, tras confirmar, en un juicio *prima facie*, la existencia de voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje⁴. La resolución judicial así descrita constituye una particularísima medida, que tanto en la doctrina como jurisprudencia comparada se conoce, en términos generales, como una *anti-arbitration injunction*⁵.

3. En efecto, como es sabido, el derecho procesal anglosajón contempla la posibilidad de que un tribunal dicte una orden judicial (*anti-suit injunctions* o *injunctions to restrain judicial proceedings*) que tiene por objeto prohibir a una determinada parte que inicie -o prosiga- un procedimiento en el extranjero cuando para la resolución de la controversia se hubiere firmado una cláusula de sumisión a sus tribunales o a un arbitraje con sede en ese país⁶. Del mismo modo, la orden judicial puede tener por objeto prohibir a una determinada parte o incluso al árbitro que inicie –o prosiga- un arbitraje con sede en otro país, por entender los tribunales que la dictan que son los únicos competentes para conocer de esa disputa: esta orden se denomina *anti-arbitration injunction*⁷. Y aunque no vayamos a hacer alusión a ello, cabe a los meros efectos prácticos recordar que la espiral que inicia la *anti-arbitration injunction* puede dar lugar -ha dado lugar, de hecho- a un tercer supuesto: los tribunales del país en el que se desarrolla el arbitraje dictan, a su vez, una orden prohibiendo a los tribunales extranjeros que dictaron la primera prohibición que prohíban el arbitraje y, además y en consecuencia, conminan a las partes a seguir con él. Por fin, esta forma tan agresiva –y frecuente- de proteger la competencia también puede ser ejercitada por el árbitro. Esta última es menos habitual: consiste en que el árbitro dicta una orden conminando a alguna de las partes a que no prosiga la vía judicial. En cualquier caso, las *anti-arbitration injunction* han sido amplia y fuertemente criticadas, pues se consideran parte relevante de cualquier táctica obstruccionista que, básicamente, tenga por objeto desestabilizar el arbitraje⁸.

¹ Entre otras, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, *Riv. dir. inter. pr. proce.*, 2015, Vol. 51, Nº 1, pp. 55-78; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas cautelares y comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 53, 2004, pp. 409-591; A. L. CALVO CARAVACA, “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *La Ley*, Nº 3, 2004, pp. 1411-1424.

² Auto núm. 260/2023, 10 abril 2023, JPI núm. 72 de Madrid, inédito.

³ Auto TSJ de Madrid, 8 mayo 2018 [ECLI:ES:TSJM:2018:182]. Al respecto, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Nombramiento de árbitros en supuestos de sede indeterminada (a propósito del auto del TSJ de Madrid del 8 de mayo de 2018)”, *CDT*, 2019, Vol. 11, Nº 1, p. 763.

⁴ STSJ de Madrid, 29 marzo 2019 [ECLI:ES:TSJM:2019:5562].

⁵ En términos generales, relacionado con el arbitraje, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed, 2023, pp. 227-233. Sobre este caso en particular, H. DOSHI / S. UDGATA, “Anti-Arbitration injunction by Malaysian High Court-un (measured) invocation of sovereign immunity”, *Arbitration International*, 2020, pp. 415-418. Desde una perspectiva más amplia, E. SANJUÁN Y MUÑOZ, “La anti-arbitration injunctions (aai) y su aplicación en el Derecho europeo”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, Nº 16, 2023.

⁶ Sobre estas medidas, referido al arbitraje *vid.* E. GAILLARD (Ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration, 2005.

⁷ Sobre la *Anti-arbitration injunction*, desde un detenido estudio de la jurisprudencia británica, GARNETT, “Anti-arbitration injunctions: walking the tightrope”, *Arbitration International*, 2020, pp. 347-372.

⁸ Entre otros muchos, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2ª Ed., 2020, p. 1980.

4. Abstracción hecha de la resolución dictada por el Juzgado de Instancia arriba citado, en la jurisprudencia española solo se encuentra algún pronunciamiento meramente descriptivo sobre este tipo de medida: *Se trata, en algún modo, de una técnica anglosajona llamada anti-suit injunctions o “requerimiento de no demandar” que son órdenes o requerimientos que emite un Juez, a instancia de una de las partes, prohibiendo iniciar un arbitraje u ordenándole desistir o suspender el iniciado. En derecho continental son vistas con desconfianza y por ello en el art. 7 LA se establece este principio de intervención mínima del Juez en que dispone que los asuntos que se rijan por esta LA no intervendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que ésta (LA) así lo disponga*⁹.

5. Hecha esta breve descripción, en las siguientes líneas nos vamos a ocupar únicamente de analizar las segundas medidas enunciadas: aquéllas en cuya virtud el juez prohíbe a una de las partes, a los árbitros o a ambos, que sigan un arbitraje en el extranjero por entender, básicamente, pero también entre otros motivos, que el convenio arbitral es nulo (*anti-arbitration injunction*). Más concretamente, la cuestión técnica que queremos analizar, y que la resolución citada solo aborda, es la de determinar, en abstracto, si tan particular resolución judicial puede o no ser reconocida en España.

6. A estos efectos, la norma de fuente interna que regula el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras dictadas por los tribunales de terceros Estados (no UE) es la *Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (“LCJI”). Tal y como desvela el legislador en la Exposición de Motivos (VII), este texto se inspira profundamente en las soluciones que ofrece el *Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (“Reglamento Bruselas I refundido”). Este dato es clave, pues la jurisprudencia dictada por el TJUE en interpretación de este Reglamento debe guiar la interpretación de las disposiciones equivalentes de la LCJI¹⁰. Y, como también es conocido e insistiremos más adelante en ello, el TJUE ha sentenciado que las *anti-suit injunctions* no tienen cabida alguna en el espacio judicial europeo: básicamente, porque tales medidas suponen una *injerencia* en la competencia del órgano jurisdiccional que conoce o pretende conocer sobre el fondo y porque, en puridad, tales medidas pretenden *arrebatar* al juez del foro la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia.

7. Así descritas las coordenadas más relevantes del supuesto, a lo largo de las siguientes líneas expondré los motivos por los que la resolución extranjera en particular y este tipo de medidas en general, no pueden, a mi juicio, ser reconocidas en España. Para ello, empezaré esbozando muy brevemente la eficacia de estas medidas en el *espacio judicial europeo*, tal y como resulta de la jurisprudencia del TJUE; posteriormente delimitaré el ámbito de aplicación material de la LCJI, pues siendo incuestionable que esta norma excluye de su ámbito de aplicación material el reconocimiento de sentencias que no traten sobre materia civil y mercantil, resulta que una aproximación a la resolución judicial descrita revela que no trata ni sobre materia civil ni sobre materia mercantil. A continuación, consideraré el marco legal que la LCJI prevé para el reconocimiento, en general, de la medida cautelar adoptada por un tribunal extranjero y, desde perspectiva, analizaré si este tipo de medida puede de algún modo subsumirse en alguna medida cautelar prevista en nuestro ordenamiento jurídico procesal. Por fin, estudiaré los motivos de denegación del reconocimiento que, de ordinario, deben apreciarse en un supuesto de este tipo: (i) contrariedad con el *orden público* del foro por falta de motivación de la sentencia extranjera (art. 46.1.a/ LCJI); (ii) falta de conexión razonable del juez de origen con el supuesto controvertido (art. 46.1.c/); e, (iii) “inconciabilidad” de la sentencia extranjera con otra resolución judicial en el Estado donde se pretende el reconocimiento: en autos, la sentencia del TSJ de Madrid de 29 de marzo de 2019 (art. 46.1.d/ LCJI).

⁹ STSJ de Cataluña, 22 mayo 2017, [ECLI: ES:TSJCAT:2017:12519].

¹⁰ Cuando el legislador reguló los foros de competencia judicial internacional (arts. 22 ss. LOPJ en su redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) se preocupó expresamente de dejar dicho en la Exposición de Motivos de esta Ley que: “Por esta misma razón, resulta conveniente mencionar en la Ley la vinculación de los Jueces y Tribunales españoles al Derecho de la Unión, en la interpretación que hace el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

II. El marco europeo: la prohibición de las *anti-suit injunctions*

8. Desde la perspectiva del Derecho procesal civil europeo, la eficacia de las *anti-suit injunctions* ha quedado extraordinariamente limitada; hasta el punto de convertirlas en medidas totalmente inoperantes. En efecto, como es sabido, el TJUE se ha pronunciado hasta en tres ocasiones sobre la incompatibilidad de las *anti-suit injunctions* en el espacio judicial europeo. Se trata de tres sentencias bien conocidas y ampliamente comentadas en el mundo de la litigación internacional. Estas sentencias son: la sentencia *Turner*, la sentencia *West Tanker* y la sentencia *Gazprom*¹¹. Sin ánimo de exhaustividad, a continuación me limitaré a citar los párrafos más relevantes de las mismas, para constatar la particular dureza con la que el TJUE se ha pronunciado contra este tipo de medidas.

9. Así, en el supuesto de hecho que dio origen a la sentencia *Turner*, un tribunal inglés se declaró competente para conocer de un despido. En la medida en que la contraparte inició acciones legales ante los tribunales de otro Estado (España), los tribunales ingleses dictaron una orden conminando a esa contraparte a que no prosiguiese el procedimiento en España. A este respecto, el TJUE señaló que “*la prohibición impuesta por un órgano jurisdiccional a una parte, bajo pena de sanción de iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional extranjero va en detrimento de la competencia de éste para resolver el litigio. En efecto, dado que se prohíbe al demandante mediante una orden conminatoria que inicie tal procedimiento, es preciso constatar que existe una injerencia en la competencia del órgano jurisdiccional extranjero*”. En consecuencia, declaró la incompatibilidad de la *anti-suit* con el derecho procesal europeo, hoy Reglamento Bruselas I *refundido*.

10. Extrapolando *mutatis mutandis* tal razonamiento a nuestro supuesto, se concluye que una sentencia judicial extranjera que exige del árbitro la paralización de un procedimiento arbitral con sede en Madrid constituye una injerencia de los tribunales que la dictan sobre el arbitraje válidamente iniciado en España (con nombramiento judicial de árbitro) y que, además, va en claro detrimento de la competencia legal del árbitro para resolver sobre su propia competencia y, en su caso, sobre el fondo del litigio (*ex* artículo 22 LA).

11. En el asunto *West Tankers*, un tribunal inglés consideró que existía un convenio arbitral válido con sometimiento de las partes a arbitraje en Londres. Una de las partes entendió que el convenio arbitral no alcanzaba todas las disputas que surgieron a raíz de la controversia e inició un procedimiento judicial ante los tribunales de otro Estado. Al entender que el convenio arbitral sí alcanzaba a todas las disputas, el tribunal inglés dictó una *anti-suit injunction* prohibiendo proseguir el procedimiento en otro Estado y cualquier otro procedimiento que no fuera el arbitraje. A este respecto, el TJUE señaló que “*el hecho de que, mediante una ‘anti-suit injunction’, se impida a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro... pronunciarse... sobre la propia aplicación de éste al litigio que conoce, equivale necesariamente a arrebatarle la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia*”. En consecuencia, declaró la incompatibilidad de la *anti-suit injunction* con el derecho procesal europeo, hoy Reglamento Bruselas I *refundido*.

12. Extrapolando tal razonamiento a nuestro supuesto -que es justamente inverso-, se deduce que el reconocimiento de la sentencia extranjera sería tanto como arrebatar al árbitro primero y a los tribunales españoles después la competencia que tienen para conocer sobre la validez del convenio arbitral.

13. Por su parte, la posterior sentencia *Gazprom* insistió en la vigencia de su jurisprudencia asentada con ocasión del asunto *West Tankers*.

¹¹ Respectivamente: STJUE, 27 abril 2004, C-159/02, *Turner* [ECLI:EU:C:2004:228]; STJUE, 10 febrero 2009, C-185/07, oficialmente denominada *Allianz* [ECLI:EU:C:2009:69]; STJUE, 13 mayo 2015, C-563/13, *Gazprom* [ECLI:EU:C:2015:316].

14. De lo hasta aquí dicho ya puede colegirse que si las *anti-suit injunctions* son incompatibles en un espacio como el espacio judicial europeo (basado en la confianza mutua), mucho más tienen que serlo cuando se dictan por tribunales de terceros Estados. En nuestro caso concreto, la *anti suit injunction* dictada por un tribunal extranjero supone una injerencia injustificada en la competencia del árbitro y de los tribunales españoles, a los que pretende arrebatarse su competencia para conocer sobre la validez del convenio arbitral.

15. Vista en general la incompatibilidad de las *anti-suit injunctions* con el principio de *confianza mutua* que subyace al *espacio judicial europeo*, conviene plantearse si, fuera de tal espacio y en tanto que para el reconocimiento de dicha medida sería de aplicación una norma de fuente interna (muy distinta, por tanto, a la norma europea), cabe o no dicho reconocimiento. A determinar si es o no posible dedico los siguientes epígrafes, adelantando ya que dicho análisis debe girar en torno a la compatibilidad de dichas medidas con la LCJI.

III. La *anti-arbitration injunction* no trata ni sobre materia civil ni sobre materia mercantil a los efectos de la aplicación de la LCJI.

16. Un primer obstáculo al reconocimiento de este tipo de medidas se encuentra en el mismo ámbito de aplicación material de la norma que regula con carácter general el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de terceros Estados (entendiendo por terceros Estados, Estados no miembros de la UE). Así, el artículo 1.2 de la LCJI delimita su mismo ámbito de aplicación material. En su virtud: *Esta ley se aplica en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo.*

17. Consecuencia de este inciso es que solo las resoluciones judiciales extranjeras que traten sobre materia civil y mercantil son reconocibles en España por el cauce previsto en el Título V de la LCJI. Esta delimitación material es, por lo demás, incontrovertida: excepto por aplicación de convenio internacional o reglamento europeo, las resoluciones judiciales que resuelvan en materia de derecho público no son reconocibles en España. La doctrina es unánime en este punto, por lo que es común encontrar afirmaciones de este tipo en los comentarios a la LCJI. En concreto, el profesor Calvo Caravaca señala: *“Para que estas resoluciones puedan surtir efectos jurídicos y obtener su reconocimiento y su ejecución en España es preciso que las mismas reúnan una serie de caracteres previos. En efecto, deben tratarse de “resoluciones”, deben ser “firmes”, deben haberse dictado en un “procedimiento contencioso”, deben recaer sobre “materias de Derecho privado”, y deben ser resoluciones “extranjeras”; La resolución extranjera debe haber resuelto el fondo de una controversia entre particulares en materias civiles, mercantiles, o en relación con los contratos de trabajo; o “Las resoluciones judiciales extranjeras en cuya virtud se otorga el reconocimiento / ejecución a una sentencia de otro país no versan sobre materias de Derecho privado y por ello, no pueden obtener en España su reconocimiento y ejecución”*¹².

18. Delimitado entonces el ámbito de aplicación material del Título V de la LCJI, parece lógico afirmar que una resolución que establezca, entre otras, declaraciones en cuya virtud: (a) *no existe acuerdo de arbitraje válido ni vinculante ni acuerdo de arbitraje alguno*; (b) *no existe dispensa de Inmunidad Soberana*; (c) *este Tribunal es el foro natural y competente para resolver [de esta] demanda*; y, (d) *se dictan medidas cautelares temporales y permanentes para impedir se sigan cualquier trámite para celebrar o participar en el Arbitraje Español*, constituyen declaraciones sobre efectos estrictamente procesales que no tienen por objeto disponer o resolver, siquiera sea incidentalmente, sobre ningún asunto de fondo. En consecuencia, a diferencia de una medida cautelar “clásica”, que de ordinario

¹² A. L. CALVO CARAVACA, “Artículo 41”, en: A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS GARCÍA (Coor.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Bosch, 2017, pp. 368-370.

dispone sobre una disputa de carácter civil y mercantil; este tipo de medidas encuentran su sentido y pretenden desplegar su eficacia sobre el proceso en sí; sin tutelar ningún aspecto del fondo (por ejemplo, el cumplimiento del contrato controvertido). Tan incuestionable matiz, constituye ya una barrera a mi juicio infranqueable de cara a su reconocimiento en España: sencillamente, no entran en el ámbito de aplicación material de la LCJI.

IV. Régimen estricto de reconocimiento de la medida cautelar: solo procede si la denegación del reconocimiento implica vulneración de la *tutela judicial efectiva*

19. El artículo 41.4 LCJI establece, con particular claridad, lo siguiente: *Sólo serán susceptibles de reconocimiento y ejecución las medidas cautelares y provisionales, cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva, y siempre que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria.*

20. Como bien puede apreciarse, el artículo 41.4 LCJI restringe extraordinariamente el reconocimiento de medidas cautelares dictadas por los tribunales de terceros Estados (no miembros de la UE)¹³. Y lo hace, precisamente, porque el legislador estima que el órgano judicial mejor posicionado para dispensar la tutela cautelar es el del lugar donde la medida debe desplegar su eficacia. De tal forma que, si la tutela cautelar debe desplegar su eficacia en España, corresponde a los tribunales españoles dispensarla.

21. Al hilo del tenor del precepto transcrito, la doctrina hace una reflexión particularmente estricta del ámbito de aplicación de esta norma¹⁴: *...la LCJI ha extendido su ámbito de aplicación a las “medidas provisionales o cautelares” extranjeras bajo dos condiciones cumulativas (i) que se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria y (ii) que la denegación de su ejecución suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 41.4 LCJI). Si tenemos en cuenta que esta ejecución de la medida cautelar extranjera debe condicionarse a que la decisión haya pasado por el procedimiento de exequátur (contradictorio, con intervención del Ministerio Fiscal, etc.) y que el interesado siempre puede solicitar la tutela cautelar directamente ante las autoridades españolas conforme a las normas de la LOPJ (artículo 22 sexies) y de la LEC, la prueba de la segunda condición deviene extremadamente difícil.*

22. Por lo demás, esta interpretación está en línea con el criterio adoptado por el legislador europeo. Así, el Reglamento Bruselas I *refundido* solo permite el reconocimiento de las medidas cautelares por el cauce previsto en su Capítulo III cuando la misma haya sido adoptada por el juez que conoce o va a conocer sobre el fondo. Lo anterior no obsta para que un juez de otro Estado miembro pueda adoptar medidas cautelares sobre el mismo asunto. Lo que ocurre es que la medida cautelar adoptada por este último juez no es susceptible de reconocerse en otros Estados miembros: únicamente despliega su eficacia en el Estado donde se dicta.

23. En conclusión parcial: la denegación del reconocimiento de una *anti-arbitration injunction* no supone ninguna vulneración de la tutela judicial efectiva del demandante. Antes al contrario, el “foro natural” para solicitar las cautelas que en relación con un arbitraje se estimen pertinentes se localiza, en la inmensa mayoría de los supuestos, en los tribunales de la sede. En consecuencia, si el arbitraje se está sustanciando en España, por lo general serán los tribunales españoles los mejor situados para dispensar

¹³ Este régimen no aplicará, de ordinario, a las medidas cautelares adoptadas por los tribunales de los Estados miembros de la UE. Para estos supuestos serán aplicables los Reglamentos europeos en la materia.

¹⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 7ª Ed., Civitas, Madrid, 2023, p. 283. Más partidario de aplicar este precepto con menos restricción, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *CDT*, 2015, Vol. 7, Núm. 2, pp. 183-184.

la tutela cautelar. Sobre todo si se pretende que esa dispensa cautelar “viaje” por el *espacio judicial europeo*, pues, como ya he defendido en otra sede, solo la medida cautelar otorgada por el juez de la sede del arbitraje puede reconocerse / ejecutarse en cualquier otro Estado miembro de la UE en aplicación de las disposiciones pertinentes del Reglamento Bruselas I *refundido*¹⁵.

V. Necesidad de adaptar la *anti-arbitration injunction* a una medida cautelar equivalente prevista en el ordenamiento jurídico español: el artículo 44.4 LCJI

24. Si lo anterior no fuera argumento aceptable y, en consecuencia, hubiera de aplicarse la LCJI a este supuesto *-quod non-*, todavía cabría plantearse cómo debe llevar a cabo el juez del reconocimiento la obligada adaptación de la *anti-arbitration injunction* en alguna de las medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico español. En efecto, establece el artículo 44.4 LCJI: *Si una resolución extranjera contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida.* Y dice la Exposición de Motivos de la LCJI al respecto: *Se regula por primera vez la necesidad de adaptar las medidas contenidas en la sentencia extranjera que fueren desconocidas en el ordenamiento jurídico español. Conforme establece el artículo 44.4 se adoptará en dicho caso una medida propia del Derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad o intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Habida cuenta de que se trata de una operación delicada y difícil, cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación realizada.*

25. Así las cosas, la pregunta que inmediatamente se plantea es la siguiente: ¿existe realmente en el ordenamiento jurídico español una medida cautelar de carácter permanente en la que pueda ser subsumida la *anti-arbitration injunction* extranjera? Asumiendo *-quod non-* que la medida dictada por el tribunal extranjero es una suerte de medida cautelar, el examen de equivalencia que la adaptación exige, supone, necesariamente, que el juez del reconocimiento examine, en primer lugar, si efectivamente la medida antiproceto tiene por objeto *asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia [laudo] estimatoria [o] que se dictare* (art. 721 LEC) o si, por el contrario la medida antiproceto dictada en el extranjero tiene por objeto todo lo contrario: asegurar la ineffectividad de la tutela judicial que un futuro laudo pudiera otorgar.

26. Pues bien, como, efectivamente, la medida antiproceto que recoge la resolución extranjera tiene por fin asegurar la ineffectividad de un futuro laudo, cualquier ejercicio de *adaptación* de la misma a una figura prevista en nuestro ordenamiento jurídico deviene en un ejercicio sencillamente inútil. Tan es así, que incluso el examen relativo al cumplimiento de los presupuestos que toda medida antiproceto debe cumplir (dicte donde se dicte) se hace innecesario; aunque, dicho sea de paso, la medida extranjera muy difícilmente los cumplirá: de ordinario, no se apreciará desde ningún ángulo apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris*.

27. Dice además el artículo 44.4 LCJI que la *adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen*. Es decir, por mor de la adaptación, la medida que aquí se otorgue puede “rebajar” los efectos de la “medida española adaptada” a los previstos en el Estado de origen; pero lo que evidentemente no puede ocurrir es que mediante ese ejercicio de adaptación se pase a otorgar a la “medida española adaptada” más efectos de los previstos para esa medida en el derecho del foro: no puede sustituirse la instrumentalidad de toda medida cautelar con el fondo del asunto, por algo independiente al mismo.

¹⁵ M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje Comercial Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª Ed, 2023, pp. 217-218.

28. En conclusión parcial: una medida *antiproceso* dictada por un tribunal extranjero en forma de *anti-arbitration injunction* no puede adaptarse a ninguna medida cautelar equivalente prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, su reconocimiento en España también deviene en un ejercicio imposible.

VI. Motivos de denegación del reconocimiento previstos en el artículo 46 LCJI

29. Todo lo hasta aquí dicho constituyen, a mi juicio, argumentos muy sólidos para sostener con el máximo rigor técnico que la resolución extranjera en forma de *anti-arbitration injunction* no podrá ser reconocida por un tribunal español. Con todo, queda por analizar si, en abstracto, podría esgrimirse algún motivo de denegación en el contexto de su reconocimiento. En concreto, y siguiendo el orden de motivos de denegación del reconocimiento enumerados en el artículo 46 LCJI, a lo largo de los siguientes epígrafes se analizarán los motivos de denegación que, a mi juicio, también impedirán, con carácter general, el reconocimiento de este tipo de resolución extranjera. Tales motivos son: contrariedad con el orden público del foro; falta de conexión razonable del supuesto con los tribunales que emiten la medida; y, por supuesto, carácter inconciliable de la sentencia extranjera con una sentencia dictada previamente por los tribunales del Estado donde pretenda reconocerse.

1. El reconocimiento de la resolución judicial extranjera es contrario al orden público del foro (art. 46.1.a/ LCJI)

30. El artículo 46.1.a/ LCJI establece que: *Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: Cuando fueran contrarias al orden público.*

31. Con carácter preliminar al análisis de la posible aplicación de este motivo de denegación del reconocimiento en un supuesto como el que ahora se analiza, cabe destacar que, en perspectiva comparada, la primera observación que impone este inciso del artículo 46 LCJI es la relativa a la supresión del adverbio “*manifiestamente*”, omnipresente en todos los textos internacionales que de un modo u otro regulan también el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras (Reglamentos europeos y Convenios internacionales): sin ánimo de profundizar en esta cuestión, baste ahora con señalar que tanto los Convenios de La Haya como los Reglamentos europeos utilizan la expresión “*manifiestamente contrario al orden público*”. El legislador era plenamente consciente de esta realidad en el momento de redacción de la norma, por lo que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar este inciso que la supresión del adverbio del tenor del precepto fue totalmente intencionada: pretende evidenciar un mayor nivel de control al que se someten las resoluciones judiciales dictadas por tribunales de Estados miembros de la UE. Repárese, en efecto, en que en el ámbito *extraeuropeo* no impera -no puede imperar- un *principio de confianza mutua*.

32. Asentado lo anterior, en el concreto contexto de la *anti-arbitration injunction* la apreciación de la cláusula de orden público podrá justificarse, principalmente, desde la perspectiva de la *motivación*. En efecto, tiene dicho el TC respecto del control de la motivación de las sentencias extranjeras en sede de ejecución por aplicación de la cláusula de *orden público* lo siguiente (STC 132/1991, de 17 de junio): *4... También, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar en diversas resoluciones que el concepto de orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspira nuestro ordenamiento constitucional y, entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas. De forma que, aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los*

Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido, así, un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, en lo que atañe al supuesto que ahora nos ocupa, por las exigencias que impone el art. 24 CE (STSC 43/1986, fundamento jurídico 4º, 54/1989, fundamento jurídico 4.1, AATC 276/1983 y 795/1988)... Estas exigencias suponen que el Tribunal español, a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera, ha de tener en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 C.E. y ha de comprobar si, al dictarse la resolución cuya ejecución se solicita, se han respetado las citadas garantías... Esto así, entre las garantías que impone el art. 24.1 CE, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se incluye, sin duda, en lo que respecta a la obtención de una tutela judicial efectiva, la de que las decisiones jurisdiccionales estén motivadas o fundadas en Derecho. En cuanto esta exigencia está comprendida en el artículo 24.1 CE, no pueden escapar a la misma, como señala el Ministerio Fiscal, las decisiones judiciales extranjeras cuyo reconocimiento y ejecución se pretenda en España... La comprobación de la fundamentación y motivación en Derecho de la Sentencia extranjera... ha de contraerse, en lo que a aquella exigencia se refiere, a comprobar que en la resolución extranjera se exponen los argumentos que la fundamentan, los cuales permiten conocer la respuesta que se proporciona a las cuestiones planteadas, y que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del Derecho aplicado y no fruto de la arbitrariedad del órgano judicial. Es obvio que, conforme a la doctrina de este Tribunal, recogida al inicio del presente fundamento jurídico, es al Juez del exequátur a quien le corresponde examinar si la resolución extranjera cumple con la exigencia de estar jurídicamente fundada, así como, en su caso, la homologación del cumplimiento de tal exigencia, en cuanto no sean necesariamente extensibles al ordenamiento extranjero los criterios de fundamentación del ordenamiento español.

33. En armonía con lo arriba transcrito, caben realizar al menos dos apreciaciones sobre la eficacia de la *anti-arbitration injunction* en sede de reconocimiento. La primera: de ordinario, este tipo de medida *antiproceto* no suele cumplir con un estándar de motivación suficiente; estándar -evidentemente- que es el impuesto por el ordenamiento jurídico del Estado requerido. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada, la medida *antiproceto* debe contener al menos un razonamiento entendible, neutro y completo, que justifique suficientemente -si es que eso es posible- un pronunciamiento de consecuencias tan radicales. En palabras del TC: *una exégesis racional del Derecho aplicado y no fruto de la arbitrariedad del órgano judicial*. La segunda apreciación, gira en torno a la motivación específica en torno al motivo que justifica la declaración de ineficacia del convenio arbitral; un motivo tan concluyente que incluso deba anteponerse a un juicio de validez *prima facie* hecho por un tribunal del Estado de destino o por el mismo árbitro.

34. Como es fácilmente entendible, la dificultad de que tales circunstancias concurren de forma cumulativa y satisfactoria presagia una efectiva aplicación de la cláusula de orden público en este contexto.

2. La competencia del juez que dicta la *anti-arbitration injunction* no obedece a una conexión razonable (art. 46.1.c/ LCJI)

35. Un segundo motivo de denegación del reconocimiento concurrirá también de ordinario en este tipo de supuestos: la conexión razonable del juez que la dicta con el supuesto controvertido. En efecto, el artículo 46.1.c/ LJCJ establece que: *Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.*

36. Interesa en nuestro ámbito la segunda parte del precepto. La forma de interpretar este inciso gira en torno a la “bilateralización” de la norma de competencia judicial española aplicable del Estado requerido. Dicho gráficamente: “*habrá de comprobarse, en primer lugar, que el supuesto resuelto en el extranjero no está dentro de los previstos en el artículo 22 LOPJ (o artículo 24 del R. Bruselas I refundido) [foros exclusivos]. En segundo lugar, el juez español debe bilateralizar la norma de competencia judicial internacional prevista en los artículos 22 y ss LOPJ. De tal forma, que si, por ejemplo, en el ámbito de alimentos el juez español se puede declarar competente cuando acreedor o demandado tengan su residencia en España, habrá de comprobar que, en el caso, acreedor o demandado tenían su residencia en el Estado cuyos tribunales se declararon competentes*”¹⁶. O dicho de otro modo y en el mismo sentido: “*La LCJI concreta esta cláusula general de la conexión razonable con una presunción basada en la bilateralización de nuestros foros de competencia directa: Se presumirá la existencia de dicha conexión razonable cuando el tribunal extranjero haya basado su competencia en criterios similares a los previstos por la legislación española*”¹⁷.

37. La aplicación de este precepto se justifica en la medida en que el tribunal extranjero pretende, mediante su *anti-arbitration injunction*, obligar a las partes a que sometan su controversia sobre el fondo ante él mismo. Es por ello por lo que no tiene tanto sentido analizar si tiene o no competencia para dictar esta suerte de medida cautelar; podrá tenerla -*quod non*-, pero debe analizarse si lo que el reconocimiento de esa medida implicará (nada menos que el reconocimiento de su competencia para conocer sobre el fondo) obedece o no una conexión razonable.

38. Así las cosas, según nuestros de foros de competencia judicial internacional (ya sean los previstos en el art. 22 ss. LOPJ ya sean los previstos en el Reglamento Bruselas I *refundido*) para demandar a un árbitro con residencia habitual en Madrid y que realiza su labor como tal en un arbitraje con sede en Madrid podrá aplicarse o bien el *foro general* (art. 22 ter LOPJ y 4 RB I *refundido*) o bien el *foro especial por razón de la materia* (art. 22 quinquies LOPJ y 7.1 RB I *refundido*). Ambos foros operan, en efecto, con carácter alternativo, pero en el bien entendido en que son los únicos foros aplicables a este supuesto.

39. En relación con la distinción así hecha, conviene entonces advertir que ni las normas españolas de competencia judicial internacional de fuente interna (establecidas principalmente en la LOPJ) ni las normas de competencia judicial internacional de fuente europea (establecidas, principalmente, en el Reglamento Bruselas I *refundido*) conocen la categoría jurídica del “foro natural” en cuya virtud se declaró competente el tribunal extranjero para otorgar la *anti-arbitration injunction*. Los foros de competencia judicial internacional se clasifican en: *foro general, foros especiales por razón de la materia, foros de conexidad procesal, foro de la autonomía de la voluntad, foros exclusivos y foros de protección*. No existe el concepto jurídico de “foro natural”. Si acaso el concepto de foro natural existiera, remitiría al *foro general*, que sí existe: el *domicilio del demandado*. De hecho, si al supuesto que está en el origen de la *Anti-arbitration injunction* le fuera de aplicación el ficticio “foro natural”, ese “foro natural” solo podría conducir a designar la competencia internacional de los tribunales españoles en general y la competencia territorial de Madrid en particular para conocer de todas y cada una de las cuestiones relativas al arbitraje en cuestión.

40. En el caso concreto de la *anti-arbitration injunction* a reconocer en España, habrá que constatar que, en virtud del foro general, el demandante podrá demandar a la contraparte ante los tribunales de su *domicilio*, en tanto que *domicilio del demandado*. Según el foro especial por razón de la materia contractual (foro de aplicación alternativa al foro general del domicilio del demandado), los tribunales españoles serán competentes cuando la obligación objeto de la demanda (según los demandantes: no arbitrar) se haya cumplido o deba cumplirse en España.

¹⁶ M. GÓMEZ JENE / M. GUZMÁN ZAPATER / M. HERRANZ BALLESTEROS / M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Lecciones de Derecho internacional privado*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 182.

¹⁷ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 7ª Ed., Civitas, Madrid, 2023, p. 286

41. Pues bien, la *bilateralización* de estos foros -tal y como exige el art. 46.1.c/ LCJI- implica llevar a cabo el siguiente razonamiento: si conforme a las normas de competencia judicial internacional españolas los jueces españoles solo pueden declararse competentes para conocer de este tipo de supuestos cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando el demandado deba cumplir la obligación contractual en España, los tribunales del Estado extranjero solo podrán declararse competentes cuando las partes demandadas residan en ese Estado o cuando la obligación contractual impuesta deba realizarse en ese Estado. Si no puede llevarse a cabo tal *bilateralización* procede la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera por aplicación del artículo 46.1.c/ LCJI.

42. Como es fácilmente contrastable, será difícil encontrar un supuesto de hecho donde esta *bilateralización* sea posible, pues ello demandará o bien que el árbitro tenga su residencia habitual en el Estado cuyos tribunales dictan la medida o bien el arbitraje tiene en ese Estado su sede. Y si ese fuera el caso, el reconocimiento en el extranjero de este tipo de medidas ni se planteará.

3. La sentencia extranjera es inconciliable con una sentencia judicial dictada por los tribunales del Estado requerido (art. 46.1.d/ LCJI)

43. Un tercer motivo puede todavía llegar a ser de aplicación en este tipo de supuestos (como lo era, de hecho, en el supuesto que está en el origen de este trabajo): el relativo a la inconciliable de decisiones. Así, el artículo 46.1.d/ LCJI establece: *Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.*

44. Como explica el profesor Calvo Caravaca: *Existe “inconciliable” si lo fallado en ambas resoluciones es “incompatible” entre sí (ATS 5 de julio 1967, ATS 11 julio 1988, ATS 30 septiembre de 1988, ATS 7 de abril 1998, ATS 21 septiembre 1999, ATS 20 julio 1999, ATS 8 julio 2003, ATS 11 marzo 2003). Resoluciones inconciliables son resoluciones que no pueden cumplirse al mismo tiempo. De ello resulta lo siguiente: (a) Existe “inconciliable” aunque no exista “identidad de partes, objeto y causa” entre ambas sentencias. Si ambas sentencias pueden cumplirse sin perjuicio de ninguna de ellas, no hay inconciliable alguna (ATS 20 abril 2004). Exigir la famosa “triple identidad procesal” para apreciar cosa juzgada es excesivo e innecesario (AAP Sevilla 25 julio 2005)¹⁸.*

45. Delimitada así la “inconciliable”, entiendo que, aunque el precepto transcrito solo hable de “inconciliable” con *resoluciones judiciales* dictadas en España, la misma debe predicarse también respecto de laudos arbitrales dictados en España. En efecto, no es solo que el laudo arbitral produzca también efectos de cosa juzgada (equivalencia jurisdiccional en sentido estricto); es que, además, como consecuencia de esa equivalencia, no extender el carácter inconciliable al laudo arbitral puede llevar a vulnerar la tutela del justiciable hasta el punto de tener que apreciar, en vez de este motivo, el motivo basado en el orden público. Todavía en este contexto cabría sostener, en determinados supuestos, la posibilidad de apreciar dicho carácter inconciliable respecto de resoluciones judiciales y laudos arbitrales dictados en terceros Estados. Del mismo modo que es apreciable en el marco de aplicación del Reglamento Bruselas I *refundido*.

46. En cualquier caso, la apreciación de este motivo en un supuesto como el descrito es posible. En efecto, una resolución judicial del foro que nombra un árbitro para que resuelva una controversia es, en sí misma, inconciliable con una resolución extranjera que, al exigir la paralización del arbitraje, indirectamente está negando toda eficacia a la resolución judicial del foro. De hecho, lo más frecuente es que la resolución judicial de nombramiento de árbitro contenga ya un pronunciamiento *prima facie* sobre la eficacia del convenio arbitral. Y siendo esto así, es por tanto inconciliable una resolución extranjera

¹⁸ A. L. CALVO CARAVACA, “Artículo 46”, en: A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (Coor.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Bosch, 2017, pp. 431-432.

que niega eficacia al convenio arbitral con una resolución judicial del Estado donde pretende reconocerse que, en un juicio *prima facie*, confirma la eficacia del convenio arbitral. Pero incluso no habiendo manifestación en la resolución judicial que nombra el árbitro sobre la eficacia del convenio arbitral, la “inconciliabilidad” es evidente: difícilmente puede ser compatible una resolución judicial extranjera que exige la paralización de un arbitraje que está sustanciándose en el Estado donde pretende reconocerse, con una resolución judicial de este Estado que, precisamente, activa dicho arbitraje.

VII. A modo de conclusión

47. De lo hasta aquí dicho puede colegirse que el reconocimiento de las *anti-arbitration injunctions* en un contexto *extra*-europeo debe correr la misma suerte que su reconocimiento en un contexto *intra*-europeo: en aplicación estricta de la LCJI su reconocimiento no es posible en España. En esencia, en los supuestos *extra*-europeos pueden esgrimirse -y articularse al amparo de la LCJI- las mismas reflexiones que sobre estas medidas ha hecho ya el TJUE: suponen una *injerencia* en la competencia del órgano -judicial o arbitral- que conoce o pretende conocer sobre el fondo; que, más particularmente, pretenden *arrebatar* al árbitro la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia.

48. Más concretamente, para el particular marco *extra*-europeo, regulado por las disposiciones pertinentes de la LCJI, pueden extractarse las siguientes conclusiones:

1. Una resolución judicial extranjera que declara la invalidez de un convenio arbitral y, además, exige la paralización de un arbitraje debe calificarse como *anti-arbitration injunction*.
2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentenciado repetidamente que este tipo de medidas son incompatibles con el derecho procesal europeo (sentencias *Turner*, *West Tankers* y *Gazprom*). Para el TJUE las *anti-suit injunction* suponen, como toda *anti-suit injunction* en general, una injerencia inaceptable en la competencia del tribunal judicial o arbitral que está conociendo sobre el fondo, pues, en esencia, pretenden arrebatar su competencia para conocer sobre la validez del convenio arbitral.
3. Una *anti-arbitration injunction* dictada por un Estado no miembro de la UE no es, en aplicación de LCJI, reconocible en España. No versa ni sobre materia civil ni sobre materia mercantil. En consecuencia, el reconocimiento de esta resolución está excluido del ámbito de aplicación material de la LCJI. No hay un régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias que versen sobre materia procesal o de Derecho público aplicable a este supuesto. Ello no supone que haya un vacío legal; ello simplemente supone que el legislador no quiere que dichas sentencias desplieguen efectos en España al amparo de la LCJI.
4. Pero incluso aceptando la aplicación de la LCJI a estos supuestos, resulta que tampoco pueden reconocerse. En efecto, la *anti-arbitration injunction* dictada por el tribunal extranjero no puede adaptarse a ninguna medida cautelar equivalente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como exige el artículo 44.4 LCJI. Por tanto, también desde esta perspectiva, su reconocimiento en España deviene en un ejercicio imposible.
5. El artículo 41.4 LCJI restringe extraordinariamente el reconocimiento de medidas cautelares dictadas por los tribunales de terceros Estados (no miembros de la UE); precisamente, porque el legislador estima que el órgano judicial mejor posicionado para dispensar la tutela cautelar es el del lugar donde la medida debe desplegar su eficacia. De tal forma que, si la tutela cautelar debe desplegar su eficacia en España, corresponde a los tribunales españoles dispensarla. En consecuencia, el foro adecuado para solicitar las cautelas que en relación con un arbitraje que se está desarrollando en España se localiza en los tribunales españoles, por ser precisamente en España donde se está sustanciando el arbitraje que resolverá sobre el fondo.

Desde esta perspectiva, la denegación del reconocimiento de la *anti-arbitration* extranjera no supone ninguna vulneración de la tutela judicial efectiva del demandante.

6. El reconocimiento de la resolución extranjera en forma de *anti-arbitration injunction* no será de ordinario posible porque en el supuesto concurrirán motivos de denegación expresamente previstos en la LCJI: (i) contrariedad con el orden público del foro: de ordinario, este tipo de resoluciones no pueden contener una motivación mínimamente respetuosa con los derechos procesales de las partes; (ii) falta de conexión razonable del supuesto con los tribunales extranjeros que la dictan: la falta de conexión razonable se apreciará tras la correspondiente bilateralización obligatoria de las normas de competencia judicial internacional aplicables por el juez español; finalmente, es probable que se constata (iii) el carácter inconciliable de la sentencia extranjera con una sentencia dictada en el foro. De hecho, en el supuesto que dio origen a la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, existía una sentencia de nombramiento de árbitro dictada previamente por el TSJ de Madrid.

Problemática en torno a los acuerdos de financiación por parte de terceros en las acciones de representación*

Third-party litigation financing problems in representative actions

MARÍA GÓMEZ SANTOS
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Salamanca

Recibido: 11.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8942

Resumen: En el presente trabajo se analizan los principales problemas que giran en torno al tratamiento de la financiación por parte de terceros de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. En primer lugar, se abordará el auge imparable de los acuerdos para financiación de litigios por parte de terceros (*third-party litigation funding*) en estos últimos años como fórmulas que facilitan la litigación colectiva, así como su realidad en el ordenamiento jurídico español. Seguidamente, se analizará cuál ha sido el tratamiento de la financiación de los acuerdos para financiación de litigios por parte de terceros por la Directiva 2020/1828 para, en último lugar, valorar su transposición en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Palabras clave: Financiación de litigios por terceros, acciones de representación, Directiva 2020/1828.

Abstract: This paper focuses on the main problems in the treatment of third-party financing of representative actions for the protection of the collective interests of consumers. Firstly, the rise of third-party litigation financing agreements in recent years will be addressed as formulas that facilitate collective litigation, and its reality in the Spanish legal system. Next, the treatment of the agreements for the financing of litigation by third parties by Directive 2020/1828 will be analysed. Lastly, the assessment of its transposition in the Draft Law on representative actions for the protection of the collective interests of consumers will be appointed.

Keywords: Third-party litigation, representative actions, Directive 2020/1828.

Sumario: I. Introducción. II. Los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros. 1. Concepto y función. 2. Distinción de figuras afines. 3. Naturaleza jurídica. 4. Contenido de los acuerdos. III. Problemas específicos que plantea la financiación de pleitos por terceros en el contexto de la Directiva 2020/1828. 1. Posibles conflictos de intereses. 2. El número de entidades con legitimación activa para iniciar acciones de representación. IV. El (insuficiente) tratamiento de la financiación de las acciones de representación en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. V. Consideraciones finales.

*Este trabajo ha sido realizado como resultado del proyecto para la generación del conocimiento intitulado “Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa, en especial, acciones de representación y régimen del proceso-testigo” (PID2021-122569OB-100). IP: Alicia Armengot Vilaplana.

I. Introducción

1. A pesar de que la litigación masiva sea una realidad jurídica consolidada al otro lado del atlántico, en Europa, este tipo de mecanismos de reclamación no captó la atención de los académicos y de los prácticos hasta la década de 1970. No obstante, ha sido preciso esperar hasta bien entrado el comienzo del siglo XXI para que el legislador europeo haya mostrado un verdadero interés por implementar esta clase de herramientas.

2. En efecto, fue a partir de la primera década de los años 2000 cuando la Dirección General de Competencia comenzó a barajar la posibilidad de incorporar en el acervo jurídico comunitario la litigación mediante instrumentos similares a las *class action* norteamericanas, concretamente, y por lo que aquí interesa, en el campo de la aplicación privada de la defensa de la competencia. De ahí que el diseño de este tipo de acciones en el territorio de la Unión Europea se haya visto influenciada, no por trabajos y estudios de naturaleza procesal, sino por aquellos elaborados en sede de la aplicación privada de la defensa de la competencia¹ —esencialmente, el Libro verde, de 19 de diciembre de 2005² y el Libro blanco, de 2 de abril de 2008³—.

3. Al respecto, sobra decir que el debate que ha suscitado la implementación de instrumentos de litigación masiva ha sido y sigue siendo muy intenso, fundamentalmente, como consecuencia de las disfunciones prácticas que este tipo de sistemas ha experimentado en el escenario norteamericano. En este sentido, y desde sus primeros trabajos, se muestra evidente la intención del legislador europeo de desvincularse del concepto de *class action* norteamericana, pues en ellos emplea distintas terminologías para referirse a los mecanismos específicos para la litigación en masa, evitando, así, la connotación negativa que las *class action* comportan en Europa.⁴

4. Precisamente, el temor a reproducir los mismos errores existentes en el sistema americano en torno a las *class action* ha sido uno de los ejes fundamentales que ha vertebrado el diseño del actual del marco jurídico europeo que comporta la *Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*.⁵

5. Al respecto, cabe destacar que la normativa norteamericana dista mucho de la propia de la tradición de la Europa continental, de manera que, en buena medida, la traslación del sistema estadounidense en relación con las *class action* tendría que hacerse con modificaciones sustanciales; modificaciones que, por su parte, comportarían la neutralización de muchos de los efectos negativos provocados por este tipo de acciones⁶.

¹ Una breve síntesis sobre los trabajos elaborados al respecto en el ámbito europeo puede encontrarse en CONTRERAS DE LA ROSA, I., “La reparación de daños masivos ocasionados por ilícitos concurrenciales”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 35, 2014-2015, pp.70- 79.

² Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Bruselas, 19.12.2005 COM (2005) 672 final).

³ Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Bruselas, 2.4.2008 COM (2008) 165 final).

⁴ Un matiz especialmente apreciado por el lobby empresarial europeo, pues, sin duda, este ha sido uno de los mayores detractores de la implantación de cualquier sistema de litigación colectiva al ser este sector el principal perjudicado.

⁵ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DOUE-L-2020-81785). En adelante, la “Directiva 2020/1828”.

⁶ El sistema norteamericano prevé la posibilidad de reclamar daños punitivos, la celebración de juicios con jurado o la “American Rule” en materia de costas procesales; elementos que, no solo determinan la propia configuración de las acciones de clase, sino que posibilitan la aparición de los efectos perversos que este tipo de litigación puede provocar. Incluso algún autor se ha referido a la concurrencia de estos elementos como “un cóctel tóxico”. En HODGES, C.C., “Collective redress: the need for new technologies”, *Journal of Consumer Policy*, 42 (1), 2019, p. 61.

6. Así las cosas, y desde el recelo hacia las *class action*, en el año 2013 la Comisión Europea publicó una Recomendación⁷ sobre principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización para los Estados miembro en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, indicando, expresamente, que uno de los campos en los cuales se antojaba necesario implementar estos principios por parte de los distintos Estados miembro era en la aplicación privada de la defensa de la competencia⁸.

7. Junto a esos principios básicos, la Recomendación de 2013 ofrecía un enfoque horizontal de aplicación, así como un amplio elenco de garantías orientadas a evitar el uso indebido y excesivo de la litigación colectiva; uno de los mayores riesgos que, como ya se ha apuntado, ha influido en el panorama europeo a raíz de la experiencia estadounidense con las *class action*. Ahora bien, a pesar de sus nobles pretensiones, el éxito de la Recomendación de 2013 fue muy escaso. En este sentido, quizás la razón que justificó su rotundo fracaso no obedece tanto al carácter no vinculante de la fórmula elegida para vehicular estas orientaciones —una Recomendación, esto es, *soft-law*— sino el momento en el que dicha Recomendación fue publicada⁹.

8. Por su parte, las conexiones entre los principios básicos recogidos en la Recomendación de 2013 y las reformas regulatorias operadas en distintos Estados miembro de la Unión Europea tras su publicación son fácilmente apreciables¹⁰. No obstante, la insuficiente armonización que existía entre los distintos mecanismos adoptados en cada uno de ellos ha propiciado que, hasta la fecha, la realidad de la litigación en masa haya alcanzado el éxito esperado. Una insatisfacción no solo teórica, sino práctica, que no tardó en provocar la reacción del legislador europeo al materializarse de manera tan clara la ineficacia de la normativa europea en materia de pleitos masivos tras el escándalo sucedido en 2015 a nivel mundial conocido como el “Dieselgate”.

9. En efecto, la presión política y ciudadana posterior al escándalo del “Dieselgate” ha sido el elemento determinante que ha acelerado el debate e impulsado el desarrollo de un mecanismo europeo (y ahora sí) vinculante para el ejercicio de acciones colectivas, materializado en la Directiva 2020/1828.¹¹ Un cambio que, no solo ha comportado el impulso de esta nueva modalidad de acción en la Unión Europea¹², sino que augura la consolidación de otro fenómeno íntimamente vinculado a esta modalidad de procesos: la financiación de procesos de litigación masiva por parte de terceros como productos sofisticados de inversión-especulación¹³ alejados de la volatilidad que caracteriza a un mercado financiero cada vez más convulso.¹⁴

⁷ Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (*OJ L 201, 26.7.2013, p. 60–65*).

⁸ Considerando (7) de la Recomendación.

⁹ En efecto, en el año 2013 ya se habían acometido diversas reformas normativas por muchos de los Estados miembro orientadas a introducir en sus respectivos ordenamientos internos instrumentos para la reparación colectiva (Suecia en el año 2003, Países Bajos en el año 2005, Italia en el año 2007, Finlandia en el año 2007, Dinamarca en el año 2008 y Polonia en el año 2010), de manera que la influencia de la Recomendación de 2013 se vio empañada.

¹⁰ Desde el año 2013 hasta la aprobación de la Directiva 2020/1828 han sido varios los Estados miembro que han implementado mecanismos de litigación colectiva en sus respectivos territorios: Francia en el año 2014, Lituania en el año 2015, Bélgica en el año 2016, Eslovenia en el año 2018 o Países Bajos en 2019.

¹¹ KOCEV, L., “Actions for Damages for Breach of EU Competition Law – Efficient Market Protection through Private Enforcement - With Emphasis on North Macedonia,” *EU and Comparative Law Issues and Challenges*, Series 4, 2020, p. 884 y ss.

¹² Una breve reseña que explica cómo se está llevando a cabo el proceso de entrada de los fondos de litigación de terceros en el territorio europeo puede encontrarse en RICKARD, L. A., TERZINO, M. H., “Collective action, collective reaction: what in-house lawyers should know about European class actions”, *International In-House Counsel Journal*, 12 (48), 2019, pp.2-4.

¹³ Algunos autores han llegado a calificar a los fondos cuyo objeto consiste en la suscripción de este tipo de acuerdos de financiación por parte de terceros como meros “especuladores”, si bien no tanto en sede judicial, como arbitral, En EBERHARDT, P., OLIVET, C., “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*, 2012, p. 56.

¹⁴ STEINITZ, M., “Whose Claim is This Anyway – Third-Party Litigation Funding”, *Minnesota Law Review*, Vol. 95, No. 4, 2011, pp. 1283-1284.

10. Expuesto lo anterior, en el presente trabajo se abordará, en primer lugar, en qué consisten, y cuál es el contenido habitual que presentan estos acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros (*third-party litigation funding*), abordando, asimismo, la importante controversia que existe en torno a su naturaleza jurídica y la distinción entre estas peculiares figuras y otros instrumentos afines.

11. Una vez perfilados los contornos que dibujan este tipo de mecanismos para la financiación de pleitos en general, se conectará con el marco regulatorio que contempla la Directiva 2020/1828 en relación con la financiación de litigios por terceros en el concreto ámbito de las acciones de representación. Al respecto, se hará hincapié en los posibles conflictos de intereses que puedan surgir a resultas del recurso a la *third-party litigation funding* por parte de las entidades habilitadas para hacer frente a los costes que comportan este tipo de procedimientos, así como en la incidencia que el número de este tipo de organismos puede tener en su adecuado funcionamiento.

12. Como consecuencia de la transposición de la referida Directiva al ordenamiento jurídico español, se procederá a poner de relieve aquellos aspectos más significativos recogidos en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en materia de financiación. Nótese que, en este sentido, ya se adelanta que quien suscribe considera insuficiente el tratamiento dado a esta cuestión, pues el prelegislador se ha limitado a transponer el contenido de la Directiva sin solucionar algunos de los problemas que esta deja en el aire.

13. Por último, a modo de conclusión, se resumirán los aspectos y conclusiones más significativos a los que ha llevado a lo largo del presente trabajo, apuntando, a mayores, algunos aspectos que podrían ser mejorados.

II. Los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros

1. Concepto y función

14. En términos generales, la financiación de litigios por parte de terceros (o *third-party litigation funding*) puede ser definida como aquella actividad empresarial a través de la cual un tercero proporciona los recursos financieros para permitir que se lleven a cabo costosos litigios o casos de arbitraje. En este tipo de operaciones, el litigante obtiene todo o parte de la financiación requerida para cubrir sus costes legales de un financiador privado que —al menos en principio— carece de cualquier tipo de interés directo en el proceso. En caso de que el pleito llegue a buen fin, el financiador recibirá una parte acordada del producto objeto de la reclamación judicial o arbitral. Si, por el contrario, el caso no resulta exitoso, el financiador pierde el dinero invertido en el procedimiento, sin que el litigante le deba nada.¹⁵

15. Durante la última década, la industria de la financiación de litigios ha crecido rápidamente en todo el mundo y son cada vez más las empresas cuyo principal objeto de negocio es actuar como proveedores de capital para respaldar reclamaciones en litigios de distinta naturaleza. El origen de esta nueva industria puede situarse en Australia a finales de la década de los años noventa del pasado siglo

¹⁵ Definición obtenida de la web corporativa de la “Association of Litigation Funders of England and Wales”: <https://associationoflitigationfunders.com/about-us/litigation-finance/> Último acceso el 29 de marzo de 2024. Al respecto, cabe señalar que la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional, a pesar de la inexistencia de una regulación mínima de estos acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, conviene en ofrecer una definición en la línea de la prevista por la Association of Litigation Funders of England and Wales. En este sentido, FERNÁNDEZ MASÍÁ, (FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., FERRERA, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, N.º 2, 2016, p.206), citando a OLIVER COJO como referente de la academia española (OLIVER COJO, M., “Arbitraje y financiación procesal parciaria (third party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre conflictos de interés”, *La Ley mercantil*, n.º 8, 2014, pp.70-71) y a SAHANI (SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *UCLA Review*, Vol. 63, No 2, 2016, pp. 392-398) o TRUSZ (TRUSZ, J.A., “Full Disclosure: Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, *Georgetown Law Journal*, Vol.101, 2013, pp. 1653-1654), desde la perspectiva del derecho foráneo.

y trae causa de la progresiva abolición de las doctrinas de *maintenance* y del *champerty*¹⁶ típicas del derecho de tradición anglosajona.

Conforme a la aplicación de estas doctrinas, la financiación de litigios por parte de terceros a cambio de que repartiese con el reclamante la cuantía obtenida en virtud de la reclamación financiada era contraria al orden público y, por tanto, este tipo de prácticas estaban prohibidas en los territorios en los que eran aplicadas.

16. Sin embargo, la decisión histórica tomada en el año 2006 por la High Court of Australia en el asunto *Campbells Cash & Carry Pty Ltd. v Fostif Pty Ltd* determinó que la financiación de litigios por parte de terceros no constituía *per se* un abuso en el proceso, de manera que este tipo de prácticas pasaron a no ser consideradas como contrarias al orden público en aquellas jurisdicciones en las que se habían derogado las doctrinas de *maintenance* y del *champerty*.

17. Esta tendencia pronto se extendió a otros países de tradición anglosajona y, por lo que interesa al contexto europeo, fue en Inglaterra y en Gales donde primero surgió esta nueva fórmula para la financiación de pleitos. Al respecto, resulta importante destacar que el objetivo que perseguía el legislador a través de la autorización de este tipo de prácticas no solo era facilitar el acceso a la justicia para aquellos colectivos que presentaban mayores dificultades para pleitear por razones económicas, sino crear fórmulas innovadoras para incentivar la aparición de nuevos productos de seguro y de inversión.¹⁷

18. Como puede imaginarse, la implantación y posterior consolidación de un nuevo mercado de fondos para la litigación por parte de terceros se produjo de manera paulatina. Tras el reconocimiento de la financiación de litigios por parte de terceros como mecanismos tendentes a garantizar el acceso a la justicia en el año 2005¹⁸, el *Civil Justice Council of England and Wales* emitió un informe en el año 2007 mediante el cual recomendaba a la Secretaría de Estado de Justicia el reconocimiento expreso de la financiación de litigación por parte de terceros como fórmulas adecuadas y aceptables para financiar litigios civiles.¹⁹

19. Posteriormente, en el informe presentado por R. Jackson en el año 2009²⁰ se sugería que, ante la falta de regulación de los acuerdos de financiación por parte de terceros para la litigación, era preciso crear reglas y estándares que garantizaran el adecuado funcionamiento de este nuevo sector. Así las cosas, en el año 2011 se elaboró un primer código voluntario de buenas prácticas que regulaba este tipo de acuerdos de financiación que ha sido actualizado y, años después, por mandato del Ministerio de Justicia, surgió la *Association of Litigation Funders of England and Wales*²¹, cuyo principal cometido consiste en gestionar las actividades relacionadas con la financiación de litigios por terceros en Inglaterra y Gales.

¹⁶ Según el *Black's Law Dictionary* (ed. 2014), el término *maintenance* puede ser definido como "[i]mproper assistance in prosecuting or defending a lawsuit given to a litigant by someone who has no bona fide interest in the case; meddling in someone else's litigation." Por su parte, el *champerty* es un subtipo de *maintenance* consistente en "[a]n agreement between an officious intermeddler in a lawsuit and a litigant by which the intermeddler helps pursue the litigant's claim as consideration for receiving part of any judgment proceeds; specif., an agreement to divide litigation proceeds between the owner of the litigated claim and a party unrelated to the lawsuit who supports or helps enforce the claim."

¹⁷ DJINOVIC., VLAHEK, A., "An analysis of Third-Party Litigation Funding in European Collective Redress", *US Chamber Institute for Legal Reform*, October 2019, p. 8.

¹⁸ La Court of Appeal of England and Wales, en el seno del asunto *Arkin v Borchard Lines Ltd and others*, reconoció la financiación de litigios por parte de terceros como un elemento importante para garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva en el año 2005.

¹⁹ Civil Justice Council: *The Future Funding of Litigation*, "Alternative Funding Structures", 2007, p. 12. Documento accesible en el siguiente enlace: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/CJC/Publications/CJC+papers/CJ+C+Future+Funding+of+Litigation+Paper.doc> Último acceso, 28 de marzo de 2024.

²⁰ JACKSON, R., "Review of Civil Litigation Costs: Final Report", 2009, pp. 117- 124. Accesible en el siguiente enlace: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf> Último acceso, 28 de marzo de 2024.

²¹ En el siguiente acceso puede encontrarse más información sobre la referida asociación: <https://associationoflitigationfunders.com/>. Último acceso el 29 de marzo de 2024.

20. Como consecuencia de esta rápida permeabilización por parte de Inglaterra y de Gales en materia de financiación de litigios por parte de terceros, en la actualidad, estos territorios son los principales atractores de este nuevo mercado dinámico vinculado íntimamente a grandes fondos de inversión. No obstante, como respuesta a este liderazgo a nivel internacional, la financiación de litigios por parte de terceros se ha visto impulsada en Estados Unidos en los últimos años, quizás no solo por las exigencias del mercado financiero, sino como resultado de la intensa competencia entre despachos de abogados de alcance internacional.²² Así las cosas, la *American Bar Association* ha adoptado en agosto del año 2020 un código de buenas prácticas en el ámbito de la financiación de litigios por parte de terceros²³ a fin de crear dar respuesta a las necesidades de un mercado en plena eferescencia que pretende competir con el situado a este lado del atlántico.

21. Ahora bien, a pesar del gran desarrollo experimentado en el campo de la financiación de pleitos por parte de terceros en Inglaterra y Gales, este tipo de actividades no han logrado implementarse con éxito en el resto de los territorios europeos. En este sentido, quizás, el rezago se debe a la disparidad de enfoques al respecto desde el punto de vista regulatorio conferido a este tipo de contratos en los diferentes estados.

22. En efecto, la regulación de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros es muy dispar dentro del continente europeo.²⁴ Así, mientras que en Inglaterra y Gales se autoriza la suscripción de este tipo de pactos, en Irlanda están prohibidos, siendo la situación más extendida la de su no regulación. Tal es el caso del ordenamiento jurídico español, en el cual, y como se verá, si bien no se contempla de manera expresa la posibilidad de suscribir pactos de financiación de pleitos por parte de terceros, tampoco se impide taxativamente su utilización.²⁵

2. Distinción de figuras afines

23. El principal fin que persiguen los acuerdos para la financiación de pleitos por parte de un tercero se identifica con la posibilidad que ofrecen a los titulares de un derecho que se ha visto conculcado a acceder a una reclamación judicial sin necesidad de afrontar de manera personal los gastos que ello comporta, eso sí, a cambio de una contraprestación si las pretensiones finalmente son admitidas. Pero este mismo objetivo puede ser alcanzado a través de otros mecanismos jurídicos tales como la cesión del crédito, los pactos de *cuota litis*, la suscripción de seguros para la cobertura de costes legales o el recurso a distintos instrumentos tradicionales de deuda, como son, por ejemplo, el préstamo o el crédito.

²² STEINITZ, M., “Whose Claim is This Anyway? Third Party Litigation Funding”, *op.cit.*, p. 1.281.

²³ Documento accesible en el siguiente enlace: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/news/2020/08/2020-am-resolutions/111a.pdf>. Tiempo atrás, concretamente en el año 2009, la ABA publicó ya el documento titulado White Paper on Alternative Litigation Finance (https://www.abajournal.com/magazine/article/ethics_20_20_commission_issues_white_paper_about_alternative_litigation_fin). Sin embargo, el mismo no tuvo demasiada aceptación. Último acceso, 28 de marzo de 2024.

²⁴ Hasta hace muy poco tiempo, los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) no han tenido demasiada penetración en el mercado español. Pero tampoco a nivel europeo. En este sentido, destaca el caso alemán, pues, ante la imposibilidad por parte de las asociaciones de consumidores de enfrentarse de manera eficaz a los litigios masivos, se han abierto paso un nuevo tipo de operadores con base tecnológica (los denominados *Rechtsverfolgungs Gesellschaften*) que resultan mucho más atractivos. En STADLER, A., “Are Class Actions Finally (Re)Conquering Europe? Some Remarks on Directive 2020/1828”, *Juridica International*, N.º 30, 2021, p.19.

²⁵ AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 9, N.º. 1, 2022, p. 190. Frente a lo anterior, el autor apunta a un mayor desarrollo normativo en el ámbito del arbitraje: “Debemos diferenciar entre tres tipos de cuerpos normativos: las normas de arbitraje, vinculantes en el Estado en el que se desarrolle el proceso arbitral (i.e. sede del arbitraje); los Reglamentos de Arbitraje, aplicables por virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y como consecuencia, generalmente, de haber elegido una determinada Corte de Arbitraje que administre el proceso; y otras *soft laws* que, a pesar de tener tal consideración, son muy relevantes para regular el proceso arbitral, sobre todo en la esfera internacional.”

Mecanismos que, como se expondrá a continuación, presentan matices muy distintos a los propios de los pactos para la financiación de litigios por parte de terceros *stricto sensu* que conviene destacar.²⁶

24. Quizás, el primer instrumento del cual resulta necesario deslindar el concepto de financiación de pleitos por parte de un tercero es el pacto de *cuota litis*²⁷, entendido este como un sistema de minutación a través del cual el cliente y el abogado encargado del asunto suscriben un acuerdo mediante el cual el primero se compromete a abonar al segundo una parte de la cantidad obtenida en el procedimiento en concepto de honorarios²⁸. Si, por el contrario, el pleito no llega a buen fin, el cliente no percibe ninguna cantidad y el abogado, por su parte, no cobrará nada en concepto de honorarios, ello a pesar de que haya incurrido en costes.

25. Como puede advertirse, la relación de financiación que emerge tras los pactos de *cuota litis* es bilateral en tanto que solo intervienen dos partes. De un lado el cliente —que arriesga su capital, identificado con la pretensión del procedimiento— y, de otro, el abogado —quien invierte su tiempo y esfuerzo, así como su capital²⁹—. No existe, pues, un tercero que financie la operación, de manera que las diferencias con los acuerdos de financiación por parte de terceros resultan obvias.

26. Junto a los pactos de *cuota litis*, los instrumentos tradicionales de deuda como son el préstamo o el crédito se erigen, asimismo, como mecanismos que facilitan el acceso a la financiación por parte de los titulares de un derecho para poder accionar ante los tribunales. Sin embargo, ambos presentan notables diferencias respecto de los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros. En este sentido, la primera y más evidente es que, mientras que en este tipo de instrumentos de deuda la parte que recibe el principal está obligada a devolverlo a su prestamista/acreedor³⁰, en los acuerdos de financiación aquí abordados (los denominados *stricto sensu*) el tercero financiador entrega al financiado una

²⁶ Nótese que en el presente trabajo se hará referencia a los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros, a los que denominaremos “*stricto sensu*”, toda vez que, desde una concepción económica de estos pactos, este concepto puede ser más extenso. Así, por ejemplo, en SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *op.cit.*, pp. 392, se emplea el término desde una óptica mucho más amplia que engloba a sus figuras afines: “Third-party funding is an arrangement in which a party involved in a dispute seeks funding from an outside entity for its legal representation instead of financing its own legal representation. The outside entity – called a “third-party funder” – finances the party’s legal representation in return for a profit. The third-party funder could be a bank, hedge fund, insurance company, or some other entity or individual. If the funded party is the plaintiff, then the funder contracts to receive a percentage or fraction of the proceeds from the case if the plaintiff wins. Unlike a loan, the funded plaintiff does not have to repay the funder if it loses the case or does not recover any money. If the funded party is the defendant, then the funder contracts to receive a predetermined payment from the defendant, similar to an insurance premium, and the agreement may include an extra payment to the funder if the defendant wins the case.”

²⁷ Ahora bien, solo entrarían en el concepto de pactos de *cuota litis* aquí abordado aquellos supuestos en los cuales únicamente se fije como honorarios a favor del abogado una fracción de la cantidad obtenida en el pleito, sin que exista la posibilidad de recibir por este una contraprestación alternativa. Dicho de otro modo: si las partes convienen que el abogado perciba una cantidad con independencia del resultado final del litigio, no se trataría de un pacto de *cuota litis* en sentido estricto y, por tanto, no aplicaría lo aquí expuesto.

²⁸ Al respecto, nótese que, hasta hace algunos años, el pacto de *cuota litis* estaba expresamente prohibido con arreglo a lo establecido en el art. 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española (versión de año 2022). No obstante, y tras un largo proceso judicial, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de noviembre (RJ 2009/338), convino, finalmente, su licitud: “En definitiva, la prohibición de la cuota litis en sentido estricto implica la obligación de fijar unos honorarios mínimos con independencia de los resultados y se excluye, por el contrario, con carácter general no cobrar o cobrar exclusivamente por resultados. Y paralelamente se limita la libertad de fijación de cuantía y forma de cobrar en esa misma medida, puesto que tal libertad implica la posibilidad de no cobrar en caso de pérdida del pleito o de otros pactos entre cliente y abogado. Semejante conclusión evidencia que la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios, así como la de otras condiciones comerciales o de servicio.”

²⁹ En efecto, por lo que se refiere al supuesto español, el abogado que financia un pleito no solo incurre en los costes que se identifican con su propio esfuerzo y tiempo, sino con otra serie de conceptos que, asimismo, comportan un gasto. Algunos de estos conceptos son el arancel a pagar al procurador que ostente la representación en el pleito, los honorarios de los peritos, los depósitos para recurrir o la obtención de copias o documentos notariales.

³⁰ De hecho, esta restitución es la obligación principal del prestatario. Entre otros, BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, 2018, p. 216.

cantidad de dinero para que este pueda hacer frente a los gastos que acarrea el procedimiento judicial, no para que, una vez haya concluido, se lo devuelva. En los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros, el financiador solo obtendrá un beneficio en caso de que el pleito llegue a buen fin.³¹

27. Tampoco es posible identificar la cesión por venta de créditos³² con los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, pues, aunque cumplan una función similar, los efectos jurídicos que se producen en uno y otro supuesto son radicalmente distintos. El régimen que aplica a la cesión de estos créditos voluntarios se ubica en los arts. 1.526 y siguientes de Código Civil y, por lo que aquí interesa destacar, el efecto jurídico más relevante que deriva de estos contratos es la subrogación del nuevo acreedor en la posición del cedente a cambio de un precio pactado entre las partes; una subrogación que en los acuerdos de financiación por parte de terceros no solo no surge, sino que se trata de una situación a evitar.³³

28. Por último, otra de las opciones válidas en Derecho que permite a terceros financiar un pleito es la suscripción de un seguro que cubra los costes legales. Al respecto, únicamente tendría sentido incluir en este tipo de seguros aquellos suscritos una vez ha sido iniciado el procedimiento judicial (seguros de defensa jurídica denominados “*before-the-event*”)³⁴, cuya cobertura protegería a los titulares del derecho ante el riesgo de perder en el pleito y, en consecuencia, de las consecuencias que ello tendría —esencialmente, tener que hacer frente a las costas judiciales con sus propios recursos—.

3. Naturaleza jurídica

29. Deslindados los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros de figuras afines que persiguen objetivos económicos similares, procede concretar cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de pactos privados. Sin embargo, nuevamente, nos encontraremos con que esta figura no va a encontrar un acomodo adecuado en ninguno de los contratos regulados en el ordenamiento jurídico español. En otras palabras, que se trata de un contrato atípico.

³¹ SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *op.cit.*, p. 392.

³² Igualmente, no resulta equiparable a los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros la cesión de créditos futuros, pues, aunque el ordenamiento jurídico español lo permita si concurren una serie de circunstancias, el deudor podría extinguir el crédito con arreglo al art. 1.271 del Código Civil; un efecto que, como resulta evidente, no encaja en la finalidad propia de los acuerdos aquí analizados. Sobre esta cuestión, *vid.* NADAL CEBRIÁN, M., “La financiación de litigios en las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: reflexiones a la luz de la Directiva (UE) 2020/1828 y del Anteproyecto de Ley de acciones de representación”, *op.cit.*, pp. 69-69; AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *op.cit.*, pp. 194-196.

³³ El cesionario no tiene como objetivo ocupar la misma posición que presenta el titular original del derecho; lo único que pretende es financiar a este último la posibilidad de accionar. Asumir la producción de los efectos jurídicos típicos de la cesión de créditos, comportaría, por ejemplo, que el tercero financiador pasaría a ser parte activa en el procedimiento judicial o que, en caso de vehicularse la operación a través de una compraventa del crédito, surja el derecho de retracto a favor del deudor; efectos ambos que no tienen cabida en la lógica económica de los acuerdos de financiación de pleitos por parte de terceros.

³⁴ No obstante, nada impide que este tipo de seguros puedan ser suscritos antes de que se produzca la presentación de la demanda ante los tribunales competentes. Sobre el funcionamiento típico de esta modalidad de aseguramiento, SAHANI expone que el seguro de cobertura legal (Legal Expenses Insurance (LEI)) “is an insurance for costs incurred by the party due to pursuing a claim, or defence against a claim, in litigation. The majority of LEI insurance policies cover the party’s costs of proceedings and potential adverse costs. The insurance cover usually has a maximum limit. In practice, there are two types of LEI insurance: before the event legal expenses insurance (BTE) and after the event legal expenses insurance (ATE). A party usually acquires BTE insurance before the dispute (the claim) has arisen, i.e., prior to the occurrence of an event insured against, as protection against the risk of incurring future costs of proceedings. To this end, the insured subject usually pays an annual premium, which is not subject to success of proceedings; therefore, a BTE insurer does not have a direct economic interest in the outcome of proceedings. The situation is different in case of ATE insurance, where the party takes out insurance after the dispute (the claim) has arisen. ATE insurance usually protects the funded party (the insured person) against adverse costs. If the funded party succeeds in proceedings, the insurance company is entitled to an agreed premium. The payment of the premium is, therefore, deferred until the conclusion of proceedings and is activated only in the event that the funded party is successful. Insurance conditions differ in practice and sometimes include covering the costs of judicial proceedings (e.g., costs of representation of the funded party), although this is unusual. An ATE insurer usually does not pay the costs of proceedings for the funded party, but is protecting the funded party against the risk of incurring costs if the party loses the case (risk-avoidance instrument). Funded parties, therefore, often combine ATE insurance with CFA agreements.” SAHANI, V. S., “Judging Third-Party Funding”, *op.cit.*, p. 12.

30. Al respecto, en opinión de quien suscribe, a falta de una concreta regulación de las obligaciones y derechos de las partes en el propio acuerdo, podría afirmarse que las dos instituciones de Derecho Privado cuya regulación puede resultar de utilidad en el ámbito de los acuerdos de financiación de litigios por parte de un tercero *stricto sensu* son las cuentas en participación y el contrato de sociedad irregular.³⁵

31. Pese a no ser un instrumento especialmente conocido por el público general, lo cierto es que las cuentas en participación gozan de gran popularidad en ciertos mercados³⁶, principalmente por tres razones. La primera, que permite mantener en el anonimato la participación de una o varias personas en una o varias operaciones de naturaleza mercantil; la segunda se identifica con la posibilidad de obtener parte de los beneficios que se logren con la ejecución de la operación y, la tercera, viene referida a la ausencia de requisitos formales necesarios para su constitución.³⁷ Este tipo de instrumentos jurídicos son, pues, fórmulas asociativas y de colaboración económica³⁸ que sirven para vehicular las aportaciones realizadas por uno o varios sujetos (los cuenta-participes) a favor de un tercero (el gestor) con la finalidad de participar tanto de las pérdidas como de las ganancias que puedan producirse a resultas de una operación económica o actividad empresarial que desarrolla el gestor, limitando, sin embargo, el riesgo de pérdida a lo aportado por cada sujeto o a lo prometido.³⁹

32. Las cuentas en participación se recogen de manera expresa en el Código de Comercio, concretamente, en el art. 239 y ss. Sin embargo, dada la controvertida redacción de los preceptos contenidos en dicho texto, es preciso recurrir a la doctrina y la jurisprudencia para dilucidar cuáles son los elementos que delimitan este tipo de figuras. Así las cosas, en términos generales, se atribuyen a las cuentas de participación las siguientes notas: la no existencia de un patrimonio común independiente; la no intervención del cuenta-participante en la gestión de la operación o negocio; no es obligatorio que todas las partes sean comerciantes; la afectación del fondo aportado a la realización de una actividad de naturaleza mercantil o la participación del cuenta-participante del resultado final del negocio, ya sea positivo o negativo⁴⁰; rasgos, todos ellos, que, *a priori*, parecen ser compatibles con las notas que configuran los acuerdos para la financiación de litigios por parte de un tercero.

³⁵ Al respecto, es preciso apuntar la evidente disparidad de opiniones entre autores. Así, mientras que para AGULLÓ la regulación de los acuerdos de financiación de litigios por parte de un tercero en sentido estricto parte de la configuración del contrato de préstamo, del contrato de sociedad o de las cuentas en participación, para otros (SÁNCHEZ) es preciso acudir a la sociedad irregular y al préstamo participativo (*vid.* AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *op.cit.* pp.194-198 y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Á., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *Quincena fiscal*, N.º 10, 2020, pp. 6 -7).

³⁶ Algunas excepciones son el mercado de diamantes o de inversiones a nivel internacional, en los que es frecuente encontrar este tipo de instrumentos jurídicos o de figuras afines en derecho comparado.

³⁷ BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.335.

³⁸ La calificación y naturaleza jurídica de las cuentas de participación es una cuestión más que controvertida en la doctrina. En este sentido, si bien tradicionalmente se han entendido como contratos de colaboración económica, para algunos autores (PAZ-ARES), este tipo de instrumentos encuentran un mejor encaje en el contrato de sociedad.

³⁹ Son varias las definiciones que pueden adoptar este tipo de instrumentos. Así, en la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 2612/2008, de 30 de mayo, se apuntan algunas notas características que delimitan este tipo de fórmulas asociativas “Las cuentas en participación (...) vienen reguladas por los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio, y han sido descritas en la doctrina como “una fórmula asociativa entre empresarios individuales o sociales que hace posible el concurso de uno (participante) en el negocio o empresa del otro (gestor), quedando ambos a resultas del éxito o fracaso del último”. Esta definición traduce la idea que expresa con claridad el artículo 239 C.Com. cuando dice que los comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convinieren “y haciéndose participes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”. No se crea, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad irregular, un patrimonio común entre los participes, y lo aportado pasa al dominio del gestor (SSTS 20 de julio y 4 de diciembre de 1992, 5 de febrero de 1998, etc.). El participante, por ello, no dispone de un crédito de restitución del capital aportado, sino que se le atribuye el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca (STS 6 de octubre de 1986, 20 de julio de 1992 y las que allí se citan) y en ello, más que en la transmisión de la propiedad de las aportaciones (que obviamente también se produce en el préstamo) consiste la peculiaridad de la composición de intereses típica de las cuentas en participación, esto es, que el participante no conserva un crédito para la restitución de lo aportado, sino para la obtención de su parte en las ganancias, previa la liquidación y rendición de cuentas que proceda.”

⁴⁰ BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, 2018, pp. 335-336; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Á., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *op.cit.*, pp. 3-6.

33. Ahora bien, quizás, la única dificultad que puede plantear la calificación jurídica de los acuerdos para la financiación de pleitos por parte de un tercero como cuentas en participación se identifica con la naturaleza de la actividad a la cual va a ir destinado el fondo aportado por el financiador, toda vez que la financiación de un procedimiento judicial no es, en sí misma, una actividad de carácter mercantil. No obstante, al no ser esta característica una de las notas típicas esenciales que delimitan el contorno de las cuentas en participación⁴¹, no parece que plantee demasiados problemas.⁴²

34. Por su parte, el contrato de sociedad irregular genera relaciones internas plenas entre los socios, quedando obligados a crear un fondo en común de actividades y bienes, sustentados por una *afectio societatis*. Por lo que aquí interesa destacar, es precisamente la existencia de este fondo en común la principal nota que delimita y distancia el concepto de sociedad irregular del de cuentas en participación, pues, en este último supuesto, lo aportado por el cuenta-partícipe pasa a ser del gestor.⁴³ En consecuencia, los acuerdos de financiación de litigios por parte de terceros tampoco parecen tener cabida en la regulación prevista para la sociedad irregular.⁴⁴

35. En definitiva, habida cuenta de la amplia libertad que otorga a las partes el principio de autonomía de la voluntad que rige la contratación mercantil (ex. art. 1.255 del Código Civil), los contratantes pueden establecer cuantos pactos, cláusulas y condiciones estimen oportunos siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Esto es, se permite a las partes alterar la estructura del contrato típico de tal forma que se puede desnaturalizar, conformando, por tanto, un contrato distinto a cualquiera de los regulados. En virtud de lo anterior, los acuerdos para la financiación de litigios por

⁴¹ La jurisprudencia reitera que los elementos indispensables que definen las cuentas en participación no son otros que el hecho de que el gestor hace suyas las aportaciones del cuenta-partícipe y donde el derecho a la cuota de liquidación no surge hasta la conclusión de las operaciones. Entre otras, la STS de la Sala de lo Civil n.º 6056/2004, de 29 de septiembre; la SAP de Girona n.º 1154/2013, de 5 de mayo; la SAP de Madrid n.º 8958/2012, de 30 de mayo; la SAP de Sevilla n.º 3311/2012, de 7 de noviembre de 2012.

⁴² Desde el punto de vista de la calificación de los acuerdos para financiación de litigios como cuentas en participación, el problema que plantea el hecho de que el fin de los fondos aportados por el financiador vayan destinados a financiar un pleito también es puesto de manifiesto por SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Este autor justifica que esta dificultad se supera con arreglo al siguiente razonamiento: “A mi juicio, al margen del ámbito procesal en el que se inserte la demanda (civil, mercantil, administrativo, etc.), si el litigio tiene su origen en la actividad mercantil desarrollada por el demandante, éste estaría actuando en su calidad de “comerciante” y el procedimiento quedaría inserto en el concepto de “operaciones” al que alude el art. 239 del CCO (“Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros...”).” (SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Á., “Tributación de los contratos de financiación de litigios”, *op.cit.*, p. 9). Sin embargo, como se ha expuesto, quien suscribe considera que la verdadera razón por la cual es posible salvar esta dificultad es otra: el fin o naturaleza de la operación financiada, a pesar de que sea un elemento típico, tal y como ha puesto de relieve tanto la doctrina como la jurisprudencia, no se trata de un elemento esencial propio de las cuentas en participación. Así, por ejemplo, la SAP de Baleares n.º 2277/2010, sec. 5ª, de 28 de octubre, señala que “La cuenta en participación es un tipo mercantil, no por razón de la materia, sino de los sujetos. En efecto, del artículo 239 del Código de Comercio se desprende que las cuentas en participación son mercantiles y, por tanto, sujetas a la disciplina del Código de Comercio, siempre que se constituyan entre comerciantes. No hay, sin embargo, dificultad para que se recurra a ellas en el tráfico civil, creando una forma análoga usando de la libertad contractual o utilizando las mismas cuentas para posibilitar que un tercero no comerciante se interese en la actividad.”

⁴³ A tal efecto, resulta clara y relevante la sentencia 724/98 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 5 de febrero, en la cual se dibujan los contornos entre ambas figuras jurídicas: “Con todos estos datos no se puede eludir que surge una efectiva sociedad irregular de carácter mercantil y no un contrato de cuenta en participación. Ya que para que se hubiera definido en el presente caso esta última figura contractual era preciso que, el negocio continuara perteneciendo privativamente al gestor-propietario y que éste hiciera suyas las aportaciones efectuadas por el participante que no tendrá en el negocio intervención alguna (S. de 24 de abril de 1.975), salvo en la percepción, en su caso, de las ganancias obtenidas (S. de 4 de diciembre de 1.992). Y todo lo contrario, en el negocio o contrato plasmado en el referido documento privado, se crea un fondo común de actividades y bienes, sustentados en una “*afectio societatis*” y con una finalidad lucrativa; lo cual constituye, por no haberse plasmado con las formalidades que exige la Ley, una verdadera sociedad irregular a la que deberán aplicarse las normas que regulan la comunidad de bienes - artículos 1669-2 en relación a los artículos 392 y siguientes, todos ellos del código Civil- según doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que se inicia con la de fecha 18 de noviembre de 1.927.”

⁴⁴ Ahora bien, tampoco puede afirmarse que haya un consenso unánime sobre cuál va a ser el régimen jurídico que, efectivamente, se aplique a las sociedades irregulares. No obstante, por ser la doctrina mayoritaria (GIRÓN, SÁNCHEZ CALERO, PAZ-ARES), parece que el régimen jurídico previsto para las sociedades colectivas será el que aplique en estos casos. BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.308.

parte de terceros podrían ser calificados como contratos atípicos, si bien “con elementos característicos propios de las cuentas en participación”.⁴⁵

4. Contenido de los acuerdos

36. A resultas de la calificación de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros como contratos atípicos, si bien con ciertos elementos típicos de las cuentas en participación, habida cuenta de la finalidad para la que son suscritos y de la lógica económica de los mismos, es posible identificar una serie de obligaciones y derechos que, con frecuencia, son fijados por las partes.⁴⁶

37. Desde el punto de vista del tercero financiador (a menudo, fondos de inversión y empresas altamente especializadas en este tipo de operaciones⁴⁷), sin duda, la principal obligación que recae sobre este consiste en otorgar al demandante la financiación acordada. Normalmente, la financiación se facilita conforme avanza el procedimiento; de este modo, el financiador puede controlar posibles comportamientos oportunistas por parte del demandado, así como la asunción de un riesgo excesivo que, *a priori*, podría no haber sido identificado. Igualmente, a través de la suscripción de los acuerdos para la financiación de litigios por terceros, lo habitual es que el financiador se comprometa a eximir al demandante-financiado del pago de los gastos vinculados con el litigio (honorarios de abogados, arancel del procurador, tasas, certificados, etc.) y, especialmente, del pago de la condena en costas en caso de que el pleito no finalice con una sentencia favorable. También es común encontrar en este tipo de acuerdos las denominadas “cláusulas de confidencialidad”, en virtud de las cuales el financiador se compromete a mantener en secreto toda la información que le revele el financiado.⁴⁸

38. Frente a las obligaciones asumidas por el financiador, el principal derecho que emerge a resultas de la firma de uno de estos acuerdos de financiación para litigios —siempre que el resultado del pleito haya sido favorable o se haya finalizado el mismo a través de un acuerdo transaccional— es la percepción de la remuneración pactada, ya sea un porcentaje de la cuantía obtenida en el procedimiento o una tarifa fija.⁴⁹ Asimismo, es posible encontrar cláusulas en estos acuerdos orientadas a permitir que el financiador esté informado en todo momento del desarrollo del litigio⁵⁰, así como otras que posibiliten resolver el contrato si surgen determinadas eventualidades que le perjudiquen.

⁴⁵ AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (third-party funding) en España”, *op.cit.* p. 198. Esta es la tesis sostenida por el referido autor, a la cual, quien suscribe, hace suya. Esta asunción puede encontrarse igualmente en NADAL CEBRIÁN, M., “La financiación de litigios en las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: reflexiones a la luz de la Directiva (UE) 2020/1828 y del Anteproyecto de Ley de acciones de representación”, *op.cit.*, p. 70.

⁴⁶ Las obligaciones y derechos a las que se hace referencia en el presente trabajo son las que, con arreglo a los resultados obtenidos en el estudio realizado por PONCIBÓ C. y DÁLESSANDRO, E. y titulado *Annex: State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*, incluido como anexo en el documento *Responsible private funding of litigation. European added value assessment*, publicado en el año 2021 por el European Parliamentary Research Service (accesibles en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU\(2021\)662612_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf)) No obstante, también resulta útil, a los mismos efectos, el contenido del Code of Conduct for Litigation Funders, publicado por la *Association of Litigation Funders of England and Wales (versión 2018)*. Texto accesible en el siguiente enlace: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Último acceso: 4 de abril de 2024.

⁴⁷ Algunas de estas empresas y fondos son Burford Capital, Deminor, Nivalion AG, Omni Bridgeway, PLA Litigation Funding o Stonward, entre otros.

⁴⁸ PONCIBÓ C., DÁLESSANDRO, E., *State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*, European Parliamentary Research Service, 2021, pp. 64-65.

⁴⁹ Derivada de la finalidad económica que justifica a los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, normalmente en este tipo de pactos se fija una remuneración muy alta para el financiador en caso de éxito; de lo contrario, no parece que encuentre demasiados incentivos para la inversión. No obstante, existen excepciones. Así, en Eslovenia, está prohibido que el financiador reciba como contraprestación una cantidad superior a la del interés legal del dinero en dicho país (art. 59.3 de la Ley de acciones colectivas de Eslovenia).

⁵⁰ En consecuencia, esto supone para el financiado la renuncia del privilegio abogado-cliente a favor del financiador. Ahora

39. Por lo que se refiere a las obligaciones que recaen sobre el financiado, la primera y más relevante es el pago de la remuneración pactada al financiador en aquellos supuestos en los que el pleito haya llegado a buen fin, ya sea mediante una sentencia estimatoria o un acuerdo transaccional. A mayores, y de manera correlativa a los derechos que habitualmente se determinan a favor del financiador, es frecuente que el financiado asuma la obligación de mantener informado a este del desarrollo del procedimiento, permitiendo, incluso, la realización de auditorías e inspecciones por parte del financiador. Igualmente, el financiado deberá actuar en todo momento de manera diligente y con arreglo a la buena fe. En cuanto a los derechos, la exención del pago de los costes que deriven del procedimiento, así como la percepción de las cantidades a su favor reconocidas en el asunto son los principales derechos que surgen para el financiado en este tipo de operaciones.⁵¹

40. Ahora bien, sin perjuicio de la amplia libertad que confiere a las partes el principio de libertad contractual que impera en el Derecho privado europeo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable⁵² propone la aprobación de un contenido mínimo de los acuerdos de financiación de pleitos por terceros en la futura normativa; una propuesta que ya ha suscitado algunas dudas⁵³ y que, sin duda, será fuente de numerosos problemas. En concreto, la referida Resolución recomienda regular cuestiones tan importantes como son el precio⁵⁴, así como el reparto de los riesgos que comporta la operación de financiación.⁵⁵

41. Otro elemento de vital importancia en el marco de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros es la posibilidad que puede reservarse el financiador para poder influir de manera directa en el devenir del procedimiento; una facultad que, en ciertos supuestos, podría ser

bien, aunque es posible la inclusión de este tipo de cláusulas, tampoco puede afirmarse que sea una realidad necesaria, pues un elemento clave en los acuerdos para la financiación de litigios por terceros es, precisamente, que el financiador no tenga interés en los aspectos sustantivos del pleito; este es un operador que se limita a invertir con la expectativa de obtener un beneficio al finalizar el procedimiento judicial con una sentencia favorable.

⁵¹ PONCIBÓ C., DALESSANDRO, E., *State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*, op.cit. 66-67.

⁵² https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_ES.html#title2 Último acceso: 4 de abril de 2024.

⁵³ Al respecto, ya se ha manifestado la “International Legal Finance Association” en una carta pública, de fecha 7 de marzo de 2022, dirigida a la DG de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea. Documento accesible en el siguiente enlace: https://uploads-ssl.webflow.com/5ef44d9ad0e366e4767c9f0c/624e001be42a159b53492bb8_ILFA%20-%20Memo%20to%20the%20European%20Commission%20on%20the%20Voss%20Report.pdf Último acceso: 4 de abril de 2024.

⁵⁴ Por lo que respecta al precio y aquí interesa, el art. 14 del Anexo I de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable propone limitar la cuantía que pueda recibir el tercero financiador a un porcentaje no superior al 40% de las cantidades reconocidas en el procedimiento. Sobre la limitación de este porcentaje, algunos autores manifiestan que es preciso que entre en juego, precisamente, en materia de acciones de representación a fin de proteger el efectivo resarcimiento de los consumidores afectados (AGULLÓ FERRERAS). Por su parte, alguna otra voz apunta que esta restricción en dicha materia incluso puede beneficiar a este colectivo (SEGURA).

⁵⁵ El contenido mínimo viene referido en el art. 12 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable: “a) las diferentes costas y gastos que el financiador de litigios va a sufragar; b) la parte de las cantidades reconocidas en el procedimiento o la retribución que deban abonarse al financiador de litigios o a cualquier otro tercero, o cualquier otro coste financiero que corra a cargo, directa o indirectamente, de los demandantes o los beneficiarios previstos, o de ambos; c) una referencia a la responsabilidad del financiador de litigios en caso de condena en costas, de conformidad con el artículo 18 de la presente Directiva; d) una cláusula en la que se especifique que las cantidades reconocidas en el procedimiento de las que se deducirá la retribución del financiador se abonarán íntegramente en primer lugar a los demandantes, que podrán posteriormente pagar los importes acordados a los financiadores de litigios en concepto de honorarios o comisiones, conservando al menos los importes mínimos previstos en la presente Directiva; e) los riesgos que asumen los demandantes o los beneficiarios previstos, incluidos: i) la posibilidad de incremento de los costes relativos al litigio y el modo en que esto afecta a los intereses financieros de los demandantes o beneficiarios, o de ambos; ii) las circunstancias estrictamente definidas en las que puede resolverse el acuerdo de financiación por terceros y los riesgos para los demandantes o beneficiarios, o de ambos, en ese supuesto, y iii) cualquier riesgo potencial de condena en costas, incluidas las circunstancias en las que las compensaciones o el seguro relativos a dicha condena no cubran dicha exposición; f) una declaración en relación con la incondicionalidad de la financiación en relación con las fases procesales; g) una declaración de inexistencia de conflicto de intereses por el financiador de litigios.”

perjudicial para la parte financiada. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, propone que las cláusulas que persigan tal objetivo no surtan efectos jurídicos, enunciando, en particular, aquellos acuerdos mediante los cuales se otorgue al financiador la facultad explícita de adoptar decisiones durante el procedimiento o de influir en ellas (por ejemplo, la solución del litigio mediante transacción) o la aportación de capital, o de cualquier otro recurso con valor monetario, en relación con un procedimiento, siempre que esta se encuentre supeditada a la aprobación de su uso específico por parte otros financiadores.⁵⁶

42. Junto a los mecanismos expuestos, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, incorpora un deber de información que recae sobre el financiador, quien deberá suministrar información detallada sobre cualquier acuerdo existente, financiero o de otro tipo, entre el financiador de litigios y cualquier otra empresa relacionada con el procedimiento, así como información detallada sobre cualquier relación pertinente entre el financiador y un demandado en el procedimiento, en particular, aquella que afecte a eventuales situaciones de competencia (art. 13.2 del referido texto).

43. En definitiva, si bien en la actualidad existe plena libertad para las partes en el establecimiento de las condiciones que regirán el contrato que vehicule la financiación de litigios por parte de terceros, de prosperar la normativa en ciernes, la suscripción de este tipo de pactos se verá (mínimamente) regulada.

III. Problemas específicos que plantea la financiación de pleitos por empresas en el contexto de la Directiva 2020/1828

44. Analizadas las principales características y funciones de los acuerdos para la financiación de litigios por parte de terceros, conviene contextualizar su existencia en el seno de la Directiva 2020/1828, máxime, habida cuenta de que este texto tan solo viene referido a la tutela colectiva de los consumidores. A mayores, con razón en la aplicación de la referida Directiva, también es preciso apuntar a la creación de un nuevo operador jurídico clave en el ámbito del ejercicio de las acciones de representación y, por lo que aquí interesa, de su financiación, estas son, las entidades habilitadas.

45. De conformidad con lo establecido en la Directiva 2020/1828, una entidad habilitada es toda organización u organismo público que represente los intereses de los consumidores y que haya sido designada como tal por un Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación con arreglo a la referida Directiva. Entes que, además, van a ser los únicos operadores que tengan legitimación activa para iniciar acciones de representación en nombre de los consumidores a fin de solicitar colectivamente medidas de cesación, medidas resarcitorias, o ambas.⁵⁷

46. En general, estas entidades habilitadas han de ser personas jurídicas, sin ánimo de lucro e independientes constituidas de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación y demostrar el desempeño público y efectivo de actividades en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores durante doce meses antes de su solicitud de designación. Asimismo, la finalidad de estas organizaciones debe identificarse con la protección de los intereses de los consumidores y no estar influidas por sujetos distintos de los consumidores, en particular, por empresarios, que presenten un interés económico en el ejercicio de cualquier tipo de acción de representación.⁵⁸

47. Por su parte, el legislador europeo no determina si la naturaleza de estos entes ha de ser pública, privada o mixta, ni establece criterio alguno a fin de tomar tal decisión. Lo único que exige es que

⁵⁶ Art. 14.2 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable.

⁵⁷ Art. 3 de la Directiva 2020/1828.

⁵⁸ Art. 4.3 de la Directiva 2020/1828.

este tipo de entidades deban cumplir con una serie de requisitos mínimos, dejando abierta la posibilidad a los Estados miembro de introducir un estándar de control más elevado.⁵⁹

48. Pues bien, por lo que se refiere a la financiación de la actividad propia de las entidades habilitadas, la Directiva 2020/1828 establece la posibilidad de acudir a diversos mecanismos. En primer lugar, la financiación que sostenga el funcionamiento de una entidad habilitada puede provenir de las contribuciones de los propios consumidores afectados.⁶⁰ En estos supuestos, si se gana la acción de representación interpuesta, de conformidad con lo establecido en la mayor parte de las legislaciones de los distintos Estados miembro en materia de costas, será posible trasladar los costes del litigio a la empresa demandada. Pero, si finalmente la acción no es estimada, será la parte demandante —esta es, la entidad habilitada— la que tenga que sufragar no solo sus propios gastos judiciales, sino las costas del contrario. De aquí que la articulación de la financiación de este tipo de acciones a cargo exclusivamente de las cuotas de los afiliados parezca improbable.

49. Junto a la anterior, otras fórmulas que pueden servir para financiar la actividad de las entidades habilitadas son las donaciones de empresarios realizadas en el marco de sus respectivos programas de responsabilidad social o la concesión de ayudas públicas convocadas a tal efecto. Fondos que, con independencia de su procedencia, deberán cumplir con los requisitos de transparencia, independencia y ausencia de conflictos de intereses que impone la referida Directiva.⁶¹

50. Por lo que se refiere a las ayudas públicas, el legislador europeo ha dispuesto que, además de financiación en sentido estricto, se pueden facilitar a estas entidades habilitadas distintos medios de apoyo estructural y otro tipo de medios para que desarrollen su actividad. Algunos ejemplos en este sentido pueden ser el acceso a asistencia jurídica gratuita, así como la limitación de las tasas judiciales o administrativas que, de ordinario, corresponda. Sin embargo, no exige a los Estados miembros que, necesariamente, tengan que proporcionar apoyo económico a este tipo de organizaciones.⁶² Una ausencia de imposición que, al menos en opinión de quien suscribe, restará eficacia al sistema de acciones de representación en aquellos Estados miembro en los cuales el acompañamiento público sea muy escaso o prácticamente inexistente.⁶³

51. Finalmente, y por lo que al objeto del presente trabajo interesa, la Directiva 2020/1828 establece la posibilidad de acudir a operadores privados a fin de que estos financien las actividades desarrolladas por las entidades habilitadas; una financiación que puede ser continua al objeto de financiar el conjunto de su actividad o afectar solo a la interposición de una concreta acción de representación. Ahora bien, aunque la Directiva 2020/1828 otorgue una gran libertad a cada Estado miembro a la hora de determinar qué mecanismos van a servir para financiar las acciones representativas en sus respectivos territorios, atendiendo al contenido del texto en su conjunto y a pesar de que no lo contemple de manera expresa, en realidad, el legislador europeo asume que este tipo de financiación es un elemento necesario.⁶⁴

⁵⁹ HODGES, C.C., “Collective redress: the need for new technologies”, *op.cit.*, p. 81. Al respecto, como se verá, el legislador español en la transposición de la Directiva 2020/1828 ha optado por no añadir mayores requisitos de control que los mínimos contenidos en la referida Directiva.

⁶⁰ En opinión de AGULLÓ, y sin perjuicio de exista financiación por parte de terceros o ayudas públicas, la financiación a través de cuotas abonadas por parte de los consumidores afectados resulta óptima sin que, en ningún caso, suponga un obstáculo para garantizar el acceso a la justicia por parte de este colectivo. En AGULLÓ AGULLÓ, D., “The Interplay of Data, Consumer and Private International Law Rules in the Area of Collective Access to Justice in the European Union,” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, n.º. 2, 2022, pp. 80-81.

⁶¹ Considerando (52) de la Directiva 2020/1828.

⁶² Considerando (70) y art. 20.2 de la Directiva 2020/1828.

⁶³ No obstante, no puede obviarse que valerse de manera exclusiva de la financiación pública podría comportar, asimismo, notables ineficiencias. Al respecto, señala GASCÓN INCHAUSTI que: “si, al final, el funcionamiento acaba dependiendo del apoyo público que reciban las entidades habilitadas, llega un momento en que puede considerarse redundante, pues cabría concluir que sería más hacedero crear una superestructura administrativa regulatoria, como el hipotético Defensor del Pueblo Europeo para las acciones de reparación colectivas cuya creación se contempla en el art. 23.8.” En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Towards a European System of Collective Redress?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º. 2, 2020, p. 1.321.

⁶⁴ HODGES, C.C., “Collective redress: the need for new technologies”, *op.cit.*, p. 73.

52. Así las cosas, habida cuenta de que, como se ha expuesto, el mercado de la financiación de litigios es un mercado en plena expansión internacional y de que la financiación de las acciones de representación por parte de empresas es uno de los principales mecanismos a través de los cuales las entidades habilitadas pueden recabar fondos, parece oportuno analizar qué problemas pueden surgir en torno a estos concretos acuerdos de financiación y, de manera correlativa, qué remedios jurídicos propone la Directiva 2020/1828 para hacer frente a los mismos.

1. Posibles conflictos de intereses

53. La dificultad más evidente que se observa en torno a la financiación de acciones de representación por parte de empresas es la posibilidad de que existan conflictos de intereses; conflictos que, desde el prisma de la teoría del principal-agente, pueden surgir a distintos niveles entre los múltiples operadores que intervienen en la operación.

54. En efecto, uno de los principales problemas que emergen en este tipo de operaciones es la multiplicidad de relaciones bilaterales interconectadas entre sí a las que este tipo de litigios dan lugar. Así, en un primer nivel, se encuentra el vínculo entre los consumidores y la entidad habilitada que ejerce la concreta acción de representación y, en un segundo, la relación existente entre la propia entidad habilitada y el tercero que financia el procedimiento judicial.

55. Ahora bien, dado que el fin último que persigue la Directiva 2020/1828 se identifica con la tutela de los derechos de los consumidores, las cuestiones que van a preocupar al legislador europeo van a ser aquellas relacionadas con los posibles conflictos de intereses que puedan surgir en torno a este colectivo; conflictos que pueden emerger, bien de manera directa —con las entidades habilitadas—, bien indirectamente, como sucede con los terceros financiadores.⁶⁵

56. En cuanto al concreto supuesto referido a la interposición de acciones de representación para obtener medidas resarcitorias, la Directiva 2020/1828 establece mecanismos que refuerzan la independencia y la ausencia de conflictos de interés que pudieran surgir desde el punto de vista de la financiación del ejercicio de la acción⁶⁶. Así, los Estados miembros deben garantizar en sus respectivas legislaciones nacionales que no haya injerencias en el procedimiento por parte de terceros financiadores en el contexto de una acción de representación que pudieran perjudicar a los intereses colectivos de los consumidores afectados por una concreta acción de representación. Igualmente, se obliga a los Estados miembro que no permitan el ejercicio de acciones de representación que incluyan medidas resarcitorias en aquellos supuestos en los que el tercero financiador de la entidad habilitada sea un competidor del financiador⁶⁷ o un operador del que dependa el financiador.⁶⁸

⁶⁵ Los problemas de agencia serán mayores cuanto mayor sea la dimensión de la entidad y más variedad de objetivos persiga. También, las situaciones de conflicto de intereses serán más intensas cuanto mayor sea el número de consumidores representados, pues la posibilidad de que surjan conflictos de interés entre los miembros que forman parte de este colectivo aumenta de manera exponencial.

⁶⁶ Aunque sin llegar a criticarlo de manera expresa, cabe señalar que algunos autores consideran que la fiscalización de la financiación “puede detraer energía y recursos de las autoridades en una fase preliminar, relevante y pertinente, pero alejada todavía del fondo del asunto y de la efectiva protección de los consumidores.” En LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828”, *La Ley*, Nº 9830, Sección Tribuna, 15 de abril de 2021, p. 5/10.

⁶⁷ El articulado de la Directiva 2020/1828 no determina si ese competidor tiene que ser un competidor directo o, también, entran dentro del ámbito de aplicación los competidores indirectos en el mismo mercado. No obstante, cabe deducir que, de conformidad con lo establecido en el Considerando (52), el contenido del art. 10 viene referido solo a los competidores directos.

⁶⁸ Art. 10.2 de la Directiva 2020/1828. Junto con la imposibilidad de que el financiador sea un competidor directo de la entidad demandada, parece lógico, asimismo, impedir que el tercero financiador sea una organización que dependa del demandado. En el fondo, puede que la verdadera voluntad de este tercero financiador vaya encaminada no tanto a defender los intereses de los consumidores afectados como a tratar de reducir al mínimo posible el impacto económico o reputacional que el ejercicio de la acción de representación pueda tener en la demandada.

57. Desde el punto de vista de la financiación externa, puede haber supuestos en los que la empresa o entidad que financia una concreta acción de representación tenga intereses directos en el ejercicio o resultado del pleito; por ejemplo, porque compite con la demandada en el mismo mercado relevante. En este sentido, la Directiva dispone que, con base en el conflicto de interés existente entre el ente financiador y la empresa demandada, el fin perseguido a través de la interposición de la acción de representación podría no estar alineado con los verdaderos intereses de los consumidores⁶⁹, sino más bien con un interés individual e incluso divergente al de este colectivo —por ejemplo, el importante daño reputacional que supone la mera interposición de la acción—.

58. De confirmarse la existencia de un conflicto de intereses, los Estados miembro deberán prever la posibilidad de tomar medidas adecuadas a fin de depurar ese posible conflicto, por ejemplo, exigiendo a la entidad habilitada que rehúse o modifique la financiación que resulta controvertida. Incluso, la Directiva 2020/1828 dispone la posibilidad de que se le deniegue a la entidad habilitada la legitimación activa para interponer una acción de representación concreta si las situaciones de conflicto de intereses no se resuelven, ello, no obstante, sin que repercuta negativamente sobre el colectivo de consumidores afectado.

59. Junto a la anterior medida, en aquellos supuestos en los cuales surjan dudas fundadas sobre la existencia de un posible conflicto de interés, las entidades habilitadas deberán comunicar al órgano judicial o administrativo que resuelva un resumen financiero en el que consten las fuentes de financiación que soportan la concreta acción de representación que se pretende iniciar.⁷⁰

60. Tampoco pueden obviarse los intereses que la propia entidad habilitada puede tener en relación con la interposición de una acción de representación en función de su carácter temporal y de su alcance, esto es, si la entidad se trata de una organización general que representa los intereses de los afectados de manera estable —en cuyo caso puede tener intereses distintos del colectivo representado, por ejemplo, obtener un aumento del número de miembros, lograr una mejor reputación en el mercado u obtener mejor financiación pública— o si, por el contrario, ha sido creada *ad hoc* para tramitar un único procedimiento en materia de acciones de representación.⁷¹

61. En estos casos, los posibles incentivos para actuar de manera no alineada con los intereses propios del colectivo representado para actuar por parte de la entidad de naturaleza permanente y de alcance general podrían ser mucho mayores que en los supuestos en los que dicha entidad es creada de manera *ad hoc*, máxime, si la organización general y estable goza de una suerte de monopolio. En este sentido, resulta apremiante que exista una competencia efectiva entre varias entidades de representación, ya sean de naturaleza estable o *ad hoc*, de alcance general o solo de una parte de los afectados, pues la posibilidad de perder clientes que pudieran acudir a otra entidad actuaría como un claro incentivo de cara a servir sin interferencias a los intereses del colectivo representado.⁷²

2. El número de entidades con legitimación activa para iniciar acciones de representación

62. En efecto, la cuestión relativa a cuál va a ser el número de entidades que van a poder interponer acciones de representación resulta crucial para cumplir con el fin último que pretende conseguir

⁶⁹ Considerando (52) y art. 4.3 e) de la Directiva 2020/1828.

⁷⁰ Art. 10, apartados 3 y 4, respectivamente, de la Directiva 2020/1828.

⁷¹ KESKE, S., et al, “Financing and group litigation”, *New trends in financing civil litigation in Europe. A legal, empirical and economic analysis* (M. Tuil & L. T. Visscher (Eds.), Edward Elgar, 2010, p. 186; VAN DEN BERGH, R. J., “Enforcement of consumer law by consumer associations”, *Essays in the law and economics of regulation. In honour of Anthony Ogus* M. Faure & F. Stephen (Eds.), 2008, p. 294; MILLER, G., “Group litigation in the enforcement of tort law”, *Research handbook on the economics of torts* J. H. ARLEN (Ed.), Edward Elgar, 2013, p. 271.

⁷² VAN DEN BERGH, R. J., “Enforcement of consumer law by consumer associations”, *op.cit.*, p. 294.

la Directiva 2020/1828: satisfacer los intereses de los consumidores perjudicados que deriven de hechos que supongan una violación del Derecho de la Unión. Al respecto, cabe realizar las siguientes precisiones desde el punto de vista del funcionamiento del este futuro mercado.

63. Tan perjudicial puede ser permitir la entrada al mercado de un elevado número de entidades de representación como restringirlo al máximo, por ejemplo, a través de la designación de una sola entidad u organismo con legitimación activa para iniciar una acción de representación en un caso determinado. En el primero de los supuestos planteados, la ausencia de cualquier tipo de barrera de entrada en el mercado de la interposición de acciones de representación, si bien supondría una tendencia de precios a la baja por la fuerte competencia entre entidades de representación, podría conducir a la merma de la calidad en los servicios jurídicos prestados a los consumidores y, en última ratio, a la insatisfacción de los fines previstos en la Directiva 2020/1828. Por su parte, la instauración de un único operador con legitimación activa podría suponer la aparición de precio monopolístico, perjudicando, así, el excedente de los consumidores afectados.

64. Expuesto lo anterior, parece razonable concluir que la solución pasa por designar a diversos operadores como entidades habilitadas para iniciar acciones de representación ante los tribunales. En este supuesto, a su vez, será preciso determinar qué tipo de barreras de entrada al mercado de las acciones de representación pueden establecerse que resulten más apropiadas a fin de no restar eficiencia al conjunto.

65. Si se opta por la imposición de condiciones excesivamente restrictivas —tales como una suerte de “*merit test*”⁷³ o “prueba de posibilidades”— puede que el problema que plantea la teoría del principal-agente entre los representados y su abogado o la existente entre los representados y la entidad se viera debilitado con razón en la ventaja informativa que supone la realización de este cribado inicial. Sin embargo, la escasez de litigios previos y la casi inexistente muestra de precedentes en la materia podría comprometer, ya no solo la habilitación de este tipo de entidades —y, por tanto, la propia tutela judicial efectiva de los consumidores como colectivo, no de manera individual—, sino conducir a la existencia de solo unas pocas y, por consiguiente, a una competencia menos efectiva entre ellas —lo cual es sinónimo de mayores precios y, posiblemente, de una peor prestación de los servicios jurídicos—.

66. Frente a esta opción, el establecimiento de condiciones menos restrictivas y su acreditación por parte de un organismo administrativo o judicial podría resultar mucho más eficiente. Algunos de estos requisitos podrían ser la comprobación de la experiencia previa tanto de la entidad como de los letrados a cargo en el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios o el alcance de representación del colectivo afectado y la confianza que ofrezca la entidad.

67. En línea con lo expuesto, si bien la presencia en el mercado de un cierto número de entidades habilitadas para interponer acciones de representación incentivaría la competencia en precio y en la calidad del servicio a fin de atraer a los consumidores afectados, si este número es demasiado pequeño podría, por el contrario, coadyuvar a la aparición de conductas colusorias y perjudicar, en última instancia, la competencia efectiva en este mercado.

68. Junto a los problemas antes planteados, otro de los desafíos que se presenta ante la incorporación de las acciones de representación en el territorio europeo es la posibilidad de que las entidades habilitadas incurran en un uso excesivo y/o abusivo de este tipo de instrumentos a su favor y que ello suponga un perjuicio para los consumidores.⁷⁴

⁷³ El “*merit test*” es un instrumento cuyo uso está ampliamente extendido en el ámbito de la asistencia jurídica gratuita en países de tradición anglosajona. El mismo sirve para evaluar las posibilidades de éxito del caso a través del análisis de las pruebas aportadas y de la legislación aplicable, valorando, asimismo, si la interposición de la reclamación judicial puede comportar beneficios para la sociedad en su conjunto y no solo ventajas a nivel individual.

⁷⁴ Frente al problema que comporta este posible uso excesivo o abusivo de las acciones de representación, la doctrina coincide en que el mecanismo jurídico más eficaz para hacer frente al mismo es la imposición de fuertes controles de transparencia

69. Estas conductas se pueden identificar con la interposición de demandas con escasa viabilidad jurídica de éxito al único objeto de forzar a la demandada a aceptar un acuerdo extrajudicial⁷⁵ y zanjar la vía judicial, con el correspondiente ahorro del coste reputacional, de medios y de tiempo que ello supone. Precisamente, como ya se ha expuesto, la existencia de este tipo de disfunciones es una de las principales preocupaciones que el legislador europeo ha mostrado a la hora de abordar la incorporación de instrumentos de litigación colectiva en el acervo de Derecho europeo, esto es, de cualquier mecanismo que pudiera recordar a las *class actions* americanas.⁷⁶

70. Ahora bien, a pesar de que esta dinámica sea posible desde un punto de vista teórico, no parece que sea tan probable en la práctica.⁷⁷ En efecto, la aparición de comportamientos abusivos por parte de grandes despachos de abogados americanos no necesariamente tiene que explicarse con razón en la existencia de una estrategia —o chantaje— para presionar a las empresas demandadas por daños provocados a los consumidores a llegar a un acuerdo extrajudicial —con frecuencia, todo sea dicho, muy oneroso para los letrados—. Puede que las razones que expliquen la presencia de este tipo de conductas obedezcan a un conjunto de factores que se dan en la legislación norteamericana, tales como la posibilidad de reclamar daños punitivos⁷⁸ o la “American Rule”⁷⁹ en materia de costas procesales; elementos que, por su parte, no existen en la tradición del Derecho europeo continental. Por consiguiente, no parece que el temor a un posible recurso abusivo o excesivo a los tribunales mediante acciones de representación sea un verdadero problema en el territorio de la Unión Europea y que la reticencia del legislador hasta la fecha haya sido provocada por otras razones.⁸⁰

en materia de la financiación proveniente por parte de terceros. REVILLA GONZÁLEZ, J. A., “Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente”, *Derecho y proceso, Libro homenaje al profesor Ramos Méndez*, Barcelona, vol. 3, 2018, p. 2125; DAMIÁN MORENO, J., “Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *ADC*, tomo LXXVI, 2023, fasc. III (julio-septiembre), p. 1168.

⁷⁵ WAGNER, G. “Collective redress - Categories of loss and legislative options”, *Law Quarterly Review*, vol. 127, 2011, p. 72; HODGES, C. *Note on European Commission green paper on consumer collective redress*, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2008, p.4.

⁷⁶ En tal sentido se muestran tanto la *Resolución de 2 de febrero de 2012* (Considerando M): “2. Pone de relieve los esfuerzos del Tribunal Supremo de Estados Unidos por poner coto al recurso excesivo a los tribunales y al abuso del sistema de demandas colectivas (*class actions*) y destaca que Europa no debe establecer un sistema de demandas colectivas del estilo del estadounidense u otro sistema que no respete las tradiciones jurídicas europeas;” como la *Comunicación de 11 de junio de 2013* (p.3): “(...) Por consiguiente, no debe generar litigios abusivos ni ocasionar efectos perjudiciales a las partes demandadas, con independencia de los resultados del proceso. Los ejemplos más característicos de efectos adversos de ese género pueden observarse en las *class actions* (demandas colectivas) típicas de los Estados Unidos. El enfoque europeo de la acción colectiva debe por lo tanto tener muy presente la necesidad de prevenir estos efectos negativos y de prever las salvaguardias adecuadas contra los mismos.”

⁷⁷ NAGY, C. I., *Collective actions in Europe - A comparative, economic and transsystemic analysis*, Springer, Cham, 2019, p. 37; MILLER, G., “Group litigation in the enforcement of tort law”, *op.cit.*, p. 266; IOANNIDU, M., “Compensatory collective redress for low-value consumer claims in the EU: A reality check”, *European Review of Private Law*, vol. 27, 2019.

⁷⁸ En palabras de GASCÓN INCHAUSTI, precisamente el hecho de la exclusión generalizada de los daños punitivos de la tradición jurídica de la Europa continental es uno de los elementos que hace sospechar que la inclusión de la posibilidad de financiar las acciones de representación a través de terceros no sea la “panacea”, toda vez que no facilita a estos obtener beneficios excesivamente cuantiosos. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828”, *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 725. Ahora bien, esta exclusión es teórica, pues, en realidad, la Directiva no excluye de manera expresa esta posibilidad. Por su parte, tal y como apunta MORENO GARCÍA, “los problemas que podría plantear la regulación de los daños punitivos en algunos países de la Unión Europea —y en otros no— son los derivados del *forum shopping* al tratar de ejercitarse las acciones transfronterizas en aquellos países que los admitan. En MORENO GARCÍA, L., “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020”, *Revista de derecho mercantil*, N.º 327, 2023, pág. 6.

⁷⁹ En el sistema judicial americano cada parte litigante paga sus propias costas procesales con independencia de quién haya ganado el pleito. Esta norma que rige las costas por defecto y salvo escasas excepciones es la denominada “American Rule”. Frente a esta, la “English Rule” dispone que la parte que pierda será la que haga frente al pago de la totalidad de las costas procesales, tanto las propias como las de la parte contraria, siendo esta la técnica empleada en la generalidad de los Estados miembro.

⁸⁰ Como se haya apuntado anteriormente, la presión ejercida por el lobby empresarial contrario a la implantación de esta nueva modalidad de litigación colectiva.

71. A tal efecto, resulta de especial interés la regla general que establece el legislador europeo en torno a la imposición de las costas de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias: la parte que pierda deberá soportar las costas procesales de la vencedora (principio objetivo del vencimiento). No obstante, se prevé la existencia de excepciones a esta regla general de conformidad con lo previsto en el Derecho nacional de cada Estado miembro⁸¹, prohibiendo, salvo en caso de que exista conducta dolosa o negligente de un concreto consumidor —en cuyo caso sí deberá responder—, que los consumidores individuales afectados deban soportar los costes procesales en los que incurra el procedimiento.⁸²

72. Finalmente, frente a los posibles conflictos de intereses detectados por el legislador europeo, para cuya resolución ofrece mecanismos más o menos satisfactorios, se obvia por completo la existencia de otros operadores necesarios para la existencia de cualquier acción de representación que también pueden ser fuente de conflictos de intereses, estos son, los abogados.

73. En cualquier litigio individual, quienes llevan la dirección del pleito —los abogados— actúan como agentes en nombre de su principal —el cliente—. Sin embargo, en su calidad de agentes, estos pueden presentar intereses distintos a los de sus clientes y actuar en su propio beneficio; clientes que, por su parte, carecen de información completa y no pueden controlar íntegramente la actividad llevada a cabo por sus letrados, pues los costes de dicha supervisión serían demasiado elevados. Ahora bien, aunque perjudicial, esta asimetría informativa es mucho más baja en los pleitos individuales que en los pleitos colectivos, tales como las acciones de representación⁸³, de ahí que los problemas de agencia que plantea cualquier supuesto imbricado en esta modalidad de pleito sean mucho mayores que en la litigación individual.⁸⁴

74. En definitiva, la Directiva 2020/1828 permite un amplio margen de actuación a los Estados miembro a la hora de determinar la efectiva configuración de la financiación de las acciones de representación de conformidad con lo establecido en sus respectivas tradiciones y ordenamientos nacionales.⁸⁵ Lo único que hace es limitarse a imponer reglas de mínimos o límites en torno a las distintas fórmulas que pueden emplearse para encauzar la financiación de este tipo de procedimientos y, en la medida de lo posible, no perjudicar los intereses de los consumidores afectados. Una falta de concreción —o, si se prefiere, de intervención⁸⁶— que, en opinión de quien suscribe, provocará disfunciones en la correcta implantación de las acciones de representación en el territorio de la Unión Europea.

⁸¹ En este sentido, y dado que en buena parte de las ocasiones la estimación de las pretensiones aducidas por la demandante en su escrito es parcial, la disparidad en materia de costas que pueda darse en el territorio de la Unión Europea se antoja evidente, pues ese concreto aspecto no está armonizado. Al respecto, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., “Towards a European System of Collective Redress?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, N.º 2, 2020, p. 1.320. En similar sentido, MORENO GARCÍA, L., “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020”, *op.cit.*

⁸² Art. 12 de la Directiva 2020/1828.

⁸³ Precisamente, con razón en la falta de seguimiento efectivo por parte los principales (clientes, afectados, etc.) en el ejercicio de acciones de carácter colectivo resulta mucho más fácil para los abogados actuar en su propio interés (ya sea invertir menos tiempo y recursos en la preparación del pleito u obtener honorarios más elevados), incluso en perjuicio de sus clientes.

⁸⁴ COFFEE, J. C., “Class action accountability: Reconciling exit, voice and loyalty in representative litigation”, *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, pp. 378-379; SILVER, C., “Class actions - Representative proceedings”, *Encyclopedia of law and economics. The economics of crime and litigation* (BOUCKAERT & G. DE GEEST (Eds.), Vol. V, Edward Elgar, 2000, p. 215.

⁸⁵ En este sentido, la única provisión que efectúa el legislador europeo es la contenida en el art 20 de la Directiva 2020/1828. En STADLER, A., “Are Class Actions Finally (Re)Conquering Europe? Some Remarks on Directive 2020/1828”, *op. cit.*, pp.18-19.

⁸⁶ No obstante, hay autores que consideran que el hecho de imponer una serie de requisitos mínimos a las entidades habilitadas para interponer acciones de representación ya supone un grado de intervención elevado. VAN CLEYNENBREUGEL, P., “Private damages actions in EU competition law and restorative justice: towards more streamlined institutional framework?”, *Market and Competition Law Review*, Vol. 3 (2), 2019, pp.34-36.

IV. El (insuficiente) tratamiento de la financiación de las acciones de representación en el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores

75. A resultas de la tardía transposición de la Directiva 2020/1828, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, “el Anteproyecto de Ley de acciones de representación”) introduce en el ordenamiento jurídico español este novedoso sistema de acciones de representación, principalmente, a través de la inclusión de un nuevo Título IV, en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil que lleva por nombre “De los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios”.⁸⁷

76. Sin perjuicio de las importantes novedades que comporta la introducción de este nuevo sistema de litigación colectiva⁸⁸, por lo que aquí interesa —la financiación de las futuras acciones de representación—, procede apuntar una serie de cuestiones relevantes, no sin antes adelantar que, tal y como ya se apunta en el título del presente epígrafe, el tratamiento de la financiación resulta a todas luces insuficiente.

77. A mayores de los requisitos que exige el art. 399 de la LEC, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación determina que en la propia demanda será necesario incluir un resumen financiero que recoja las fuentes de financiación empleadas para soportar los costes del procedimiento en aquellos supuestos en los que se inicie una acción de representación para obtener medidas resarcitorias. En especial, si hay financiación por parte de terceros, este deberá señalar con claridad su identidad.⁸⁹

78. El prelegislador español ha optado por articular mecanismos de control de la financiación por terceros tanto antes como después de la certificación de la acción. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación dispone que, en el primero de los supuestos, se requerirá a la demandante para que renuncie o, en su caso, modifique la financiación controvertida en un plazo no superior a un mes. Si la entidad habilitada no procede en tal sentido, el tribunal sobreseerá el proceso o excluirá del mismo a la entidad afectada, siempre y cuando hubiera concurrido en el mismo otra entidad que no viera afectada por tal conflicto de intereses.

79. Si, por el contrario, la existencia de financiación controvertida surgiera con posterioridad a la certificación de la acción, bien de oficio, bien a instancia de parte, el tribunal deberá resolver lo que

⁸⁷ El nuevo sistema se trata de un proceso unitario y coherente con los fines que persigue la tutela colectiva de los intereses de los consumidores que, en palabras de GASCÓN INCHAUSTI, “comporta a su vez abandonar la técnica regulatoria previa, que había consistido en establecer especialidades procedimentales para los procesos colectivos dispersas en aquellas sedes de la LEC en que se regulaba el requisito procesal, el trámite o el efecto procesal al que dicha especialidad había de afectar (v.g., al tratar la capacidad para ser parte, la intervención, la competencia territorial, la acumulación de procesos, la cosa juzgada o la ejecución)”. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores”, *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2023. Accesible en <https://almacenderecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores> Último acceso: 4 de abril de 2024.

⁸⁸ Sobre los problemas prácticos que plantea el actual modelo español de las acciones colectivas, ORTELLS apunta que uno de los supuestos en los que el sistema muestra más debilidades es en la reclamación de daños en materia de competencia. Igualmente, el mismo autor señala que la financiación de los procesos colectivos es un tema clave que ha influido de manera decisiva en el fracaso del actual sistema de reclamaciones masivas en España. Al respecto, *vid.* ORTELLS RAMOS, M., “Litigiosidad masiva y proceso civil”, *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, 2017, p. 233 y pp. 239-241, respectivamente.

⁸⁹ Art. 844.1 de la LEC conforme a la redacción que ofrece el Anteproyecto de Ley de dicho precepto. Al respecto, FERRERES señala que el precepto resulta insuficiente en tanto que debería incluirse, asimismo, una copia del acuerdo de financiación suscrito con el tercero a fin de dotar de una mayor transparencia al sistema; una valoración que es enteramente compartida por quien suscribe. En FERRERES, A. “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, *Almacén de Derecho*, 28 de febrero 2023. Accesible en <https://almacenderecho.org/53368-2> Último acceso: 4 de abril de 2024.

proceda tras la sustanciación de un incidente de previo pronunciamiento, ello sin que se vean afectados los derechos de los consumidores y usuarios.⁹⁰

80. Asimismo, es importante poner de relieve la definición que ofrece el Anteproyecto de Ley de acciones de representación sobre qué situaciones han de ser consideradas como un conflicto de interés: “cuando el tercero que financie el litigio tenga un interés económico en el ejercicio o el resultado de la acción, que pueda apartarla de la protección de los intereses colectivos de los consumidores.” Seguidamente, se determina que, en particular, “existe una situación de conflicto de intereses cuando el demandado sea un competidor del financiador o un empresario o profesional del que dependa el financiador.” Junto a los anteriores supuestos, se añade que: “existe conflicto de intereses si advierte que las decisiones de la entidad demandante, incluidas las relativas a los acuerdos de resarcimiento, están influidas por un tercero que esté financiando el proceso, de un modo que pueda resultar perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores y usuarios afectados.”⁹¹

81. En definitiva, cabe concluir que el texto proyectado se limita a transponer, casi literalmente, las previsiones de la Directiva 2020/1828; una Directiva que, por su parte, tampoco aborda con un mínimo de profundidad los problemas que comporta la financiación de este tipo de acciones⁹². Así, se echan en falta criterios adicionales que faciliten al juez la evaluación de la eventual existencia de conflictos de intereses o que abran la posible existencia de estos conflictos⁹³, no solo desde la perspectiva de la relación entre la entidad habilitada y su financiador, sino en el resto de las relaciones presentes. También, podría haber resultado oportuno introducir preceptos más exigentes relativos a la fiscalización de los acuerdos de financiación suscritos con terceros, pues la Directiva 2020/1828 lo que impone son mínimos.⁹⁴ Igualmente, no se justifica de manera clara por qué las exigencias impuestas en materia de financiación solo aplican en el ámbito de las acciones resarcitorias y no en las de cesación.⁹⁵

82. Otra cuestión en materia de financiación de las acciones de representación que deja en el aire el Anteproyecto de Ley, pese a su especial trascendencia, es cuál va a ser la configuración que se adopte en materia de ayudas públicas a fin de hacer frente a la financiación de las acciones de representación. Y es que, ante la posibilidad de financiar el ejercicio de acciones de representación que brinda la Directiva 2020/1828 en su art. 20, el Anteproyecto de Ley el Anteproyecto de Ley de acciones de representación guarda absoluto silencio.⁹⁶

83. En este sentido, quizás, el legislador ha pretendido no ubicar este concreto aspecto en el texto del Anteproyecto de Ley el Anteproyecto de Ley de acciones de representación por razones, más

⁹⁰ Art. 850, apartados 3 y 4, respectivamente, de la LEC conforme a la nueva redacción que ofrece el Anteproyecto de Ley.

⁹¹ Art. 850.2 de la LEC conforme a la redacción que ofrece el Anteproyecto de Ley.

⁹² De hecho, en palabras de GASCÓN INCHAUSTI, el problema de la financiación sigue siendo “el elefante en la habitación”. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores”, *op.cit.* Igualmente, el mismo autor, apunta que, desde el punto de vista de la financiación de litigios, la transposición de la Directiva no presenta mayores dificultades, si bien “no será tan sencillo, en cambio, lograr la eficiencia en la práctica, precisamente, por las trabas que impone la propia Directiva”. En GASCÓN INCHAUSTI, F., “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828”, *op.cit.*, p. 724.

⁹³ Al respecto, es criticable la vaguedad con la que el legislador europeo define qué circunstancias han de ser valoradas para determinar que, efectivamente, existe un conflicto de intereses. GSELL, B., “The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – a huge, but blurry step forward”, *Common Market Law Review*, N 58, 2021, p. 1396-1397. Una vaguedad que, como se apunta, no parece haber sido superada por el legislador español.

⁹⁴ En este sentido, AGULLÓ defiende que un control más exhaustivo de los contratos de financiación por parte de terceros no debería frustrar el ejercicio de la acción de representación. En AGULLÓ AGULLÓ, D., “Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España”, *op.cit.*, p. 205.

⁹⁵ ZABALLOS ZURILLA, M., “El anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: Aspectos clave”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 46, 2023, p. 85.

⁹⁶ Nótese que el art. 20 de la Directiva 2020/1828 dispone que, además de financiación económica, los Estados miembro pueden facilitar a las entidades habilitadas distintos medios de apoyo estructural y otro tipo de medios para que desarrollen su actividad; por ejemplo, el acceso a asistencia jurídica gratuita o la limitación de las tasas judiciales o administrativas.

que de técnica legislativa, de voluntad política, dado que perfectamente podría haber incluido alguna previsión modificando la normativa que regula la dotación de ayudas a las organizaciones para la defensa de los consumidores.⁹⁷ Ahora bien, dicha omisión no significa que, necesariamente, la financiación de las acciones de representación deba recaer en manos de los financiadores privados. El legislador español ha optado por una vía intermedia entre las opciones que plantea la Directiva 2020/1828 —la financiación exclusiva tanto a través de mecanismos públicos como privados—; una decisión que, además de encajar con el ordenamiento jurídico, se encuentra alineada con la tradición jurídica española (sistemas de naturaleza mixta)⁹⁸.

84. Otra de las cuestiones más trascendentes desde el punto de vista de la financiación por parte de terceros sobre la cual la Directiva 2020/1828 y el Anteproyecto de Ley el Anteproyecto de Ley de acciones de representación evitan pronunciarse es si existe la posibilidad de pactar la cuantía que va a percibir ese tercero una vez finalice el litigio.⁹⁹ Al respecto, cabe recordar que, aunque en la actualidad exista libertad de pacto, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en la referida Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022¹⁰⁰, en concreto, la propuesta que recoge la posibilidad de limitar la cuantía que pueda recibir el tercero financiador a un porcentaje no superior al 40% de las cantidades reconocidas en el procedimiento. Habrá que ver qué sucede en el futuro al respecto.

V. Consideraciones finales

85. Si bien la litigación en masa ha experimentado un notable éxito en los Estados Unidos desde hace décadas a través de las denominadas *class action*, este tipo de procedimientos no ha gozado de la misma popularidad en el continente europeo, especialmente en aquellos asuntos relativos a la protección colectiva de los consumidores. Sin embargo, a resultas de la implantación del nuevo sistema de acciones de representación recogido en la Directiva 2020/1828, es probable que esta tendencia cambie y, en los próximos años, se experimente un notable repunte en este tipo de litigación.

86. Por lo que aquí ha interesado destacar —la financiación privada de las acciones de representación (*third-party litigation funding*)— el nuevo marco jurídico que plantea la Directiva 2020/1828 contempla diversos remedios para mitigar una de las principales dificultades ante las cuales se enfrenta este nuevo sistema: la posibilidad de que existan conflictos de intereses. No obstante, estas soluciones se plantean de una manera tan abierta que, en última estancia, va a depender de cada Estado miembro cómo se quiera articular esta cuestión. Asimismo, se han analizado los problemas que pueden surgir en

⁹⁷ “Acaso se pretenda justificar dicho silencio bajo el argumento de que el Anteproyecto no es la norma en la que regular esta cuestión, en la medida en que en aquel se trata, en lo básico, de regular cuestiones de enjuiciamiento, pero podría perfectamente incorporar las previsiones normativas oportunas, mediante la modificación de la LEC o de cualquier otra norma que se considere relevante a tal efecto sobre los mecanismos de financiación contra recursos públicos de las asociaciones de consumidores. No estamos ante un problema de técnica legislativa sino de política legislativa, si se prefiere.”. En FERRERES, “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, *op.cit.* Último acceso el 1 de abril de 2024.

⁹⁸ En este sentido, algunas voces se inclinan por la potenciación de la financiación privada como instrumentos complementarios a los recursos públicos. COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, 2018, p.193, MORENO GARCÍA, L., “La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020”.

⁹⁹ Son varios los trabajos académicos en los cuales se hace referencia a la ausencia de contenidos, tanto en la Directiva 2020/1828 como en el texto del Anteproyecto de Ley, en materia de pactos de *cuota litis*. Sin embargo, esta omisión se debe únicamente a que la relación que vincula a los clientes (consumidores) con los abogados que litigian no entra dentro del ámbito subjetivo de la normativa en cuestión. Se confunden, pues, dos conceptos que no son sinónimos: los pactos de *cuota litis* (entre los clientes y sus abogados) y el contrato de financiación de litigios por terceros (entre el financiador y las entidades habilitadas).

¹⁰⁰ Entre otros, dicha Resolución viene referida a aspectos tales como la creación de organismos de autorización y supervisión de los terceros financiadores de litigios, los requisitos de capital, ciertos contenidos sobre el fondo del contrato de financiación, las cuestiones relativas a la transparencia o la prevención de conflictos de intereses.

función del número de entidades habilitadas para emprender acciones de representación, pues tanto un número excesivo como un escaso conjunto de estas podría poner en peligro la consecución de los fines previstos en la Directiva 2020/1828.

87. Junto a lo antedicho, se ha analizado el contenido del Anteproyecto de Ley de acciones de representación, del cual se ha destacado que tampoco aborda con determinación los problemas que comportará la financiación de este tipo de acciones en el ámbito español. En concreto, se echan en falta criterios adicionales a los dispuestos en la Directiva 2020/1828 que faciliten al juez la evaluación de la eventual existencia de conflictos de intereses o que abran la posible existencia de estos conflictos, no solo desde la perspectiva de la relación entre la entidad habilitada y su financiador, sino en el resto de las relaciones presentes en el ejercicio de la acción. También, podría haber resultado oportuno introducir preceptos más exigentes relativos a la fiscalización de los acuerdos de financiación suscritos con terceros. Igualmente, no se justifica de manera clara por qué las exigencias impuestas en materia de financiación solo aplican en el ámbito de las acciones resarcitorias y no en las de cesación o cómo va a concretarse, finalmente, la financiación pública para garantizar la posibilidad de ejercitar estas acciones.

88. De otra parte, es probable que en los próximos años se produzca la consolidación de otro fenómeno íntimamente vinculado a esta nueva modalidad procedimental identificada con las acciones de representación: la financiación de procesos de litigación masiva por parte de terceros como productos altamente sofisticados de inversión-especulación. En este sentido, del tenor del Anteproyecto de Ley de acciones de representación que transpone la Directiva 2020/1828, se deduce que el legislador español parece haber escogido la vía de acometer “una suerte de mercantilización de las acciones de representación” en detrimento de la financiación pública de las mismas.

89. Hasta ahora, el procedimiento específico recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para encauzar la defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios permitía a las asociaciones de consumidores, en su condición de entidades con legitimación activa, iniciar reclamaciones colectivas ante los tribunales sin asumir los principales costes que comporta este tipo de litigación. Así, era la propia Administración de Justicia la que asumía los gastos vinculados con el llamamiento de afectados, así como aquellos conceptos incluidos a través del reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores.

90. Al respecto, es importante recordar que las asociaciones de consumidores más representativas tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita¹⁰¹, de manera que prácticamente todos los costes aparejados al ejercicio de este tipo de acciones colectivas en beneficio de los consumidores y usuarios corren a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Conceptos que se identifican con gastos tan importantes como son la inserción gratuita de anuncios o edictos; la exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos; la asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales; la obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial o, incluso, la condena en costas si, finalmente, no se estimasen las peticiones solicitadas ante los tribunales.¹⁰²

91. Pues bien, partiendo de esta situación, lo que ha venido a hacer el prelegislador español no es otra cosa que desplazar la asunción de estos costes por parte del Estado a las entidades habilitadas para iniciar acciones de representación (que, previsiblemente se identificarán con algunas de las actuales asociaciones de consumidores) y, por ende, a los terceros financiadores, sometiendo, en última instancia, la consecución de los fines previstos en la Directiva 2020/1828 —la tutela colectiva de los intereses y derechos de consumidores y usuarios— a la voluntad de los fondos internacionales y de las empresas

¹⁰¹ Ex. art. 37 d) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

¹⁰² Arts. 6 y 36.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

especializadas en litigación. Fondos y entidades que, por su parte, legítimamente perseguirán obtener los mayores beneficios posibles fruto de su inversión y no tanto los de los colectivos vulnerables tutelados por esta normativa.

92. En definitiva, será el tiempo el que diga si la implantación de este nuevo sistema de acciones de representación consigue superar los obstáculos que, hasta la actualidad, han tenido que hacer frente los distintos mecanismos de litigación colectiva en el ámbito de la defensa de los intereses de los consumidores. Ahora bien, lo que está claro es que los cambios acometidos en materia de financiación de este tipo de pleitos masa, si bien apunta al surgimiento de un cada vez más poderoso mercado de *third-party litigation*, no augura un buen pronóstico desde el punto de vista de la protección total y efectiva de los consumidores.

Reflexiones en torno a una eventual codificación del Derecho internacional privado europeo

Reflections on the possible codification of European private international law

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Barcelona*

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8943

Resumen: El trabajo analiza las posibilidades de una eventual codificación del Derecho internacional privado europeo partiendo de su carácter incompleto. Se identifican cuatro tipos de lagunas y se constata que el carácter incompleto es una característica estructural y no una situación transitoria lo que conduce a explorar una versión renovada de “código” para mejorar el acceso al Derecho mediante una racionalización y sistematización de las fuentes.

Palabras clave: Derecho internacional privado europeo, codificación, lagunas, función del Derecho internacional privado, alternativas para la racionalización y sistematización de las fuentes.

Abstract: The paper analyses a possible codification of European private international law on the basis of its incompleteness. Four types of gaps are identified and it is found that incompleteness is a structural feature and not a transitory situation, which leads to the exploration of a renewed version of a “code” in order to improve access to law by rationalising and systematising the sources.

Keywords: European private international law, codification, gaps, role of private international law, alternatives for the rationalisation and systematisation of sources.

Sumario: I. Introducción II. Codificación III. Las carencias del Derecho internacional privado europeo IV. Fragmentación e incompletitud necesarias V. Hacia un Código incompleto VI. Conclusión.

I. Introducción

1. El presente trabajo tiene por objeto reflexionar acerca de la posibilidad de codificar el Derecho internacional privado europeo. Por razones de espacio, el análisis se circunscribirá a las dificultades relacionadas con el ámbito material de un eventual Código europeo de Derecho internacional privado. Como es bien sabido, el Derecho internacional privado europeo se ha desarrollado paso a paso desde 1999, tras la asunción por la Unión de la competencia legislativa en materia de cooperación civil en virtud del Tratado de Amsterdam¹. En la actualidad, no existe una regulación europea completa. El Derecho internacional

¹ Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340 de 10.11.1997, pp. 1-144. En un primer momento el Derecho internacional privado europeo se vinculó al correcto funcionamiento del mercado interior. A partir del Tratado de Lisboa el espacio judicial europeo constituye un objetivo en sí mismo. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, t.1., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 222.

privado europeo coexiste en cada Estado miembro con el Derecho internacional privado autónomo, que sigue aplicándose allí donde no se han promulgado normas europeas. La codificación de las normas de Derecho internacional privado se hace, por tanto, difícil pues se trata de un sistema multinivel o binario y ni el legislador europeo ni los legisladores nacionales dominan la totalidad de la materia.

2. Un examen de las lagunas del Derecho internacional privado europeo muestra que el carácter incompleto no es probablemente, como podía imaginarse hace diez años, una situación pasajera. Hay ámbitos sustantivos enteros en los que no existen (¿todavía?) normas europeas en vigor, y otros en los que, a pesar de existir normas comunes, subsisten lagunas parciales, cuestiones específicas que el legislador europeo no ha logrado resolver uniformemente. Una especie de subsidiariedad inversa parece haberse impuesto en relación a la codificación internacional. El legislador europeo ha renunciado a regular situaciones relacionadas con terceros Estados y ha optado por participar en la codificación internacional. Especialmente en el ámbito del Derecho de familia, la elaboración de normas comunes de Derecho internacional privado europeo ha resultado ser una tarea titánica. La regla de la unanimidad establecida en el art. 81.3 TFUE hace muy difícil la adopción de soluciones uniformes, y el legislador europeo ha tenido que refugiarse en la cooperación reforzada, que conduce inexorablemente a la fragmentación de las fuentes.

3. Al mismo tiempo, parece necesario racionalizar el sistema de fuentes². La complejidad del Derecho internacional privado europeo se ha convertido en un obstáculo para los operadores jurídicos³. La adopción de medidas para mejorar el conocimiento del Derecho y la inteligibilidad de los textos es esencial para que las normas adoptadas sean útiles a los ciudadanos europeos que mantienen relaciones transfronterizas. La solución tradicional frente a la dispersión normativa sería la elaboración de un Código de Derecho Internacional Privado Europeo. La cuestión que nos planteamos es si la ilusión de completitud que proyecta el concepto de código y la labor de la Unión, necesariamente marcada por el carácter incompleto y fragmentario, son compatibles.

4. Por lo que se refiere al proyecto de Código de Derecho internacional privado francés actualmente en discusión, se ha escrito que para desempeñar plenamente su función informativa - clave de la accesibilidad al Derecho - el código debería ser completo, lo que dista mucho de ser factible⁴. Lo mismo cabe decir de la codificación europea. La codificación, entendida en términos tradicionales, no es, por tanto, un objetivo evidente, ni a corto ni a medio plazo. Sin embargo, esto no debería impedir la reflexión académica, pues la construcción de un verdadero sistema de Derecho internacional privado europeo es, por otra parte, una necesidad. Pero quizás sin Código o con un tipo de Código distinto al tradicional.

II. Codificación

5. El concepto de lo que es un código ha variado a lo largo de la historia. Las diversas recopilaciones de textos legislativos que se han elaborado en distintas épocas sólo tienen en común la voluntad de facilitar el conocimiento y la aplicación del Derecho⁵. La codificación, entendida inicialmente como una compilación de textos, fue un instrumento para luchar contra la dispersión de las fuentes y mejorar el acceso al Derecho. No obstante, a menudo, no se trataba simplemente de recopilar las normas tal y como existían, sino de exaltar el poder del soberano. Los compiladores del Digesto editaron los escritos jurídicos del pasado de manera significativa, y se modificó y adaptó el contenido de los textos clásicos

² C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "The unification of Private international Law in Europe: a success story?" , K. BOELE-WOELKI, *The future of family property in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2011, pp. 329-340.

³ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas" en C. OTERO GARCIA CASTRILLÓN, *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 197-209; A. YBARRA BORES, "Los tribunales españoles y el Derecho internacional privado: una relación compleja", *CDT*, 2022, vol. 14 n° 2, pp. 871- 899.

⁴ H. MUIR WATT /D. BUREAU/S. CORNELOUP, «¿De codice ferendo?», *Revue critique* 2022, p.473

⁵ B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, París, PUF, 1998, p. 12.

para adaptarlo a las necesidades políticas de Justiniano⁶. El ejercicio de codificación supuso, por tanto, la selección y reescritura de las normas existentes, así como su perfeccionamiento.

6. El Siglo de las luces supuso la aplicación del método a la labor legislativa. El espíritu de sistematización y exhaustividad que los juristas de Derecho civil asociamos al concepto de código es una característica de los Códigos del siglo XIX⁷. Los Códigos decimonónicos partían de la premisa de que las normas eran producto de la razón, lo que implicaba su carácter general y abstracto y su durabilidad a lo largo del tiempo⁸, algo que en épocas posteriores entraría en crisis.

7. En el imaginario de un jurista de Derecho civil, el Código se sigue entendiendo hoy como el registro sistemático y completo de todo un ámbito del Derecho en un único acto legislativo. Es dudoso que en la actualidad sea posible elaborar un Código de Derecho internacional privado europeo del tipo descrito. El Derecho internacional privado europeo dista mucho de ser un sistema, y aún más de ser un sistema completo. Carece de la estabilidad indispensable para cristalizar en un texto normativo que perdure en el tiempo. Por otra parte, es evidente que la proliferación incontrolada de normas especiales tampoco es deseable. La necesidad de coherencia ha sido ampliamente reconocida.

III. Las carencias del Derecho internacional privado europeo

8. Un primer obstáculo para la elaboración de un Código de Derecho internacional privado europeo es la existencia de lagunas⁹. La doctrina ha identificado cuatro tipos. Hay ámbitos enteros del Derecho privado que no están cubiertos, y lagunas parciales en ámbitos sobre los que sí que se ha legislado. Existen lagunas voluntarias, por deferencia a la normativa internacional, y lagunas asimétricas, ya que las normas de Derecho internacional privado no se aplican en la misma medida en todos los Estados miembros.

9. Hay ámbitos enteros del Derecho privado que no están cubiertos por la legislación de la Unión. Faltan normas comunes sobre las cuestiones de Derecho internacional privado relativas a los derechos reales o, en el ámbito del derecho de familia, sobre la filiación o la celebración del matrimonio. En el ámbito del Derecho de la persona, podríamos citar como territorio inexplorado el derecho al nombre o la protección adultos. Respecto a algunas de estas materias existe ciertamente jurisprudencia del TJUE¹⁰ e incluso pueden haberse presentado Propuestas de textos normativos¹¹ que están en curso de negociación, en otros es la comunidad científica la que ha formulado propuestas de textos articulados que podrían adoptarse¹². Sin embargo, el mero hecho de que aún no existan normas de Derecho positivo en vigor en sectores enteros del Derecho privado podría indicar que deberíamos esperar a que el trabajo

⁶ H. PIHLAJAMÄKI, "Codification" en JAN M. SMITS, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 276-282.

⁷ B. OPPETT, op. cit, p.17.

⁸ B. OPPETT, op. cit, p.55.

⁹ J. VON HEIN/ G. RÜHL, "Towards a European Code of Private international Law?", *RabelsZ*, 79 (2015), pp. 701-751; X. KRAMER et al, "A European Framework for PIL: Current gaps and future perspectives" (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58300/20121219ATT58300EN.pdf>).

¹⁰ Sobre la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del Derecho de familia véase. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "The contribution of the Court of Justice of the European Union to international family law" en J. CARRUTHERS y BOBBY W.M. LINDSAY (ed) *Research Handbook on International Family Law* (de próxima publicación).

¹¹ Véase la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo {SEC(2009) 410} {SEC(2009) 411}, COM/2009/0154 final y la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de los adultos, COM/2023/280 final.

¹² Sobre el derecho al nombre, véase. A. DUTTA/R. FRANK/ R. FREITAG/ T. HELMS/ K. KRÖMER y W. PINTENS, "Ein Name in ganz Europa- Entwurf einer Europäischen Verordnung über das internationale Namensrecht", *Das Standesamt*, 2014, pp. 33-44, sobre los derechos reales véase la propuesta del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, *The law applicable to rights in rem in corporeal assets*, aprobada en la reunión de Milán de 2023 accesible en <https://gedip-egpil.eu/en/documents>.

legislativo estuviera más avanzado antes de abordar la codificación. Alternativamente, podríamos concentrarnos, al menos en una primera fase, en sectores materiales consolidados y avanzar paso a paso.

10. Las lagunas parciales, en ámbitos del Derecho en principio cubiertos por el legislador europeo, podrían ser más difíciles de gestionar. Son indicativas de dificultades técnicas y políticas. También muestran que el objetivo de construir un sistema coherente y completo no es prioritario. Cuando decide abordar una determinada materia, el legislador europeo puede perfectamente abstenerse de resolver cuestiones difíciles o controvertidas pues respecto a ellas se aplica el Derecho internacional privado autónomo. Es difícil imaginar una regulación nacional de Derecho internacional privado sobre las obligaciones extracontractuales que omitiera las violaciones de la intimidad y los derechos relativos a la personalidad, incluida la difamación¹³, por citar un ejemplo bien conocido. Esta es en cambio la situación del Derecho internacional privado europeo. No prevalece la necesidad de regularlo todo y el legislador se contenta con hacer lo que es posible.

11. Existen lagunas e incluso contradicciones en la parte general del Derecho internacional privado. Varias cuestiones pertenecientes a esta parte se regulan de forma diferente en los distintos instrumentos adoptados sin que sea siempre posible encontrar una justificación. Una cuestión tan específica como la remisión a un ordenamiento plurilegislativo se regula de forma diferente en los distintos Reglamentos¹⁴. Otros temas clave nunca se han abordado. El legislador europeo ha dictado un número muy elevado de normas de conflicto de leyes que pretenden lograr la uniformidad de resultados en el ámbito del Derecho aplicable. Este resultado no puede alcanzarse si la información y prueba del Derecho extranjero no se regula de manera uniforme¹⁵.

12. Las opiniones difieren en cuanto a la conveniencia de elaborar un denominado Reglamento Roma O que contenga la parte general del Derecho internacional privado europeo¹⁶. Quienes proceden de tradiciones jurídicas “codigofobas”¹⁷ o están menos apegados al método en materia legislativa¹⁸ no sienten la necesidad de una parte general. Otros no están convencidos de que no sea preferible disponer de soluciones diferentes para las distintas materias¹⁹. La doctrina es generalmente favorable a la elaboración de una Parte General²⁰ y el GEDIP incluso ha debatido un embrión de normas basadas en una propuesta de Paul Lagarde²¹. Persisten, no obstante, las dudas sobre la viabilidad de tal normativa desde un punto de vista institucional²². La Comisión Europea tampoco está convencida, y políticamente no

¹³ Art. 1.2 g) del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31.7.2007.

¹⁴ G. CHRISTANDL, “Multi-unit states in European Union Private International Law”, *Journal of Private International Law*, 9 (2013), pp. 219 ss

¹⁵ C. ESPLUGUES MOTA, « Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The Madrid Principles of 2010 », (2011) *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, pp. 273-297.

¹⁶ S. LEIBLE/ H. UNBERATH, *Brauchen wir eine Rom O Verordnung*, Jena, JWV, 2013.

¹⁷ A. FIORINI, « Qu’y a-t-il en un nom ? Un vrai code pour le droit international privé européen? », M. FALLON/ P. LAGARDE/ S. POILLOT- PERUZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 27-48.

¹⁸ M. BOGDAN, « Some Nordic Reflections on the Desirability of an EU Code of Private international Law » M. FALLON/ P. LAGARDE/ S. POILLOT- PERUZETTO, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Bruselas, Peter Lang, 2011, pp. 253-255.

¹⁹ Véase C. GONZÁLEZ BEILFUSS “España, la Unión Europea y los retos principales para la unificación del Derecho internacional privado”, en J. ALCAIDE FERNÁNDEZ/E.W. PETIT DE GABRIEL (eds), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 447-466.

²⁰ S. LEIBLE, “¿Auf dem Wege zu einer Rom-O Verordnung? Plädoyer für einen Allgemeinen

Teil des europäischen IPR” en N. WITZLEB et al (eds), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*,

Mohr Siebeck, Tübinga, 2014, pp. 429-448; D. MOURA VICENTE, “National styles of Academic discourse and their impact on European Private International Law”, en J. VON HEIN/E.M. KIENINGER/ G. RÜHL, *How European is Private international Law*, Amberes, Intersentia, 2019, pp. 280-282.

²¹ P. LAGARDE, “Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé”, *RabelsZ*, 2011, p. 673

²² R. WAGNER, « Do we need a Rome O Regulation? », (2014), *NILR*, p. 225-242.

es un proyecto que pueda fácilmente atraer apoyos. Una vez más, vemos que el objetivo de construir un sistema no es prevalente.

13. En tercer lugar, existen asimismo lagunas voluntarias debidas a una especie de subsidiariedad inversa que se ha impuesto con respecto a la codificación internacional²³. Cuando existen normas convencionales, no es infrecuente que el legislador europeo renuncie a la elaboración de normas europeas. Hay ejemplos en el Reglamento 2019/1111²⁴ por lo que respecta a la sustracción de menores. La propuesta inicial francesa de sustituir las normas del Convenio de La Haya de 1980²⁵ fue rechazada y las normas del Convenio se incorporaron al texto europeo²⁶. En idéntico sentido, el Reglamento 4/2009 sobre obligaciones de alimentos²⁷ incorpora al Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos²⁸. Por lo que se refiere a la protección de los mayores de edad, la reciente propuesta de la Comisión²⁹ va aún más lejos, ya que la remisión es global³⁰, a las normas de competencia y ley aplicable del Convenio de La Haya de 2000³¹. La iniciativa europea se limita a completar las normas del Tratado.

14. La completitud del Derecho internacional privado europeo se ve también comprometida por el hecho de que las lagunas no sean las mismas para todos los Estados miembros. Dinamarca no participa en las normas europeas de cooperación civil³² salvo que se celebre un Acuerdo especial³³; Irlanda puede elegir si participa o no en un instrumento concreto en virtud del privilegio del *opt in* que le reconoce el Protocolo especial adoptado cuando se ratificó el Tratado de Ámsterdam³⁴. Además, se han aprobado varios instrumentos en el ámbito del Derecho de familia a través de la cooperación reforzada³⁵, lo que significa que estas normas no forman parte del acervo comunitario y sólo se aplican en los Estados que han optado por participar en dicha cooperación. El círculo de Estados participantes en las distintas formas de cooperación reforzada tampoco es estable; varía de un instrumento a otro y puede cambiar con el tiempo, ya que todos los Estados miembros pueden adherirse a los instrumentos aprobados cuando lo deseen.

15. Las lagunas del Derecho internacional privado europeo son, pues, de carácter estructural y plantearían un desafío técnico a la promulgación de un Código de Derecho internacional privado europeo en el sentido tradicional. No parece posible colmar las lagunas materiales existentes sin abrir difi-

²³ P. BEAUMONT, "International Family Law in Europe - the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity", *RebelsZ*, 2009 (3), pp. 509-546.

²⁴ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DO L 178 de 2.7.2019,

²⁵ Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

²⁶ Art. 96 del Reglamento 2019/1111.

²⁷ Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L 7 de 10.1.2009

²⁸ Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias

²⁹ Véase *supra* nota 12.

³⁰ Artículos 5 y 8 de la Propuesta.

³¹ Convenio de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos.

³² Artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

³³ Véase Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299 de 16.11.2005, Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, DO L 300 de 17.11.2005.

³⁴ Artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

³⁵ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económico matrimoniales, DO L 183 de 8.7.2016, Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DO L 183 de 8.7.2016.

les negociaciones. En ámbitos sensibles como la filiación, la propuesta actualmente sobre la mesa podría fracasar. Tampoco es seguro que sea posible colmar algunas lagunas parciales políticamente sensibles, como la difamación en relación con la libertad de expresión.

16. No pueden además ignorarse los obstáculos institucionales. Si se promulgara un Reglamento que contuviera el Código Europeo de Derecho Internacional Privado, habría que seguir el proceso legislativo ordinario para determinadas partes, pero seguiría siendo necesario obtener la unanimidad en el Consejo para el Derecho de familia. En este último ámbito existe el riesgo de que la unanimidad lograda en el pasado no pueda alcanzarse en el presente. Este riesgo es la verdadera razón por la que no se puso sobre la mesa de negociación la reforma de las normas de competencia judicial internacional en materia de divorcio, que han permanecido inalteradas desde su adopción en el Convenio de Bruselas II³⁶ en el momento de la revisión del Reglamento 2201/2003³⁷. Era demasiado arriesgado que se pudiera abrir un debate sobre el concepto de matrimonio, ya que ésta fue la razón principal por la que se adoptaron los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 mediante una cooperación reforzada³⁸.

17. La incorporación a un Código Europeo de Derecho Internacional Privado de los convenios internacionales de los que son parte los Estados miembros es más fácil cuando participan todos los Estados miembros. Se puede seguir utilizando la llamada “*Hinweismethode*” e indicar en el lugar apropiado que tal o cual Convenio regula una determinada cuestión. La referencia al Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en el Reglamento 4/2009³⁹, es un ejemplo de ello. En cambio, la integración de los Convenios es técnicamente más compleja cuando se trata de Convenios en los que sólo participan algunos Estados, como los Convenios nórdicos⁴⁰ o los Convenios de La Haya sobre accidentes de circulación por carretera⁴¹ o sobre responsabilidad por productos defectuosos⁴², ya que las normas que regulan estas materias varían de un Estado miembro a otro, según sea o no parte de dichos Convenios. Lo mismo ocurre cuando se trata de normas adoptadas en virtud de una cooperación reforzada. También en este caso hay Estados que aplican las normas europeas y otros que no.

18. Si el objetivo es elaborar un Código para ayudar a los profesionales, no parece posible incluir en él textos que no se aplican, ya que ello podría inducir a confusión. La dificultad estriba en que el Código no puede ser el mismo para todos los Estados miembros. Habría que buscar alternativas a la promulgación de un único acto legislativo de aplicación uniforme en los Estados miembros, ya que este objetivo no se corresponde con la fragmentación de fuentes que acabamos de describir. Pero antes de buscar alternativas, debemos considerar si la fragmentación de las fuentes es temporal o permanente.

IV. Fragmentación e incompletitud necesarias

19. El estado actual de las fuentes del Derecho internacional privado se presenta a menudo como una etapa provisional, un defecto del sistema que debería resolverse. Esta aproximación es claramente perceptible en relación con la cooperación reforzada, ya que ésta está abierta a la posibilidad de que los

³⁶ Acto del Consejo, de 28 de mayo de 1998, por el que se establece, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (98/C 221/01).

³⁷ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000; DO L 338 de 23.12.2003.

³⁸ C. GONZÁLEZ BEILFUSS “Choice of court and residual jurisdiction in divorce: a plea for reform that is not expected any time soon?”, NIPR, 2021, p. 701-713.

³⁹ Véase el rt. 15 del Reglamento.

⁴⁰ C. GONZÁLEZ BEILFUSS « Regulation (EU) No. 2019/1111 (Brussels II ter) and Third States: relations with other instruments », M. LINTON/ M. SAYED, *Festschrift till Maarit Jänterä-Jareborg*, Uppsala, Iustus Förlag AB, 2022, pp. 133-136.

⁴¹ Convenio de 4 de mayo de 1971 sobre Ley Aplicable en Materia de Accidentes de Circulación por Carretera

⁴² Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos.

Estados no participantes decidan adherirse. El hecho de que en el ámbito del Derecho de familia el procedimiento legislativo sea especial y requiera la unanimidad en el Consejo también se presenta a menudo también como una etapa intermedia, un signo de comunitarización insuficiente, que debería superarse.

20. Alfonso L. Calvo Caravaca y Javier Carrascosa, con el optimismo que les caracteriza, afirman que el Derecho internacional privado europeo se halla en un estado de construcción, pero confían en su crecimiento imparable y su vocación de regulación global⁴³. Por las razones que expondré a continuación tengo mis dudas de que el carácter fragmentario e incompleto vaya a poder superarse.

21. Es evidentemente en materia de derecho de familia, donde el legislador europeo encuentra mayores escollos. A primera vista, se trata esencialmente de dificultades políticas. Existe una verdadera guerra cultural en este ámbito, con debates marcados por la polarización en torno a posiciones invariables y opuestas. Para algunos, el matrimonio entre personas del mismo sexo es una exigencia derivada del principio de no discriminación por motivos de orientación sexual; para otros, el matrimonio sigue siendo una institución arraigada en valores religiosos y culturales y sólo puede ser la unión de un hombre y una mujer.

22. También en este caso cabría pensar que a largo plazo deberían prevalecer las posturas más abiertas. Sin embargo, hay que reconocer que la identidad nacional ampara posiciones divergentes y que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concede a los Estados un margen de apreciación bastante amplio. El Derecho de familia como tal no es competencia de la Unión y la diversidad e incluso la divergencia parecen ser una característica intrínseca. Sólo a largo plazo y de forma indirecta podría producirse una armonización de las normas sustantivas.

23. En este contexto hay que cuestionarse cuál es el rol que debe desempeñar el Derecho internacional privado⁴⁴. La Unión Europea no puede limitarse a prever el reconocimiento mutuo o la libre circulación del estatuto familiar sin que quepa cuestionar el origen y la legitimidad de lo que se va a validar mediante dicho reconocimiento. Esto me parece evidente en materia de filiación. La continuidad en el espacio de la relación padre-hijo es deseable, pero el Derecho también debe poder regular las formas en que las personas devienen padres. No es posible argumentar que el respeto a la vida familiar exige el reconocimiento de una relación paterno-filial establecida en otro Estado y, al mismo tiempo, ignorar que el establecimiento de esta relación podría ser contrario a otros derechos del menor, como el derecho del niño a conocer sus orígenes y a no ser objeto de transacciones comerciales.

24. Existen dilemas bioéticos muy delicados en este ámbito, y una regulación de Derecho internacional privado no puede ser ajena a ellos e instrumentalizarse de manera que sea factible eludir todo intento de regulación jurídica material. La necesidad de coherencia tiene también una dimensión vertical. El Derecho internacional privado de familia debe alinearse con los valores y principios que inspiran el Derecho sustantivo. Y debe reconocerse y respetarse que estos principios no son los mismos en todos los Estados miembros.

25. Si aceptamos el razonamiento anterior, debemos admitir que no es posible que el Derecho internacional privado europeo aborde todas las cuestiones. Hay demasiada diversidad en el Derecho sustantivo de familia, y los principios generales derivados del Derecho de la Unión, incluida la Carta, permiten interpretaciones diferentes y no bastan como argamasa para construir un Derecho internacional privado uniforme. En estas condiciones, no es realista esperar una regulación completa del Derecho internacional privado.

⁴³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, t.1, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020p. 239.

⁴⁴ C. GONZÁLEZ BEILFUSS “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario español de Derecho Internacional privado*, tomo IV, 2004, (pp.117-186).

V. Hacia un Código incompleto

26. El debate sobre la conveniencia de elaborar un Código de Derecho internacional privado se remonta a 2009⁴⁵. En una comunicación, la Comisión enumeró la adopción de un código de cooperación civil entre sus prioridades. En 2010, el Parlamento declaró que no se trataba de elaborar un compendio, sino de un verdadero código organizado en torno al objetivo de la coherencia⁴⁶. En el Programa de Estocolmo, el Consejo abogó por la consolidación, la racionalización y el fomento de la coherencia⁴⁷. La consolidación y codificación del Derecho internacional privado se consideraron deseables para mejorar la aplicación de las normas.

27. Los textos programáticos no especifican de qué tipo de código se trataría. No parece, sin embargo, tener mucho sentido recopilar las fuentes sin reelaborar y sistematizar las normas. Desde 2014, la Comisión publica un *Compendio de la legislación de la Unión Europea sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil*, que contiene toda la legislación de la Unión vigente en este ámbito. En Internet, donde puede descargarse gratuitamente, se presenta como “una herramienta indispensable para que los profesionales del Derecho puedan hacer frente a litigios o procedimientos no contenciosos transfronterizos”⁴⁸. Las valoraciones de los usuarios son más modestas, con sólo dos estrellas sobre cinco. Una simple recopilación de textos tiene muy poco valor informativo en la era de Internet. Sobre todo, no ayuda en la difícilísima tarea de localizar la fuente aplicable al caso.

28. Los textos legislativos deberían sistematizarse para que la recopilación tuviera algún valor añadido. Como la promulgación de un Código de Derecho internacional privado europeo completo es impracticable, una alternativa sería proceder por etapas. Encuentro, quizás porque es lo que conozco, una fuente de inspiración en el proceso de elaboración del Código civil catalán. El Derecho civil catalán también está marcado por el carácter incompleto, porque hay materias reservadas al legislador común español y porque se trata de un Derecho que sólo pudo renovarse y desarrollarse después de la Constitución de 1978. La codificación catalana se llevó a cabo por etapas, comenzando por las materias menos controvertidas, más maduras y completas. El Derecho internacional privado europeo podría seguir este ejemplo y empezar por el Derecho contractual, por ejemplo. Existen normas sobre competencia judicial internacional y conflicto de leyes que se aplican en todos los Estados miembros, así como una abundante jurisprudencia que podría incorporarse a los textos normativos.

29. Otra alternativa, no necesariamente excluyente, sería la elaboración de Códigos Modelo que pudieran adaptarse en cada Estado miembro para incluir las normas vigentes en el mismo.⁴⁹ Hay que admitir, sin embargo, que los distintos volúmenes de legislación privada que reúnen los actos normativos vinculantes, europeos o no, publicados en los Estados miembros cumplen parte de esta función. Pero se podría ir más lejos y refundir los textos para ayudar a los profesionales, como se propone en el proyecto de código de Derecho internacional privado francés. Tampoco es necesario que el texto resultante adopte la forma de un texto de derecho positivo. Podríamos inspirarnos en los *Restatements americanos* y elaborar guías de *soft law*.

⁴⁵ COM (2009) 262 *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*, p. 10.

⁴⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ,P7_TA (2010)0304.

⁴⁷ DO C de 04.05. 2010, n° 115, p.1.

⁴⁸ <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/a160c110-ac29-11e9-9d01-01aa75ed71a1>.

⁴⁹ Véase en Bélgica el *Code de Droit international privé* editado por J.-Y. CARLIER/ M. FALLON/ S. FRANÇO publicado por Larcier o en España la *Legislación básica de Derecho internacional privado* editada por N. BOUZA VIDAL/F.J. GARCIMARTIN ALFÉREZ/ C. GONZÁLEZ BEILFUSS/ M. VIRGÓS SORIANO publicada por Tecnos.

30. En cualquier caso, es evidente que la doctrina debe seguir explorando las opciones para codificar el Derecho internacional privado europeo, aunque la utilidad inmediata de estas propuestas no sea evidente. En mi opinión, éste es su verdadero papel. En una primera etapa de desarrollo acelerado del Derecho internacional privado europeo, la doctrina ha sido más bien reactiva. Ha intervenido en respuesta a las propuestas de la Comisión o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En esta segunda etapa de consolidación, es indispensable una reflexión conjunta y más profunda sobre el futuro del Derecho internacional privado europeo, ya que la asunción de competencias en Derecho internacional privado por parte de la Unión presupone un cambio de sistema, que aún no se comprende suficientemente.

VI. Conclusión

31. El examen del ámbito sustantivo del Derecho internacional privado europeo revela que el carácter incompleto es una característica estructural. El Derecho internacional privado es un ordenamiento jurídico multinivel con dos legisladores que comparten competencias. Esta situación no es coyuntural, sino inevitable, ya que el Derecho internacional privado no puede reducirse a una herramienta técnica para garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio y existen sectores del Derecho privado en los que las divergencias de los Estados miembros son profundas. La elaboración de un Código de Derecho internacional privado europeo en el sentido tradicional se convierte así en una tarea imposible, a menos que se revise el concepto de Código y se busquen alternativas a la elaboración de un texto único. En cualquier caso, es esencial encontrar una forma de introducir el método en la legislación para ayudar a los profesionales que actualmente se encuentran perdidos en la jungla de normas que proliferan sin control.

La convivencia entre el Reglamento “Roma II” y el Convenio de La Haya de 1971 sobre los accidentes de circulación por carretera en la práctica judicial española

The coexistence of the “Rome II” Regulation and the 1971 Hague Convention on Road Traffic Accidents in Spanish judicial practice

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 02.08.2024 / Aceptado: 27.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8945

Resumen: La concurrencia de normas aplicables en los litigios relativos a los accidentes de circulación en carretera (Reglamento Roma II y Convenio de La Haya de 1971) en España complica terriblemente la determinación de la ley aplicable. En la práctica judicial española hay muchos ejemplos de errores en la identificación de la norma de conflicto aplicable a determinadas cuestiones relativas a los accidentes de circulación por carretera porque no se analiza el ámbito de aplicación de cada una de estas dos normas supuestamente concurrentes. La solución a la concurrencia normativa en el Reglamento Roma II no ayuda a la previsibilidad en la cuestión de la determinación de la ley estatal que va a regir la cuestión litigiosa, muy al contrario, favorece el *forum shopping*.

Palabras clave: Accidentes de circulación en carretera, determinación del derecho aplicable, concurrencia normativa, cláusulas de desconexión, responsabilidad extracontractual.

Abstract: The concurrence of applicable rules in litigation related to road traffic accidents (Rome II Regulation and 1997 Hague Convention) in Spain terribly complicates the determination of the applicable law. In Spanish judicial practice there are many examples of errors in the identification of the applicable conflict rule because the scope of application of each of the allegedly concurrent rules is not analyzed. The solution to the regulatory concurrence in Rome II Regulation does not help predictability in the matter of determining the state law that will govern the disputed issue, quite the contrary, it encourages *forum shopping*.

Keywords: Traffic accidents, identification of applicable law, concurrent existence of laws, disconnection clauses, torts.

Sumario: I. La convivencia entre el Reglamento Roma II y los Convenios sobre conflicto de leyes en materia extracontractual. II. Pluralidad de normas de conflicto aplicables a los litigios sobre accidentes de tráfico en carretera. 1. Las cláusulas de convivencia. 2. La verdadera concurrencia de normas de Derecho Internacional Privado. A) El ámbito de aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado. B) Método para la determinación de la norma de Derecho Internacional Privado aplicable. 3. El requisito del respeto de los principios de la cooperación judicial internacional en la Unión. III. La consecuencia: el incentivo al *forum shopping*. IV. El objeto principal de la cuestión litigiosa como método de determinación de la norma de conflicto aplicable. V. La competencia judicial internacional como presupuesto del proceso. 1. Para la acción subrogatoria. 2. Para la acción directa. VI. Conclusiones.

I. La convivencia entre el Reglamento Roma II y los Convenios sobre conflicto de leyes en materia extracontractual

1. La doctrina ya puso de manifiesto que la unificación de las normas de conflicto del Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) es incompleta¹. Varias razones explican esta afirmación: desde el punto de vista material, por la exclusión de determinadas materias de su ámbito de aplicación –como la difamación– (artículo 2, letra g Roma II); desde el punto de vista territorial, por la no aplicación de este Reglamento por parte de las autoridades danesas y, finalmente, por la influencia en la aplicación del Reglamento Roma II que supone la vigencia en los Estados miembro de Convenios internacionales que contienen normas de conflicto relativas a las obligaciones extracontractuales. Especialmente importantes son el del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos².

2. El déficit de uniformidad en este ámbito se incrementa por la solución propuesta en el propio Reglamento para la determinación del concreto instrumento aplicable en el artículo 28 Roma II que prevé su retirada en caso de concurrencia normativa con los instrumentos convencionales mencionados. La relación entre el Reglamento y los convenios señalados ya se previó difícil de determinar³.

Esta realidad se ha demostrado de gran importancia práctica en toda Europa, y también en España, donde existen numerosos supuestos de aplicación errónea del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera⁴.

3. Las relaciones entre el Reglamento Roma II y el Convenio de La Haya de 1971 deben definirse desde las reglas de convivencia previstas en la normativa europea, aunque las dificultades de aplicación de las normas de derecho internacional privado en esta materia no se limitan a dicha relación. También se presentan casos resueltos con absoluta omisión de las normas relativas a la competencia judicial internacional y a la ley aplicable de origen europeo en esta materia -véase como ejemplo la STS de 1 de febrero de 2021 que será objeto de análisis en este trabajo-. En los casos analizados se examinará el tratamiento de las cuestiones de Derecho Internacional Privado sobre la determinación del ámbito de aplicación de las distintas normas con vocación de regir tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable a los litigios en la materia.

II. Pluralidad de normas de conflicto aplicables a los litigios sobre accidentes de tráfico en carretera

4. Como consecuencia de la pluralidad de normas de distinto origen que regulan las cuestiones de ley aplicable, llamada también “dispersión normativa” existente en el Derecho Internacional Privado español puede producirse lo que se ha denominado *conurrencia de normas*⁵. Este fenómeno se produce

¹ Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), P. FRANZINA, “Il regolamento ‘Roma II’ sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Colex, 2008, pp. 299-370, conctr. p. 302.

² El Convenio relativo a los accidentes de circulación está en vigor en España desde el 21 de noviembre de 1987, Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1987 y el Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos, Instrumento de ratificación de 7 de noviembre de 1988 que entró en vigor el 1 de febrero de 1989.

³ P. FRANZINA, “Il regolamento ‘Roma II’...”, op. cit., p. 317.

⁴ Sólo limitándonos a las más recientes se pueden enumerar las siguientes: STS de 1 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:291; SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2019, ECLI:ES:APM:2019:11054; SAP de Barcelona de 19 de junio de 2020; SAP Barcelona (sección 16ª), núm. 371/2020, de 23 diciembre 2020, ECLI:ES:APB:2020:12814.

⁵ M. ATTAL, “Droit international privé communautaire et conventions internationales : une délicate articulation”, *Les Petites affiches*, 2010, núm.238, pp. 22-36.

cuando en el ordenamiento jurídico del foro hay más de una norma de conflicto aplicable al caso y debe identificarse la que -de entre ellas- debe ser aplicada para determinar la ley aplicable a la cuestión jurídica planteada -la *lex causae*-.

Esta concurrencia normativa se puede producir por la acumulación de instrumentos europeos, esto es de Reglamentos y de Directivas, pero también por la aplicación de convenios internacionales de los que España es parte. En el primer caso es de especial relevancia la Directiva 2009/103/CE relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles⁶. Hay que recordar que esta norma establece en su artículo 20.1, segundo párrafo que “Sin perjuicio de la legislación de los terceros países sobre la responsabilidad civil y del Derecho internacional privado, estas disposiciones serán también de aplicación a los perjudicados residentes en un Estado miembro con derecho a indemnización por los perjuicios o lesiones sufridos como consecuencia de accidentes que hayan tenido lugar en terceros países cuyas oficinas nacionales de seguros se hayan adherido al sistema de la carta verde, siempre que dichos accidentes hayan sido causados por el uso de vehículos asegurados y que tengan su establecimiento habitual en un Estado miembro”. La doctrina recomienda aplicar la ley del lugar de residencia habitual de la víctima cuando la reclamación se presente contra una aseguradora de conformidad con la Directiva⁷.

5. Aunque son numerosos las sentencias dictadas por los tribunales españoles en las que se reflejan las dificultades en la resolución de las cuestiones que plantean los litigios relativos a los accidentes de circulación por carretera se tomará como principal referencia el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona el 23 de diciembre de 2020⁸. Según el órgano judicial se produce una concurrencia de normas aplicables al caso. Para la resolución del fondo del asunto -determinar si la acción por la que la empresa aseguradora que ha pagado la indemnización a su asegurado puede reclamar dicha cantidad a la empresa aseguradora del responsable del daño- el órgano judicial debe determinar la ley estatal aplicable al mismo y, por tanto, debe determinarse la norma de conflicto que decide cual debe ser dicha Ley.

6. La Audiencia Provincial de Barcelona estima un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Rubí en la que se desestima la demanda interpuesta por parte de la compañía de seguros Allianz Seguros, S.A. contra Mapfre Seguros. Se trata de un litigio con elemento extranjero en el que se discute el transcurso del plazo de prescripción de la acción subrogatoria ejercitada por la demandante (Allianz). La solución al caso depende de la ley estatal aplicable al fondo del litigio ya que, conforme a lo indicado en la sentencia comentada, la ley española prevé un plazo de prescripción de un año que ya habría transcurrido y la ley francesa prevé un plazo de 5 años⁹.

7. Los hechos que han dado lugar a la reclamación extracontractual tienen origen en un accidente de tráfico causado por el asegurado de Mapfre (la demandada) ocurrido en Francia.

El causante del accidente invade el carril por el que circula la víctima (asegurado de Allianz) y le ocasiona unos daños valorados en más de 8.000€. Allianz indemniza con dicha cantidad a su asegurado y reclama dicha cantidad a Mapfre como aseguradora de la persona responsable. Tanto la persona causante del accidente como la perjudicada tienen su residencia habitual en España.

⁶ Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, DO L 263 de 7 de octubre de 2009, versión consolidada en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02009L0103-20231223>

⁷ J. PAPPETAS, autor del informe para la Dirección General de políticas interiores departamento temático c: derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales asuntos jurídicos *Elección de la ley aplicable para accidentes de tráfico transfronterizos Roma II, el Convenio de La Haya y la Directiva relativa al seguro de vehículos automóviles*, p. 5.

⁸ <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201301/20130110ATT58881/20130110ATT58881ES.pdf>

⁹ SAP Barcelona (sección 16ª), núm. 371/2020, de 23 diciembre 2020, ECLI:ES:APB:2020:12814.

⁹ Sobre la naturaleza jurídica de la subrogación de las empresas aseguradoras y sus requisitos en el ordenamiento jurídico español véase, L. DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 196-200.

8. Allianz recurre ante la Audiencia Provincial la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en la que se afirma que, en virtud de la ley española aplicable al caso por mandato del art. 4 del Reglamento Roma II, la acción había prescrito¹⁰. La recurrente defiende que la acción no ha prescrito porque, si bien alega la aplicación al caso de las excepciones del mismo art. 4 del Reglamento europeo, considera que éstas remiten a la ley francesa que contempla un plazo de prescripción de 5 años¹¹.

Por tanto, la solución al fondo del litigio varía en función de la Ley estatal aplicable al caso. Si tal y como defiende la demandada y el Juzgado de Primera Instancia es aplicable el derecho español el plazo de un año habría transcurrido y la acción habría prescrito. En cambio, si es aplicable el derecho francés, el plazo de los 5 años permite el ejercicio de la acción y entrar al fondo del asunto.

9. El caso es una manifestación de la complejidad de la identificación de la norma del sistema de Derecho Internacional Privado español aplicable para determinar la ley estatal que rige una controversia que afecta a una situación privada internacional¹². La Audiencia, a pesar de que las partes invocan únicamente el Reglamento Roma II, aplica de oficio el Convenio de La Haya de 1971 sin analizar con detenimiento su ámbito de aplicación.

10. En nuestro sistema de Derecho Internacional Privado existen básicamente dos normas para resolver el conflicto de leyes en los litigios relativos a los daños ocasionados por accidentes de vehículos en carretera. Por un lado, el Reglamento Roma II y, por otro lado, el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971. Por tanto, a primera vista, y así lo entiende la Audiencia Provincial, se produce en el supuesto resuelto una concurrencia de normas.

11. Esta sentencia nos da un motivo para reflexionar sobre la correcta aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, la política convencional española y el *forum shopping*. Se obviará cualquier referencia al art. 10.9 CC ya que el carácter *erga omnes* tanto del Reglamento Roma II como del Convenio de la Haya de 1971 provoca que se vea desplazado para todos los litigios relativos a las materias reguladas por éstos en los que concurre un elemento extranjero.

12. Se hará finalmente una referencia a la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el caso, que debe resolverse en primer lugar en todo litigio que afecta a una controversia con elemento extranjero y que influye en la determinación de la ley aplicable al fondo del mismo.

En el caso resuelto en diciembre de 2010 por la Audiencia Provincial de Barcelona, dado que la entidad aseguradora se subroga en una relación no contractual debemos considerar aplicable el Reglamento Roma II, pero debemos plantearnos igualmente la aplicación del Convenio de La Haya de 1971 sobre la responsabilidad en materia de accidentes en carretera ya que España es un Estado contratante¹³.

Este fenómeno de pluralidad normativa se resuelve con dificultad por parte de los operadores jurídicos que, en ocasiones, y como ocurren en este caso, declaran aplicable un instrumento legal internacional cuando debía aplicarse otro¹⁴.

13. Para identificar la norma concreta de nuestro sistema de derecho internacional privado que debe aplicarse hay que tener en consideración no sólo los criterios generales sobre concurrencia nor-

¹⁰ La regla general del art. 4, apdo. primero del Reglamento ordena la aplicación de la ley del lugar donde se ha ocurrido el daño siendo irrelevante el país donde se hubiera producido el hecho generador del daño.

¹¹ La excepción del apartado segundo del art. 4 Roma II indica que si las personas cuya responsabilidad se alega y la víctima tienen su residencia habitual en el mismo país en el momento de producción del daño se aplicará dicha ley.

¹² Esta materia es un ejemplo paradigmático de la complejidad técnica de esta rama del derecho. Sobre la complejidad de las cuestiones de Derecho Internacional Privado véase, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado y dogmática jurídica*, Comares, Granada, 2021, pp. 49-80.

¹³ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas...* *op. cit.*, p. 167.

¹⁴ Véase un ejemplo reciente en la SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, que también afecta a la aplicación del Convenio de La Haya de 1971. La aplicación de este Convenio pone como ejemplo de norma convencional relegada por parte de los órganos judiciales españoles, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, *op.cit.*, p. 282.

mativa y las cláusulas de convivencia que contienen las normas convencionales y los reglamentos europeos¹⁵ sino también, y de manera previa, las normas relativas al ámbito de aplicación de cada uno de los instrumentos normativos¹⁶. Es decir, es una premisa para determinar la existencia de concurrencia normativa que las distintas normas sean efectivamente aplicables al caso. Es decir, que exista realmente esa concurrencia normativa.

1. Las cláusulas de convivencia

14. El artículo 28 de Roma II identifica la norma de derecho internacional privado que fijará el derecho aplicable. Esta norma contiene la cláusula de compatibilidad o de convivencia para las normas de conflicto en materia de responsabilidad extracontractual. Este artículo en su párrafo primero establece una relación de preferencia en la aplicación de los convenios internacionales existentes *en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales*¹⁷.

Se trata de lo que la doctrina internacional privatista ha denominado cláusula de desconexión¹⁸ o *disconnection clause, safeguard o compatibility clause*¹⁹.

15. En aplicación de esta cláusula la aplicación del Reglamento Roma II solo cede ante convenciones internacionales que regulen conflictos de leyes en relación a las obligaciones extracontractuales en los que sean parte uno o más Estados miembros en el momento en que se adoptó.

Mediante la aplicación preferente de convenios especiales el legislador europeo pretende salvaguardar los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros (Considerando 36 del Reglamento Roma II). A pesar de que el Reglamento no lo diga expresamente, la doctrina ha entendido que aplica el principio de la regla de la mayor especialidad, la *lex specialis rule*²⁰.

16. Tanto la convivencia de las dos normas en nuestro ordenamiento jurídico como la solución del Reglamento Roma II en el artículo 28 para solucionarla ha sido objeto de crítica por la doctrina.

Por un lado, respecto de la convivencia de estas dos normas en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina ha censurado que España sea parte de este Convenio. La Unión Europea ha anunciado que no va a firmarlo²¹.

¹⁵ Sobre la concurrencia de normas convencionales A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 285.

¹⁶ En caso de que la identificación de la norma no sea posible a través de las cláusulas de compatibilidad, porque éstas no existan, habrá que acudir a las reglas generales sobre concurrencia normativa en Derecho Internacional Privado: *lex superior, lex specialis, lex posterior*. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, p. 40.

¹⁷ La norma se refiere únicamente a los convenios internacionales de los que el Estado miembro en cuestión ya sea parte en el momento de la adopción del Reglamento Roma II y no los posteriores. Destaca la diferencia de solución de la regla de convivencia en el Reglamento Roma I del artículo 21 que prevé la prevalencia de los convenios internacionales existentes en materias especiales firmados también con posterioridad a su adopción.

¹⁸ La denomina de esta manera para los conflictos entre convenios internacionales de Derecho Internacional Privado, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 283. El propio Convenio de La Haya de 1971 contiene una cláusula de este tipo -no aplicable en el caso resuelto por la Audiencia Provincial- en su artículo 15 que dispone la prevalencia de los Convenios que, en materias específicas, contengan disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación por carretera.

¹⁹ Esta solución es idéntica a la establecida por el Reglamento Roma I en su artículo 25.1 para las obligaciones contractuales. Convenios internacionales de los que el Estado miembro en cuestión ya sea parte en el momento de la adopción del Reglamento Roma II, esto es en España los Convenios internacionales ratificados formalmente antes del 4 de mayo de 2010 y no los posteriores. Respecto de esto segundo destaca la diferencia de solución en el Reglamento Roma I donde su artículo 21 prevé la prevalencia de los convenios internacionales existentes en materias especiales firmados con posterioridad a la adopción de Roma I. P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome II Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2019, pp. 682-699, concr. p. 685.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...op. cit.*, p. 3744.

Tan solo 14 de los 26 Estados miembros de la UE donde se aplica Roma II (todos los de la UE excepto Dinamarca) han ratificado el Convenio de La Haya de 1971, por tanto, en esos 14 Estados podrá producirse esa concurrencia de normas de conflicto en materia de accidentes de circulación por carretera.

La crítica a la vigencia de este Convenio en España se ve respaldada por lo reflejado en el asunto resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en diciembre de 2020 y en las otras sentencias analizadas en este trabajo. La vigencia del Convenio introduce una gran complejidad en el sistema de Derecho Internacional Privado español para los operadores jurídicos que tiene por efecto la reducción de la seguridad jurídica en los litigios relativos a la responsabilidad extracontractual en materia de accidentes de tráfico en carretera²².

Parte de la doctrina española ha recomendado reducir la diversidad de normas de conflicto en esta materia para que el Reglamento Roma II pueda desplegar todo su poder uniformizador. La denuncia de España del Convenio de La Haya implicaría la aplicación a los litigios sobre responsabilidad en caso de accidentes de carretera del Reglamento Roma II²³.

17. Por otro lado, la solución del Reglamento Roma II a la concurrencia de normas en su artículo 28 resulta igualmente criticable porque, a pesar de su objetivo loable de respetar los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros, el Convenio de La Haya de 1971 presenta escasa cooperación universalista ya que pocos Estados lo han firmado. La reducción de la uniformidad pretendida por la norma europea no se ve compensada por la cooperación internacional que consigue.

En efecto, en los otros 12 Estados miembro del Reglamento Roma II en los que no se aplica el Convenio se aplica únicamente el Reglamento para identificar el derecho aplicable a estos litigios. De los 20 Estados del mundo donde se aplica el Convenio de La Haya (son 21 Estados parte, pero en Portugal no ha entrado en vigor) sólo en 7 de ellos no se aplica el Reglamento Roma II. Por tanto, se rompe la uniformidad en el sistema de Derecho Internacional Privado con 12 Estados de la Unión para conservar una norma de conflicto convencional con menos de una decena de países.

Es por ello, a pesar de los inconvenientes que pudiera acarrear, es digno de lamentar que el Parlamento no aceptara la propuesta de la Comisión europea de incluir en la norma un párrafo tercero en el que se previera la aplicación preferente del Reglamento en las relaciones que incumben únicamente a dos Estados miembros del mismo²⁴. Aunque no sea sencillo diferenciar las situaciones europeas de las que no lo son, se podría establecer la aplicación preferente del Reglamento en casos concretos, por ejemplo, si ambas partes tienen su domicilio o el accidente se ha producido en un Estado miembro del Reglamento o si un tribunal de la Unión es competente para conocer del litigio.

2. La verdadera concurrencia de normas de Derecho Internacional Privado

A) El ámbito de aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado

18. La solución de las cuestiones jurídicas que surgen en los litigios relativos a una situación privada internacional requiere un método estructurado de análisis y un orden en su tratamiento²⁵. En particular, en un momento anterior a la aplicación de los criterios para resolver la concurrencia de normas es necesario determinar si una concreta norma de nuestro sistema de Derecho Internacional Privado

²² Existen numerosos ejemplos de errores en la aplicación de este Convenio, véase un caso reciente en SAP (Sección 1ª) Barcelona 19 junio 2020, ECLI: ES:APB:2020:5205, y el comentario de C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. SAP Barcelona 19 junio 2020”, *CDT*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 732-740.

²³ Denuncia que se ha solicitado por parte de la doctrina española, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...op. cit.*, p. 3744. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) n. 864/2007 (“Roma II”)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505-531, *concr.* p. 531.

²⁴ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya, *op. cit.*, p. 528.

²⁵ DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES.. POLICY DEPARTMENT C: CITIZEN’S RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS. LEGAL AFFAIRS, *A european framework for private interational law: current gaps and future perspectives*, *STUDY*, 2012, p. 7.

es realmente aplicable al caso²⁶. Es decir, si existe realmente esa concurrencia normativa. Para ello es necesario analizar con detalle el ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

El Tribunal de Justicia en *TNT* ha exigido para que puedan aplicarse las reglas de convivencia del Reglamento Bruselas I bis (artículo 71) que efectivamente se produzca esa concurrencia de normas, es decir, que el litigio esté comprendido no sólo en el ámbito de aplicación de la norma europea sino también en el del convenio internacional alegado²⁷. Es decir, ambas normas deben regir el caso concreto que se plantea. Esta debe ser la cuestión a resolver en primer lugar.

19. Así, en el caso *The owners of the cargo lately laden on board the ship “Tatry” y The owners of the ship “Maciej Rataj”*, el Tribunal de Justicia considera que el Convenio internacional aplicable a un caso en concurrencia con un Reglamento europeo sólo excluye la aplicación de la norma europea *en los casos que regula y no en los que no regula*²⁸.

20. Por tanto, como se ha indicado más arriba, de forma previa, es necesario delimitar con detalle el ámbito de aplicación de las normas para averiguar si se produce realmente una concurrencia de normas. En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona debe valorarse no solo si el Reglamento Roma II es aplicable al caso, sino también, si el convenio de La Haya de 1971 alegado regula la cuestión.

La Audiencia de Barcelona en la sentencia de diciembre de 2020, acude directamente a la aplicación de las reglas de convivencia previstas en el Reglamento Roma II (artículo 28), sin analizar con detalle suficiente el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1971²⁹. Esta omisión le lleva, como veremos, a la consecuencia errónea de aplicar sus normas de conflicto para determinar finalmente aplicable al caso la ley francesa lo que implicaba un plazo de prescripción de las acciones distinto del establecido en la normativa española y la estimación de la pretensión.

21. Existen otros ejemplos en España de errores similares en este ámbito, como el consiste en ignorar la existencia de una verdadera concurrencia normativa. Así, otras resoluciones de órganos jurisdiccionales españoles aplican directamente el Convenio de La Haya de 1971 sin plantearse si quiera la aplicación al caso del Reglamento Roma II en una demanda interpuesta en 2011, a pesar de que dicho instrumento entró en vigor el 11 de enero de 2009³⁰. Es el caso resuelto por el Tribunal Supremo el 1 de febrero de relativo a una reclamación contra una compañía aseguradora española relacionada con un accidente de tráfico ocurrido en Marruecos ocasionado por un automóvil con matrícula española y asegurado con la demandada³¹. A lo largo de todo el historial procesal se fundamenta la determinación de la ley aplicable únicamente en el Convenio de La Haya de 1971, ignorando la aplicación del Reglamento Roma II al caso y la necesidad de resolver la concurrencia normativa.

²⁶ Se trata de una cuestión preliminar que debe resolverse en un momento anterior a la aplicación de cualquier norma del texto normativo en cuestión. CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 24 de septiembre de 2015, *ERGO*, C 359/14 y C 475/14 ECLI:EU:C:2015:630, apdo. 28.

²⁷ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, apdos. 33-35. En este caso el Tribunal resuelve un supuesto de concurrencia entre el CMR y el derogado Reglamento 44/2001.

²⁸ STJUE 6 diciembre 1994, *The owners of the cargo lately laden on board the ship “Tatry” y The owners of the ship “Maciej Rataj*, C-406/92, ECLI:EU:C:1994:400, apdo. 28.

²⁹ La Audiencia de Barcelona no se plantea tampoco la aplicación al caso de la Directiva 2009/103/CE, Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, DO L 263 de 7.10.2009. Esta Directiva, en todo caso según la jurisprudencia *Ergo*, no contiene una norma de conflicto especial para determinar la ley aplicable a la acción de repetición entre entidades aseguradoras, por lo que debe descartarse su aplicación, STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40.

³⁰ Demanda interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena. STS de 1 de febrero de 2021 (Sección 1) ECLI:ES:TS:2021:291.

³¹ En dicho accidente fallecieron dos ocupantes y otra resultó herida.

B) Método para la determinación de la norma de Derecho Internacional Privado aplicable

22. La determinación del ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 1971 debe realizarse mediante la interpretación de sus artículos 1 y 2, que contienen las materias incluidas y excluidas.

Por un lado, este Convenio de la Haya establece en su artículo 1 el ámbito de aplicación material de la norma para fijar *la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual resultante de los accidentes de circulación por carretera, sea cual fuere la clase de jurisdicción encargada de conocer del asunto*³².

Mientras que el Convenio define el concepto de “accidentes de circulación por carretera” (artículo 1.2 CLH), en cambio no precisa lo que debe entenderse por “responsabilidad extracontractual”, por lo que su interpretación dependerá de la noción mantenida en el ordenamiento jurídico del foro³³.

A pesar de la amplitud con la que se expresa el artículo 1, en su artículo 2, se contienen las materias a las que no se aplican, incluyendo las siguientes: a) la responsabilidad de fabricantes, vendedores y reparadores de los vehículos; b) la responsabilidad del propietario de la vía de circulación o del encargado del mantenimiento de la vía o de la seguridad de los usuarios; c) las responsabilidades por acciones de terceros, excepto la responsabilidad del propietario del vehículo o la del comitente; d) las reclamaciones entre personas responsables; e) las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros y f) las acciones y reclamaciones ejercitadas por o contra los Organismos de la Seguridad Social, de seguros sociales o instituciones análogas y los fondos públicos de garantía automovilística, así como a los casos de exclusión de responsabilidad previstos por las normas que regulen estos Organismos.

En el ejemplo utilizado nos interesa la materia incluida en el número 5 del artículo 2 CLH 1971 que descarta explícitamente la aplicación de sus normas de conflicto a *las reclamaciones y subrogaciones relativas a compañías de seguros*³⁴.

El Informe explicativo indica, en relación a la exclusión del artículo 2, apartado 5º que, por tratarse de situaciones de naturaleza contractual, esta norma excluye las reclamaciones relativas a los seguros. Y cita, dos ejemplos de materias excluidas, por un lado, el caso de la subrogación del asegurador en los derechos de la víctima a la que compensó, contra el autor de los daños y, por otro lado, el caso de las reclamaciones del asegurado autor del accidente que indemnizó a la víctima, contra su propio asegurador³⁵. Así ha sido aplicado por los tribunales de otros Estados³⁶.

La Abogada General, en *ERGO*, ha considerado excluido del ámbito de aplicación de este Convenio a un litigio en el que se entabla una acción de repetición de una entidad aseguradora de un vehículo tractor contra la aseguradora del remolque, una vez que la primera ha abonado la indemnización a la víctima del accidente en la que se trata, por tanto, de determinar el reparto de la responsabilidad entre ambas³⁷.

23. Desde un punto de vista metodológico, la doctrina también ha señalado cómo en aplicación del artículo 28.1 Roma II no será de aplicación preferente un convenio internacional específico si no regula el aspecto concreto de la relación jurídica litigiosa a la que sí se aplica el Reglamento Roma II³⁸.

La regulación del Convenio de La Haya del litigio en cuestión no sería el único requisito para su aplicación preferente en aplicación del artículo 28 Roma II, ya que tampoco sería de aplicación la

³² Y continúa indicando lo que se entenderá por accidente de circulación por carretera a efectos de la aplicación del convenio: *todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por la vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo.*

³³ INFORME EXPLICATIVO DE M. E. W. ESSÉN, “Rapport explicatif de M. Eric W. Essén”, *Actes et documents de la Onzième session: 7 au 26 octobre 1968 – Tome III: Accidents de la circulation routière*, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haya, 1970, pp. 200-220, p. 203, párrafo 2.3. en <https://assets.hcch.net/docs/cef13270-0800-4ac5-b583-b8e4aa076a1c.pdf>.

³⁴ La versión en inglés puede encontrarse en <https://assets.hcch.net/docs/abcf969d-bac2-4ad5-bf52-f1aabc0939ad.pdf>.

³⁵ INFORME EXPLICATIVO DE M. E. W. ESSÉN, en <https://assets.hcch.net/docs/cef13270-0800-4ac5-b583-b8e4aa076a1c.pdf> p. 12.

³⁶ Sentencia de la Cour de Cassation de Belgique de 19 mars 2004, ECLI:BE:CASS:2004:ARR20040319.4.

³⁷ CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. ELEANOR SHARPSTON presentadas el 24 de septiembre de 2015, *ERGO*, C 359/14 y C 475/14 ECLI:EU:C:2015:630, apdo. 28.

³⁸ P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 694.

Convención si ésta no estableciera su aplicación exclusiva al caso. Esta cuestión dependerá de la interpretación que el órgano judicial nacional realice de la norma ya que de los términos de la misma no puede deducirse³⁹.

24. Por todo lo expuesto, es difícil concluir que el caso litigioso analizado, relativo a la acción subrogatoria, resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona estuviera comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1971⁴⁰.

Al no producirse una verdadera concurrencia de normas del Derecho Internacional Privado no debía haberse aplicado al caso el art. 28.1 Roma II sino sus reglas generales para determinar la ley aplicable contenidas en sus arts. 4. 1 y 4.2.

De haber sido aplicado por la Audiencia Provincial el Reglamento Roma II la solución hubiera sido muy distinta. En efecto, en virtud de los dos apartados del artículo 4 *cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país*. Por tanto, debía de aplicarse la ley material española al caso, tal y como sostuvo la juzgadora de primera instancia habiéndose desestimado la demanda de Mapfre por haber prescrito la acción⁴¹.

25. Por el contrario, existiendo realmente la concurrencia normativa la determinación de la norma de Derecho Internacional Privado aplicable para fijar la *lex causae* en litigios relativos a accidentes de circulación por carretera debe realizarse, exclusivamente, en aplicación del artículo 28 Reglamento Roma II, tal y como se ha interpretado por el TJUE. Merece así una severa crítica la argumentación utilizada en otro caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 19 de junio de 2020 a la que se hará mención. Dicha sentencia justifica la aplicación del Reglamento Roma II frente a la del Convenio de La Haya de 1971 en razones impertinentes⁴².

3. El requisito del respeto de los principios de la cooperación judicial internacional en la Unión

26. Para añadir mayor complejidad a las situaciones de convivencia normativa, el Tribunal de Justicia de la Unión ha exigido para la aplicación de la norma convencional que ésta respete los objetivos de la norma del Derecho Internacional Privado europeo con la que concurre. En el caso *TNT* el Tribunal de Justicia interpreta, en un caso de concurrencia normativa en el ámbito del reconocimiento y ejecución de sentencias, la regla de convivencia del artículo 71 RBI bis al presentarse una concurrencia normativa de la aplicación del Reglamento Bruselas I bis y el CMR a un mismo caso⁴³. El Tribunal concluye que la aplicación preferente del convenio especial debe respetar los principios de la norma de Derecho Internacional Privado europea.

27. En el caso de que efectivamente el litigio estuviera cubierto por el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya habría que aplicar el artículo 28 Roma II del que no disponemos de una interpretación del Tribunal de Justicia, sin embargo, la jurisprudencia *TNT* parece requerir el examen de la aplicación de dicha norma convencional al caso respeta los principios de cooperación judicial en la Unión.

³⁹ *Ibidem*, p. 695. La aplicación restrictiva de las exclusiones en la aplicación de las normas europeas debiera exigir que los convenios internacionales regularan una cuestión de manera exclusiva y excluyente. CONCLUSIONES DE LA ABOGADA GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT presentadas el 28 de enero de 2010, *TNT*, C 533/08, ECLI:EU:C:2010:50, apdo. 40.

⁴⁰ A pesar de que esta norma si se aplica para la determinación de la ley aplicable a la prescripción de la responsabilidad <https://assets.hcch.net/does/545975a7-8a1b-48cd-85d5-150e0d980640.pdf>, p. 1. Otras cuestiones no reguladas por este convenio son la *cessio legis* y la compensación, P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 696.

⁴¹ Esta situación se producirá también en otros países de la Unión. Véase, T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des réglemets européens et des conventions internationales en matière de droit international privé”, *SZIER*, 3, 2006, pp. 279-293.

⁴² SAP (Sección 1ª) Barcelona de 19 de junio de 2020, ECLI:ES:APB:2020:5205. C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. Op. cit, p. 736.

⁴³ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243.

Este requisito, de que se respeten los principios de la norma de Derecho Internacional Privado europea añade todavía una mayor complejidad al reto de la identificación de la norma de Derecho Internacional Privado en un litigio con elemento extranjero por lo que ha sido criticado por la doctrina⁴⁴.

28. La Audiencia al aplicar de manera automática la cláusula de convivencia del artículo 28 Roma II tampoco se plantea si la aplicación de la norma convencional al caso respeta los objetivos de la norma del Derecho Internacional Privado europeo tal y como exige en el Tribunal de Justicia en la sentencia *TNT*⁴⁵.

29. El Tribunal de Justicia recuerda en *TNT* que los criterios de interpretación de los reglamentos europeos de Derecho Internacional Privado son el tenor literal de la norma, el objetivo del artículo en concreto y el contexto de la disposición y los objetivos del Reglamento⁴⁶.

30. La aplicación de estos criterios interpretativos del Derecho de la Unión al caso implica, en primer lugar, acudir al tenor literal del artículo 28.1 Roma II. De su literalidad y de y los considerandos 36 y 37 de la norma se deduce claramente que el legislador ha contemplado la aplicación preferente de convenios internacionales como el de La Haya de 1971 en el seno de la Unión⁴⁷.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en aplicación de la interpretación del artículo 28.1 Roma II hay que considerar los objetivos del Reglamento en el que se inserta y, que el Tribunal de Justicia ha indicado que las normas de concurrencia (artículo 71 RBI bis) no pueden tener un alcance tal que choque con los principios inspiradores de la norma⁴⁸.

Considera el Tribunal esta necesidad coherente con la jurisprudencia reiterada que impide que pueda invocarse un convenio anterior en las relaciones intracomunitarias *en detrimento de los objetivos de la Unión*⁴⁹.

Sin embargo, esta doctrina choca con el tenor literal del artículo 28.1 Roma II y con la historia de la elaboración del Reglamento⁵⁰.

31. El examen de los objetivos del Reglamento Roma II nos lleva al considerando 6 que indica que el correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales, y *que las normas de conflictos de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio*.

Estos principios deben ser considerados de naturaleza constitucional ya que el artículo 81 TFUE establece como principio la necesidad de predecir el tribunal competente y debe poder preverse conforme a qué norma va a resolverse un litigio que afecte al mercado interior.

La aplicación de este requisito puede producir la consecuencia de descartar la aplicación del Convenio de La Haya de 1971 incluso cuando su ámbito de aplicación alcance al caso en cuestión⁵¹.

⁴⁴ P. MANKOWSKI, “Art. 28”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p.697.

⁴⁵ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, apdos. 49 y siguientes.

⁴⁶ *Ibidem*, apdo. 44.

⁴⁷ STJUE 4 mayo 2010, *TNT Express Nederland BV y AXA Versicherung AG*, C-533/08, ECLI:EU:C:2010:243, apdo. 47.

⁴⁸ *Ibidem*, apdo. 51.

⁴⁹ *Ibidem*, apdo. 52 y la jurisprudencia citada allí que hace referencia a otras materias como la libre circulación de mercancías, en STJUE 22 septiembre 1988, *Deserbais*, 286/86, ECLI:EU:C:1988:434, apdo. 18; o a la aplicación del Derecho europeo de la competencia en STJUE 6 abril 1995, *RTE e ITP/Comisión*, C241/91P y C242/91P, ECLI:EU:C:1995:98, apdo. 84, y la libre circulación de trabajadores en STJUE 2 julio 1996, *Comisión/Luxemburgo*, C473/93, ECLI:EU:C:1996:263, apdo. 40.

⁵⁰ La Comisión europea propuso incluir un párrafo tercero en el que se estableciera la aplicación preferente del Reglamento europeo en casos de *situaciones europeas*, pero ésta no fue aprobada por el Parlamento Europeo. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya...”, *op. cit.*, p. 531.

⁵¹ M. CREMONA, “The Internal Market and Private International Law Regimes: a comment on Case C-533/08 TNT Express Nederland BV v AXA Versicherung AG, judgment of the Court (Grand Chamber) of 4 May 2010”, *EUI Working Papers Law 2014/08*, p. 13. https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/31896/LAW_2014_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Una consecuencia de la convivencia de las dos normas en el Derecho Internacional Privado español y de la solución de la norma de convivencia del artículo 28 Roma II es que el derecho aplicable sólo va a poder ser conocido una vez que el litigio haya sido planteado ante unos tribunales⁵².

32. A la luz de lo indicado en las líneas anteriores no parece que la aplicación del Convenio de La Haya 1971 contribuya a la obtención de correcto funcionamiento del mercado interior, ya que las normas de conflicto de los Estados miembros no van a designar la misma ley nacional en los casos en los que no se aplique la regla general prevista en las dos normas, la *lex loci delicti commissi*, (arts. 4 CLH 1971 y 4.2 y 3 Roma II).

La solución del artículo 28 Roma II de otorgar preferencia a la aplicación de los convenios internacionales tiene la consecuencia de que la aplicación del Reglamento Roma II o del Convenio de La Haya de 1971 dependerá de si éste último ha sido ratificado por el Estado cuyos tribunales conocen del asunto lo que provoca directamente que las normas de conflicto de los Estados miembros no van a designar la misma ley, sino que ésta va a depender del país del tribunal ante el que se haya planteado la demanda.

Este inconveniente debió ser previsto por el legislador europeo y el motivo de la propuesta de inclusión de un párrafo 3 en el artículo 28 de RII, por parte del Parlamento, con el fin de que, en casos de relaciones *intraeuropeas*, el Convenio de la Haya cediera frente a las disposiciones del RRII. Dicha previsión hubiera facilitado enormemente la aplicación de ambas normas y hubiera facilitado la labor de los operadores jurídicos.

La solución del artículo 28 Roma II, por tanto, incrementa la inseguridad jurídica en una cuestión fundamental para el tráfico internacional de personas y mercancías al dificultar la cuestión de saber si el derecho aplicable a la responsabilidad por un accidente de tráfico se va a determinar a través de la aplicación del Reglamento o del Convenio de La Haya de 1971⁵³.

III. La consecuencia: el incentivo al *forum shopping*

33. La reducción de la capacidad uniformadora del Reglamento Roma II que se produce por la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio de La Haya de 1971 se incrementa por la solución adoptada por el artículo 28 Roma II para la resolución de la concurrencia normativa⁵⁴. La prevalencia de los convenios internacionales, y del Convenio de La Haya de 1971, favorece la posibilidad de *forum shopping*⁵⁵ cuando es objetivo de Roma II evitarlo⁵⁶.

34. Como se ha analizado más arriba, atendiendo a los foros del Reglamento Bruselas I bis, sumisión partes (arts. 25 y 26), domicilio del demandado (artículo 4), lugar del hecho dañosos (artículo 7.2) que incluye en el concepto de materia delictual o cuasidelictual los accidentes de tráfico, los órganos jurisdiccionales de más de un Estado miembro se puedan declarar competentes. Esto ocurrirá especialmente cuando varias personas se vean afectadas por el accidente. La elección de uno u otro tribunal puede basarse en las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en el ordenamiento jurídico del foro.

La posibilidad de *forum shopping* se acrecienta porque a diferencia de la interpretación uniforme de los términos de la norma europea, la aplicación del Convenio supone, en general, una calificación *lege fori* o *lege causae* dependiendo de la solución prevista en el ordenamiento estatal⁵⁷. El

⁵² T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé”, *op. cit.*, p. 285.

⁵³ T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des règlements européens...”, *op. cit.*, p.291.

⁵⁴ T. THIEDE/M. KELLNER, “Forum Shopping zwischen dem Haager Übereinkommen über das auf Verkehrsunfälle anwendbare Recht un der RomII-Verordnung”, *Versicherungsrecht: Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (VersR)*, 34, 2007, pp. 1624-1628.

⁵⁵ T. KADNER GRAZIANO, “La coordination des règlements européens et des conventions internationales en matière de droit international privé”, *SZIER*, 3, 2006, pp. 279-293, concr. p. 281.

⁵⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p. 3668.

⁵⁷ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya...”, *op. cit*, p 528.

concepto de accidente de circulación por carretera del Convenio de La Haya, sí que se concibe como un concepto propio⁵⁸.

Ello tiene como consecuencia que se rompa la uniformidad en el sistema de Derecho Internacional Privado europeo y una merma de la seguridad jurídica. La coexistencia de las dos normas en nuestro ordenamiento jurídico, con la diferente interpretación nacional por la remisión para la calificación si conforme a la *lex fori* o a la *lex causae* ha motivado la propuesta de la doctrina de la denuncia del Convenio para evitar este *forum shopping*⁵⁹.

35. El hecho de que la solución prevista por la norma de conflicto en uno y otro texto difieran como se ha reflejado en el asunto analizado, provoca también que se produzca el fenómeno del *forum shopping*. La *lex loci delicti commissi* en el Convenio de La Haya 1971 (artículo 3) y la ley de la residencia habitual de la persona responsable y la perjudicada si son coincidentes en el Reglamento Roma II (artículo 4.2). El apartado 2 otorga preferencia a esta frente a la ley del lugar donde se produce el daño (artículo 4.1 RRII).⁶⁰

La norma general en el presente Reglamento deberá ser la del *lex loci damni* mencionada en el artículo 4, apartado 1. El artículo 4, apartado 2, debe considerarse como una excepción a este principio general, creándose una conexión especial cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país. El artículo 4, apartado 3, debe entenderse como una «cláusula de escape» respecto al artículo 4, apartados 1 y 2, cuando quede claro, a partir de todas las circunstancias del caso, que el daño está manifiestamente más vinculado con otro país.

Aunque ambas normas parten de la aplicación a la responsabilidad derivada de los accidentes de circulación de la *lex loci damni* pero divergen en las excepciones (arts. 4.1 Roma II y artículo 3 CLH 1971). Así, Roma II parte de la idea de que la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 4 se justifica por la especial conexión que se crea *cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país*, en cambio, las excepciones a la regla básica del Convenio de La Haya 1971 son distintas y se basan en el Estado de matrícula del vehículo o vehículos implicados.

Sólo doce Estados miembros del Reglamento Roma II son parte de la Convención, así por ejemplo, ni Irlanda ni Italia son Estados contratantes y en Portugal (que la firmó pero no la ratificó) no está en vigor⁶¹. Por tanto, pueden producirse soluciones diferentes dependiendo de si conoce del caso un juez europeo en cuyo ordenamiento jurídico esté en vigor o no el Convenio de La Haya de 1971.

36. El caso resuelto por la SAP de Barcelona de 19 de junio de 2020 es un ejemplo de la posibilidad de elección del foro con base en las distintas normas de conflicto en vigor⁶². La Audiencia Provincial de Barcelona aplica erróneamente al caso el Reglamento Roma II para determinar la ley aplicable a la reclamación de compensación a la aseguradora portuguesa del vehículo matriculado en Portugal que ocasionó un accidente de tráfico en Portugal y del que resultaron daños contra vehículo matriculado en España. La Audiencia, basándose en argumentos erróneos como que los reglamentos europeos prevalecen sobre los convenios -y, por tanto, ignorando el artículo 28 de Roma II- y que Portugal no es Estado contratante del Convenio de La Haya de 1971, aplicó al caso las normas del conflicto del Reglamento europeo (FD 3º)⁶³. Pero lo que interesa de este supuesto aquí es la demostración de que, de plantearse la demanda ante las autoridades judiciales españolas debiera aplicarse el Convenio de La Haya de 1971,

⁵⁸ *vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...op. cit.*, p. 3745.

⁵⁹ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya...”, *op. cit.*, p. 527.

⁶⁰ Para una comparación de las soluciones en los dos instrumentos véase A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: Del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) 864/2007 (“Roma II”)”, *AEDIPr* t. VII, 2007, pp. 505-532, conr. pp. 516-527.

⁶¹ Los Estados parte de este convenio son 21 según la última actualización de la Conferencia de La Haya que data de junio de 2014. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=81>

⁶² SAP (Sección 1ª) Barcelona de 19 de junio de 2020, ECLI:ES:APB:2020:5205.

⁶³ Debe recordarse que el Convenio de La Haya es de aplicación universal, de modo que, si por el objeto del litigio es de aplicación en España deben aplicarse sus normas de conflicto incluso cuando la ley aplicable al caso resulte ser la de un Estado no contratante. Véase C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La responsabilidad civil extracontractual derivada de accidentes de circulación. *Op. cit.*, p. 736.

mientras que planteada la demanda ante los tribunales portugueses hubiera sido de aplicación el Reglamento Roma II, con las consecuencias que esto tiene sobre la *lex causae*.

37. Pero también pueden plantearse estrategias procesales cuando estén implicados ordenamientos jurídicos de terceros Estados como Marruecos, Estado contratante del Convenio de La Haya de 1971. Ante un accidente de circulación ocurrido en dicho país en el que estén implicados vehículos matriculados en España, o personas con residencia habitual en España, las autoridades judiciales marroquíes aplicarán las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 1971 mientras que las españolas podrían plantearse la aplicación del Reglamento Roma II si el supuesto estuviera excluido de la norma convencional *ex. artículo 2*⁶⁴.

IV. El objeto principal de la cuestión litigiosa como método de determinación de la norma de conflicto aplicable

38. La cuestión litigiosa en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona en diciembre de 2020 se centra en determinar si ha transcurrido el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción en la que la empresa aseguradora se subroga en los derechos de la víctima del accidente para cobrar los daños causados por el responsable del mismo. Por tanto, aunque no se indica explícitamente en la sentencia -el FD primero hace referencia a la acción ejercitada por vía de subrogación- parece que la empresa aseguradora demandante está ejerciendo la acción de subrogación prevista en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro⁶⁵.

39. El Reglamento Roma II contiene una regla especial para la subrogación en el artículo 19 que establece:

“Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona («el acreedor») tenga derechos respecto a otra persona («el deudor») y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones”.

40. Al desechar la aplicación del Reglamento Roma II como norma de Derecho Internacional Privado, la Audiencia Provincial no menciona la solución del artículo 19 en virtud del cual se determina la ley aplicable a la subrogación legal y que debía de haberse aplicado para determinar si la acción había prescrito. Así parece al menos deducirse de las afirmaciones del Tribunal de Justicia en la sentencia *ERGO*⁶⁶. Indica esta sentencia que no existiendo compromiso contractual entre dos entidades aseguradoras no debe aplicarse el Reglamento Roma I⁶⁷.

41. En el caso se cumplen los requisitos para la aplicación de esta disposición, dado que esta norma se aplica cuando una compañía de seguros que ha suscrito un contrato de seguro con la víctima del daño (acreedor), la empresa aseguradora -el tercero- debe pagar la indemnización a la víctima. Conforme

⁶⁴ SAP Barcelona (sección 16ª), núm. 371/2020, de 23 diciembre 2020, ECLI:ES:APB:2020:12814.

⁶⁵ La doctrina considera que dicha acción tiene un carácter indemnizatorio vinculado o dependiente del contrato de seguro y a través de la correspondiente subrogación en la que el asegurador se posiciona como pagador, sustituyendo así al asegurado, cuya posición ocupa frente a la obligación de pago, de tal forma que la obligación continúa siendo la misma, pero con un cambio en el sujeto obligado al pago de forma tal que la acción es la misma. De ese modo la parte demandada puede oponer la prescripción de la acción, que es la que hubiera podido oponer frente al asegurado víctima del daño L. Díez PICAZO, *Derecho de daños*, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁶⁶ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apdo. 56. Y A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ “Art. 19”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome II* pp. 604-606.

⁶⁷ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apdo. 47.

a la ley el tercero (empresa aseguradora de la víctima en nuestro caso) tiene la obligación legal de cubrir esas deudas extracontractuales⁶⁸. Esta norma se aplica también cuando la obligación de pago al acreedor es realmente una obligación y cuando nace de un acuerdo entre el tercero y el acreedor⁶⁹. En nuestro caso, Allianz como empresa aseguradora es el tercero que ha pagado la indemnización a la víctima del daño.

En el caso no se determinó si la ley que regula la obligación extracontractual (la relación entre la víctima del daño y la causante del accidente del vehículo) es la misma que la ley aplicable a la obligación de pago del tercero (la ley del contrato de seguro de la víctima del accidente con su propia aseguradora). Si esa ley es la misma se aplicaría esa ley y si no lo es, se aplica la segunda -la ley que rige la obligación de pago de la aseguradora-.

En el supuesto de que la obligación no contractual esté sometida a una ley distinta a la aplicable a la obligación de pago del tercero (ley rectora del contrato de seguro entre la víctima del daño y la aseguradora) el artículo 19 Roma II también se aplica. La solución de esta norma es que la acción subrogatoria debe regularse por la ley rectora del contrato de seguro entre la víctima del daño y el tercero que debe pagar el daño (compañía de seguro). Esta ley regirá si y en qué medida puede ejercitar los derechos del acreedor contra el deudor *según la ley que rige sus relaciones*. Por tanto, la ley que rige el contrato de seguro se aplica a la cuestión. Esa ley puede ser distinta de la Ley que rige las relaciones extracontractuales ente el acreedor original y el deudor.

Esta interpretación se deduce de las soluciones del Tribunal de Justicia en el caso *ERGO*, en sus apartados 56 a 58, que indican:

“56 En tercer lugar, y respecto a si la entidad aseguradora de un vehículo de tracción que indemnizó a una víctima dispone, en su caso, de una acción subrogatoria contra la entidad aseguradora del remolque, es preciso indicar que el artículo 19 del Reglamento Roma II distingue entre las cuestiones sujetas al régimen delictual y las sujetas al régimen contractual. Esta disposición se aplica, en particular, a la situación en la que un tercero, a saber, la entidad aseguradora, indemnizó a la víctima de un accidente, acreedor de una obligación delictual de indemnización por daños y perjuicios frente al conductor o titular de un vehículo automóvil, y ello en cumplimiento de una obligación de satisfacerle.

57 Más en concreto, el artículo 19 del Reglamento Roma II establece que, en ese supuesto, la cuestión de una eventual subrogación en los derechos de la víctima estará regulada por la ley aplicable a la obligación del tercero, a saber, la entidad aseguradora de la responsabilidad civil, de indemnizar a dicha víctima.

58 Así, la obligación de la entidad aseguradora de cubrir la responsabilidad civil del asegurado respecto a la víctima que se deriva del contrato de seguro celebrado con el asegurado y las condiciones en las que la entidad aseguradora puede ejercer los derechos de la víctima del accidente contra las personas responsables del accidente depende del Derecho nacional que regule el citado contrato de seguro, determinado con arreglo al artículo 7 del Reglamento Roma I.”

De todo lo anterior parece deducirse que el litigio debía haberse resuelto en aplicación de la ley estatal rectora del contrato de seguro entre Allianz y la víctima, que de los datos que constan en la sentencia parece ser la ley española⁷⁰.

V. La competencia judicial internacional como presupuesto del proceso

1. Para la acción subrogatoria

42. En el caso que nos sirve de guía en este trabajo, la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia para conocer del litigio no se cuestiona por la recurrente, pero la Audiencia

⁶⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Art. 19”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome I...*, op. cit., p. 604.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 605.

⁷⁰ Asimismo, parece que esa misma ley regulará la acción de repetición, STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y C-475/14, ECLI:EU:C:2016:40, apdo. 64.

Provincial de Barcelona, con acierto, se pronuncia sobre ella de manera explícita. También oportunamente se indica por parte de esta última que se trata de un presupuesto procesal que debe ser examinado de oficio por parte del juzgador⁷¹. A pesar de que la Audiencia no justifica la aplicación para determinar la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Rubí del Reglamento Bruselas I bis -porque omite cualquier referencia a su ámbito de aplicación-, es destacable que examine expresamente la aplicación de sus foros de competencia judicial internacional (FD núm. 4).

Se confirma por parte de la Audiencia la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia tras aplicar de manera correcta -respetando su orden jerárquico- los foros del Reglamento Bruselas I bis.

Dado que el fondo del litigio no recae sobre una materia contemplada en el art. 24 RBI bis la Audiencia Provincial indica que sus foros no son de aplicación.

Al no ser aplicables al litigio los foros de competencia exclusiva (art. 24 RBI bis) y no existir un acuerdo de sumisión entre las partes, la competencia del Juzgado de Primera Instancia deriva de la aplicación del foro del domicilio del demandado (art. 4.1 RBI bis) y, “subsidiariamente, el de la sumisión tácita (art. 26.1 RBI bis)”.

Al aplicarse el foro general del domicilio del demandado, la Audiencia no se plantea en sede de competencia judicial internacional la aplicación de los foros especiales y, por tanto, la naturaleza contractual o extracontractual del litigio⁷².

43. La determinación del concepto de materia delictual o cuasidelictual del Reglamento Bruselas I bis es importante ya que la argumentación servirá para determinar el concepto de obligación contractual y extracontractual que determinará la aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II para determinar la ley aplicable al fondo del litigio⁷³. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 19 Roma II para la subrogación de un tercero que ha satisfecho al acreedor en ejecución de la obligación extracontractual.

44. El Tribunal de Justicia ha interpretado el concepto de materia delictual o cuasidelictual del art. 7.1 letra b segundo guion RBI bis de manera residual, en el sentido de que comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual⁷⁴.

En relación a los litigios en los que intervienen empresas de seguros, el Tribunal de Justicia ha afirmado, respecto a la acción de reembolso, que cuando una parte que se ha subrogado *ex lege* en los derechos de la persona directamente perjudicada entabla una acción directa contra la entidad aseguradora del causante del accidente no son aplicables las disposiciones relativas al contrato de seguro que protegen a la parte débil⁷⁵.

Del mismo modo, considera extracontractual las acciones de regreso tras un accidente de tráfico, ejercitadas por la empresa que ha indemnizado a la víctima del accidente, por las que se solicita el reembolso de dicha indemnización a otra empresa de seguros, ya que no existe contrato entre las partes del litigio y la obligación del acreedor nace de la Ley⁷⁶.

⁷¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2020, p. 309.

⁷² Si la demanda se hubiera planteado ante el tribunal de un Estado distinto al del domicilio del demandado se hubiera planteado la aplicación de los foros previstos en los apartados 1 y 2 del art. 7 RBI bis. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera*, Fundación Mapfre. Madrid, 2012, pp. 165-166.

⁷³ STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y 475/14, apdo. 49.

⁷⁴ STJUE 13 marzo 2014, *Brogstetter*, C 548/12, EU:C:2014:148, apdos. 20 y 21. STJUE 18 julio 2013, *ÖFAB*, C 147/12, EU:C:2013:490, apdo. 32 y la jurisprudencia citada en dicho apartado.

⁷⁵ STJUE 17 septiembre 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse y WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG*, C-347/08, ECLI:EU:C:2009:561

⁷⁶ El Tribunal de Justicia calificó esta acción como extracontractual en interpretación de los Reglamentos Roma I y Roma II, véase sobre la interpretación de la Segunda Directiva (Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles la STJUE 24 julio 2003, *Messejana Viegas c. Seguros Zurich y Mitsubishi Portugal*,

45. La doctrina considera, respecto de la interpretación de los foros de responsabilidad extracontractual y de los relativos al contrato de seguro de la sección tres del Reglamento que, para las acciones de subrogación no son aplicables las disposiciones relativas a los contratos de seguro⁷⁷. A juicio de la doctrina la aseguradora que ejercita la acción de regreso contra el causante del daño entabla una acción relativa a una obligación extracontractual⁷⁸.

2. Para la acción directa

46. Las dificultades en la resolución de las cuestiones de Derecho Internacional Privado en los litigios relativos a los accidentes de tráfico no sólo se limitan a la determinación de la ley aplicable, sino que también afectan a la determinación de la competencia judicial internacional. La aplicación de los foros de la LOPJ en lugar de los previstos en las normas europeas se ha presentado en el caso mencionado resuelto por el Tribunal Supremo en 2021. En la sentencia de primera instancia el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cartagena considera que tiene competencia judicial internacional con base en el artículo 22 de la LOPJ en lugar de aplicar al caso el Reglamento 44/2001 en vigor en ese momento⁷⁹. La demanda de responsabilidad civil presentada el 29 de julio de 2011 por la damnificada y los herederos de los dos fallecidos (dos viudas de uno de los fallecidos y sus hijos personados y las tres viudas del otro de los fallecidos y sus 13 hijos) contra el conductor del vehículo y la compañía aseguradora cumplía con el ámbito de aplicación temporal, material y personal de aplicación del Reglamento europeo.

47. La aplicación de la norma de origen interno no cambia la resolución final ya que los tribunales españoles son competentes tanto en aplicación de la LOPJ, como de los dos Reglamentos europeos ya que los dos demandados (el conductor del vehículo y la compañía aseguradora están domiciliados en España.

VI. Conclusiones

Primera. La firma de convenios internacionales, que se ha planteado como una ventaja para evitar la relatividad de soluciones y el *forum shopping*, así como para potenciar la seguridad jurídica, no se produce en la práctica judicial española en materia de accidentes de circulación por carretera, y, en cambio prevalecen los inconvenientes por la falta de coordinación con el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea⁸⁰.

Segunda. El análisis de la práctica judicial española en esta materia confirma la necesidad de denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 ya que su vigencia en España aumenta la inseguridad jurídica y fomenta el *forum shopping* en los litigios en materia de responsabilidad extracontractual por accidentes en carretera.

C-166/02, ECLI:EU:C:2003:417 y STJUE 21 enero 2016, *ERGO*, C-359/14 y 475/14 ecli , apdo. 50 ECLI:EU:C:2016:40 para justificar la aplicación a estas acciones del foro del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis por A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 3606. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Las reclamaciones derivadas... op. cit.*, p. 166.

⁷⁷ H. HEISS, “Articles 10-11”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Commentary Vol III. Rome II Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2019, pp. 407-437, coner. p. 413.

⁷⁸ P. BLANCO-MORALES LIMONES, en A.-L. CALVO CARAVACA (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid. BOE., Madrid, 1994, p. 124.

⁷⁹ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho Reglamento era aplicable al caso ya que entró en vigor el 1 de marzo de 2002 y hasta su derogación por el Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20 de diciembre de 2012. Por tanto, debió ser aplicado hasta el 10 de enero de 2015 (artículo 81 RB I bis).

⁸⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 282.

Tercera. La complejidad de la determinación de la ley aplicable en España por la falta de una política convencional coherente ha justificado la no condena en costas en el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en diciembre de 2020. En dicho caso y en el resto de resoluciones analizadas se ha terminado aplicando al fondo del asunto una ley estatal distinta determinando una solución material completamente diferente. Se pone de manifiesto en esta materia que la falta de justicia conflictual impide la consecución de la justicia material.

Cuarta. La dificultad en la determinación de la norma aplicable reflejada en los casos estudiados demuestra que no faltan razones a la doctrina que ha recomendado la denuncia del Convenio de La Haya 1971 o la reforma el artículo 28 Roma II para otorgar preferencia a la aplicación de las normas en el contenidas en caso de que la residencia habitual de la persona cuya responsabilidad se invoca y de la víctima se encuentre en un Estado miembro en el momento de producirse el daño.

La doctrina española y europea es unánime en la afirmación de que la mejora de la regulación en esta materia requiere o que España denuncie el Convenio de la Haya como se ha pedido por la doctrina *internacionalprivatista* o que el legislador europeo modifique las normas de convivencia del Reglamento Roma II.

Quinta. La solución preferida de la doctrina es la de la denuncia, sin embargo, si ésta no se produjera sería conveniente reformar el artículo 28 Roma II para disponer la aplicación preferente del Reglamento en las relaciones que incumben únicamente a dos Estados miembros del mismo estableciendo no de manera abstracta su aplicación para las situaciones europeas sino para casos concretos, por ejemplo, si ambas partes tienen su domicilio o el accidente se ha producido en un Estado miembro del Reglamento o si un tribunal de la Unión es competente para conocer del litigio.

Esta recomendación se justifica también porque la correcta aplicación de las normas en esta materia requiere incluso que el operador jurídico examine el informe explicativo del Convenio de La Haya de 1971 para su correcta aplicación.

Sexta. La dialéctica entre el universalismo y el regionalismo no se ha solucionado correctamente en materia de accidentes de circulación por carretera. De los casos analizados se deduce la dificultad de los órganos judiciales españoles en la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado y en la resolución de las cuestiones de derecho internacional privado que plantean las reclamaciones de indemnización por accidentes de tráfico con elementos extranjero.

Attuazione delle sentenze della Corte EDU e tenuta del giudicato civile in Italia

Enforcement of ECtHR Judgments and respect of the principle of *res judicata* in civil matters in Italy

MICHELE GRASSI

*Ricercatore di diritto internazionale
nell'Università degli Studi di Milano*

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8946

Riassunto: Se l'ordinamento italiano prevede da tempo la possibilità di rimuovere gli effetti pregiudizievoli delle decisioni penali di condanna adottate in violazione dei diritti umani, più recente è l'introduzione di un motivo di revocazione della sentenza civile per contrasto con la CEDU. Il nuovo meccanismo revocatorio presenta, tuttavia, un ambito di applicazione particolarmente ristretto, cosicché, in molti casi, non è ancora possibile ottenere la riapertura del procedimento nazionale sebbene una sentenza della Corte di Strasburgo abbia accertato l'incompatibilità del giudicato civile con i diritti umani tutelati dalla CEDU. Il presente studio si interroga, allora, sull'esistenza di un obbligo di riapertura dei procedimenti civili nazionali quale conseguenza dell'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU, di cui all'art. 46 CEDU, letto alla luce del rapporto di responsabilità internazionale che sorge in conseguenza di un illecito.

Parole chiave: Sentenza civile contrastante con la CEDU, revocazione del giudicato, attuazione sentenze CEDU, art. 46 CEDU, responsabilità internazionale, obbligo di riparazione, *restitutio in integrum*.

Abstract: While the Italian legal system has long provided for the possibility of removing the prejudicial effects of criminal law decisions adopted in violation of human rights, the introduction of a ground for revoking a civil judgment for contravention of the ECHR is more recent. Nonetheless, the new revocation mechanism has a particularly narrow scope of application, so that, in many cases, it is still not possible to reopen national proceedings even though a ruling from the European Court of Human Rights (ECtHR) has finally established the incompatibility of the civil judgment in question with the human rights protected by the ECHR. This study investigates the possible existence of an obligation to reopen domestic civil proceedings as a consequence of the obligation to abide by the judgments of the ECtHR under Article 46 ECHR, considered in light of the rules on State responsibility for international wrongful acts.

Keywords: Civil judgment contrary to the ECHR, revision of judgment, enforcement of ECtHR judgments, Article 46 ECHR, State responsibility for international wrongful acts, Obligation to make reparation, *restitutio in integrum*.

Sumario: I. Introduzione. – II. L'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU e il meccanismo di controllo previsto dalla CEDU. – III. L'ordinamento italiano e la riapertura dei procedimenti giurisdizionali chiusi in via definitiva quale conseguenza dell'accertamento di una viola-

*El presente artículo anticipa un contributo dello stesso autore, in pubblicazione negli atti del 3° Convegno annuale del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

zione dei diritti CEDU. – 1. La riapertura dei procedimenti penali (brevi cenni). – 2. La riapertura dei procedimenti civili. – A) La Corte costituzionale e l'esclusione del rimedio revocatorio in caso di violazione della CEDU. – B) La nuova disciplina introdotta dall'art. 391-quater cod. proc. civ. – C) (segue): questioni aperte e problemi (ancora) irrisolti – IV. Le conseguenze e gli obblighi scaturenti dall'accertamento di una violazione dei diritti CEDU. – 1. Obbligo di cessazione dell'illecito. – 2. Obbligo di riparazione, tra *restitutio in integrum* ed equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU. – V. Possibili conseguenze dell'esistenza di un obbligo di cessazione e di riparazione delle conseguenze della violazione dei diritti umani nella prospettiva dell'ordinamento italiano.

I. Introduzione

1. A fronte della regola che condiziona la ricevibilità dei ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo («Corte EDU» o anche «Corte di Strasburgo») al previo esaurimento delle vie di ricorso interne¹, la violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («CEDU» o «Convenzione») molto spesso deriva o si cristallizza con la formazione di un giudicato nazionale incompatibile, nel suo contenuto o nei suoi effetti, con tali diritti. L'attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali delle sentenze della Corte di Strasburgo in cui sia accertata una violazione della Convenzione potrebbe, quindi, entrare in tensione con le regole processuali che, in tali ordinamenti, sanciscono la vincolatività e l'immutabilità del giudicato². Occorre, pertanto, interrogarsi se, al fine di conformarsi a tali sentenze, lo Stato sia tenuto a modificare o rimuovere il giudicato interno in contrasto con la CEDU³. Se, come vedremo, pare ormai pacifico che la risposta debba essere affermativa quando la violazione dei diritti umani sia in qualche modo connessa a una sentenza penale di condanna, la soluzione è più incerta quando venga in rilievo una sentenza civile o amministrativa.

2. Per meglio comprendere la rilevanza pratica del problema, può essere utile considerare due esempi concreti, relativi a due procedimenti che hanno coinvolto l'Italia e che sono attualmente all'esame del Comitato dei Ministri, organo del Consiglio di Europa cui, come noto, è demandato il controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte EDU.

¹ Art. 35 CEDU.

² Se è vero che le sentenze della Corte EDU producono efficacia di giudicato anzitutto sul piano del diritto internazionale, rendendo incontrovertibile l'accertamento relativo al carattere lesivo o non lesivo della condotta tenuta dallo Stato in causa e precludendo ogni futuro procedimento che abbia a oggetto la medesima materia del contendere, è altrettanto pacifico che le stesse possano produrre effetti anche all'interno degli ordinamenti nazionali. Ciò vale anche per l'ordinamento italiano, che pure adotta una prospettiva dualista: gli organi dello Stato, inclusi gli organi giurisdizionali, sono tenuti a dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU, cioè, ad assicurare la cessazione della violazione, la rimozione delle sue conseguenze e la non ripetizione della stessa. Da un lato, infatti, l'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte EDU – previsto all'art. 46 CEDU – spiega i suoi effetti all'interno dell'ordinamento italiano in forza dell'ordine di esecuzione che ha veicolato l'adattamento della convenzione (legge 4 agosto 1955, n. 848, in *Gazz. Uff.*, n. 221 del 24 settembre 1955, con le modifiche apportate negli anni dalle leggi di autorizzazione e ratifica dei diversi protocolli alla convenzione, tra cui, da ultimo la legge 14 gennaio 2021, n. 11, *ivi*, n. 34 del 10 febbraio 2021). Dall'altro lato, come vedremo più sotto, gli obblighi secondari derivanti dall'accertamento dell'illecito internazionale potrebbero sortire effetti all'interno del nostro ordinamento anche in forza dell'art. 10 Cost.

³ In questo senso, già nel 2000 il Comitato dei ministri aveva invitato gli Stati membri a istituire dei meccanismi di revisione dei processi nazionali, al fine di porre rimedio alle violazioni dei diritti umani accertate dalla Corte EDU, cfr. raccomandazione 19 gennaio 2000, n. R(2000)2. Il tema è da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina, v., senza pretesa di completezza, S.L. VITALE, *Violazione della CEDU e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, p. 1259 ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *The effects of judgments of the European Court of Human Rights on the Final Decisions of Domestic Courts: Recent Developments in the Italian Case Law*, in *Italian Yearbook of International Law Online*, 2019, p. 159 ss.; D. MAURI, *Il «mito» del giudicato civile e amministrativo alla prova degli obblighi internazionali di restitutio in integrum*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 487 ss.; G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, 2009, spec. pp. 258-275; A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 618 ss.; K. PILKOV, *Reopening Cases Following Judgments of the European Court of Human Rights: Room for a European Consensus?*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, 2022, p. 2 ss.

3. Il primo caso riguarda la sentenza *Zhou c. Italia*, in cui la Corte EDU ha accertato una violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto alla vita privata e familiare)⁴. Nel dare alla luce il proprio figlio, la sig.ra Zhou veniva colpita da una grave ischemia, che la costringeva a letto per diverse settimane; non essendo conosciuta l'identità del padre, durante la convalescenza della donna il minore veniva preso in carico dai servizi sociali e collocato in una casa-famiglia. Una volta dimessa dall'ospedale, la sig.ra Zhou decideva di trasferirsi in un'altra città insieme al figlio. Durante i turni di lavoro della madre, il bambino era affidato a una coppia di vicini, sulle cui reali intenzioni i servizi sociali nutrivano seri dubbi; sospettavano, infatti, che la coppia avesse pagato la donna per poter custodire il minore in sua assenza. Il procuratore della Repubblica, verificati i sospetti e appurato che – anche a causa delle conseguenze dell'ischemia subita durante il parto – la sig.ra Zhou non era in grado di occuparsi del figlio, né di provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione, chiedeva al tribunale dei minorenni di avviare la procedura di adottabilità del bambino. Nel mentre, il minore veniva collocato in una famiglia affidataria e alla madre era accordato un diritto di visita. Trascorso qualche mese, il tribunale dei minorenni dichiarava lo stato di adottabilità del minore, disponendo l'interruzione dei rapporti tra il figlio e la madre. Quest'ultima, dopo aver inutilmente impugnato il provvedimento al fine di vedersi riconosciuto quantomeno un diritto di visita, proponeva ricorso alla Corte EDU per violazione dell'art. 8 CEDU. La Corte EDU accoglieva il ricorso, riconoscendo una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare della sig.ra Zhou, e le accordava, ai sensi dell'art. 41 CEDU (su cui torneremo *infra* al § 4.2), un'equa soddisfazione pari a € 40.000.

4. Il secondo caso riguarda la sentenza *Beg s.p.a. c. Italia*, in cui la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 6 CEDU (diritto a un equo processo)⁵. Nel corso di una procedura arbitrale, avente ad oggetto l'azione per l'accertamento di un inadempimento contrattuale e per il risarcimento dei relativi danni – quantificati in circa € 130 milioni – la società attrice, Beg s.p.a., veniva a conoscenza del fatto che l'arbitro nominato dalla società convenuta aveva in passato ricoperto il ruolo di consigliere di amministrazione di quest'ultima e, anche in pendenza di arbitrato, aveva prestato assistenza legale ad altre società del gruppo cui apparteneva la convenuta. Il ricorso presentato per la ricusazione dell'arbitro in questione veniva, tuttavia, rigettato poiché, nel mentre, il collegio aveva emesso il lodo (in cui, peraltro, la società Beg s.p.a. risultava soccombente). In seguito a ulteriori vicende processuali su cui non è necessario soffermarsi, l'attrice agiva in giudizio per fare accertare l'inesistenza o, in subordine, la nullità del lodo, lamentando il difetto di imparzialità del collegio arbitrale. La Corte di appello competente rigettava l'impugnazione e la decisione veniva confermata dalla Corte di cassazione. La Beg s.p.a. ricorreva allora alla Corte EDU, lamentando una violazione del diritto a un equo processo. La Corte EDU accoglieva il ricorso e accordava, ai sensi dell'art. 41 CEDU, un'equa soddisfazione pari a € 51.000.

5. In entrambi i casi, con tutta evidenza, l'interesse dei ricorrenti all'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo non si esaurisce nella corresponsione delle somme accordate dalla Corte a titolo di equa soddisfazione, ma risiede, piuttosto, nel ripristino dei diritti umani violati; ripristino che rimane giuridicamente impossibile fintanto che continuino a produrre efficacia di giudicato le decisioni giurisdizionali che hanno prodotto (nel caso della sig.ra Zhou) o cristallizzato (nel caso della Beg s.p.a.) le rispettive violazioni.

II. L'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU e il meccanismo di controllo previsto dalla CEDU

6. L'art. 46 CEDU sancisce l'obbligo per gli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze pronunciate dalla Corte EDU sulle controversie nelle quali essi sono parti. La stessa disposizione prevede, poi, un articolato procedimento, introdotto dal 14° protocollo alla CEDU⁶, attraverso cui il Comitato

⁴ Sent. Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. n. 33773/11.

⁵ Sent. Corte EDU, 20 maggio 2021, *Beg s.p.a. c. Italia*, ric. n. 5312/11.

⁶ Protocollo n. 14 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, che emenda il sistema di controllo della Convenzione, del 13 maggio 2004, entrato in vigore il 1° giugno 2010.

dei Ministri – organo «decisionale» del Consiglio di Europa, in cui siedono i ministri degli esteri degli Stati membri o i loro rappresentanti permanenti – vigila sull'esecuzione delle sentenze, prevedendo altresì che, in caso di difficoltà nell'interpretazione della sentenza ovvero in caso di rifiuto dello Stato di conformarsi alla stessa, il Comitato stesso possa adire nuovamente la Corte EDU, affinché questa si pronunci sulla questione di interpretazione o sull'adempimento da parte dello Stato all'obbligo di conformarsi alla decisione in questione.

7. Laddove la Corte EDU accerti una violazione dei diritti umani tutelati dalla Convenzione, l'obbligo di conformarsi alla sentenza si sostanzia nell'obbligo di cessazione dell'illecito – cioè, della violazione della Convenzione, laddove essa abbia carattere continuato – e nell'obbligo di riparazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito, così da ripristinare per quanto possibile la situazione esistente prima della violazione⁷. Questi, come vedremo, sono gli stessi obblighi che già in base al diritto internazionale generale sorgono di regola in capo allo Stato responsabile di un illecito internazionale⁸.

8. L'art. 41 CEDU prevede poi che, laddove il diritto interno dello Stato non consenta la rimozione integrale delle conseguenze della violazione, la Corte di Strasburgo possa accordare alla parte lesa un'«equa soddisfazione». Anche su questa disposizione, centrale per il nostro discorso, torneremo meglio più avanti.

9. Di regola, gli Stati contraenti sono liberi di individuare, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, le misure non pecuniarie più idonee all'adempimento dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte EDU⁹. Tuttavia, negli anni, al fine di favorire l'adempimento di tale obbligo da parte dello Stato convenuto, la Corte ha iniziato a indicare – non a «ordinare», giacché la lettera della convenzione non le attribuisce espressamente tale potere – il tipo di misura non pecuniaria che potrebbe o dovrebbe essere adottata per porre fine alla violazione o per riparare le conseguenze pregiudizievoli della stessa (le c.d. «misure individuali»). Se possibile, la Corte propone più opzioni, lasciando la scelta della misura da adottare alla discrezione dello Stato interessato. Tuttavia, ove la natura della violazione riscontrata non lasci reali margini di scelta, la Corte può decidere di indicare una sola misura rimediale¹⁰. Nonostante la Corte EDU abbia sempre mantenuto un atteggiamento molto prudente – che si riflette nell'impiego di un lessico volutamente non precettivo – tale prassi comporta una evidente compressione della discrezionalità degli Stati nella scelta delle modalità da seguire per conformarsi al giudicato di Strasburgo; tutto ciò a fronte dell'apparente assenza di una base normativa che giustifichi l'indicazione di misure individuali¹¹.

⁷ Cfr. *infra* § 4.

⁸ Come già individuati dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella sent. 13 settembre 1928, *Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for indemnity) (Merits)*, in *P.C.J.I. Publications*, Series A, n. 17, p. 28, e poi codificati dalla Commissione del diritto internazionale negli artt. 28-31 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, II, parte II, p. 28 ss.

⁹ È comune la notazione nella giurisprudenza della Corte EDU secondo cui le sentenze della stessa hanno natura dichiarativa (eccezion fatta, ovviamente, per ciò che riguarda la condanna al pagamento dell'equa soddisfazione, di cui all'art. 41 CEDU), cfr., *ex multis*, sent. Corte EDU, 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*, ric. n. 46221/99, punto 210. Cfr. V. ESPOSITO, *La liberté des États dans le choix des moyens de mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, p. 823 ss.

¹⁰ La giurisprudenza sul tema è molto ampia, cfr., senza pretesa di completezza, sent. Corte EDU, 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*, ric. n. 71503/01, punto 203; 22 dicembre 2008, *Aleksanyan c. Russia*, ric. n. 46468/06, punto 239; 30 giugno 2009, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera (no. 2)*, ric. n. 32772/02, punto 88; 2 marzo 2010, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, ric. n. 61498/08, punto 171; 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, ric. n. 27765/09, punti 209-211; 7 giugno 2022, *Taganrog Lro et al. c. Russia*, ric. nn. 32401/10 e 3488/11, punto 290.

¹¹ Cfr., *ex multis*, M.L. PADELLETTI, *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo tra valori e formalismi*, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori, Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, p. 412; G. CATALDI, *La mise en œuvre des décisions des tribunaux internationaux dans l'ordre interne*, in *Recueil des Cours*, t. 386, 2017, pp. 404-405; P. PIRRONE, *Art. 46*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 750; V. COLANDREA, *On the power of the European Court of Human Rights to order specific non-monetary measures: some remarks in light of the Assanidze, Broniowski and, Sejdicovic cases*, in *Human Rights Law Review*, 2007, p. 397 ss.; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, p. 70 ss. Merita, su questo punto, di essere

10. Senza poterci soffermare in questa sede sulle ragioni che giustificano l'indicazione di misure individuali da parte della Corte, ai fini del nostro discorso è utile sottolineare che tale indicazione non fa sorgere un nuovo obbligo per lo Stato la cui condotta sia stata giudicata contraria ai diritti tutelati dalla CEDU, ma si limita a sostanziare le modalità concrete attraverso cui adempiere agli obblighi che già per effetto dell'art. 46 par. 1 CEDU incombono su quest'ultimo. Per converso, non è possibile ricavare dalla mancata indicazione di tali misure l'assenza di un obbligo conformativo alla sentenza, che comunque persiste in base alla disposizione convenzionale appena menzionata, né, tantomeno, l'assenza degli obblighi secondari che conseguono alla responsabilità dello Stato in base al diritto internazionale generale.

III. L'ordinamento italiano e la riapertura dei procedimenti giurisdizionali chiusi in via definitiva quale conseguenza dell'accertamento di una violazione dei diritti CEDU

11. Il nostro ordinamento prevede da tempo la possibilità di rimuovere gli effetti pregiudizievoli delle decisioni penali di condanna adottate in violazione dei diritti umani. Più recente, invece, è l'introduzione di un motivo di revocazione della sentenza civile per contrasto con la CEDU; si è, infatti, dovuto attendere un intervento esplicito del legislatore sul punto, giacché, come vedremo, diversamente da quanto è avvenuto con riferimento alla riapertura dei procedimenti penali, la Corte costituzionale aveva escluso che dal sistema della Convenzione si potesse ricavare un obbligo internazionale che imponesse la riconsiderazione del giudicato civile. Ciononostante, come vedremo, la novella legislativa non ha risolto tutte le criticità. Nelle pagine che seguono, pertanto – dopo alcuni brevi cenni ai meccanismi di rimozione degli effetti pregiudizievoli del giudicato penale incompatibile con la Convenzione –, ci soffermeremo sulle problematiche attinenti alla riapertura dei procedimenti civili¹².

1. La riapertura dei procedimenti penali (breve cenni)

12. Come detto, il problema della tenuta del giudicato nazionale a fronte di una sentenza della Corte EDU che accerti la violazione dei diritti umani tutelati dalla Convenzione si è posto anzitutto con riferimento ai procedimenti penali. In tale contesto, e in più occasioni, la Corte di Strasburgo non ha mostrato esitazioni nell'intimare la riapertura del procedimento penale da cui era scaturita la lesione dei diritti umani, sull'assunto che la rinnovazione del giudizio fosse l'unica misura idonea a garantire la riparazione di tali diritti¹³. Già nel 2000, peraltro, il Comitato dei ministri aveva invitato gli Stati mem-

menzionata la posizione espressa dal giudice Serghides nell'opinione concorrente alla sentenza 14 marzo 2023, *Georgiou c. Grecia*, ric. n. 57378/18, secondo cui il potere della Corte di indicare misure individuali deriverebbe dal dovere della stessa Corte di contribuire alla «implementazione» (e non già all'«esecuzione») delle sue sentenze: al fine di garantire l'effettività della tutela dei diritti umani e del sistema CEDU nel suo complesso la Corte avrebbe il compito di esprimersi in modo chiaro, così da assistere gli Stati nell'individuazione delle modalità concrete per porre fine alla violazione e garantire la riparazione delle conseguenze della stessa. Interessante notare come, diversamente dal sistema CEDU, l'art. 63 par. 1 della Convenzione americana dei diritti umani, fatta a San José de Costa Rica il 22 novembre 1969, attribuisca alla Corte interamericana dei diritti umani il potere di indicare le misure riparatorie (anche non pecuniarie) che lo Stato è tenuto ad adottare per rimediare alla violazione dei diritti accertata, cfr. sul punto F. NOVAK, *The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Recueil des Cours*, t. 392, 2017, p. 9 ss.; P. PIRRONE, *Sui poteri della Corte interamericana in materia di responsabilità per violazione dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 940 ss.

¹² Non ci occuperemo, nel dettaglio, della riapertura dei procedimenti amministrativi, per cui si rinvia all'approfondita analisi condotta nel recente studio di E. ROMANI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nella giustizia amministrativa*, Torino, 2023. In questa sede può, tuttavia essere utile ricordare che nel nostro ordinamento la disciplina della revocazione del giudicato amministrativo è mutuata dalla disciplina della revocazione civile: per la definizione dei casi e dei modi della revocazione delle sentenze dei tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, infatti, l'art. 106 cod. proc. amm. rinvia agli artt. 395 e 396 cod. proc. civ. Di conseguenza, parte delle considerazioni che svolgeremo con riguardo alla revocazione del giudicato civile potrebbero estendersi – *mutatis mutandis* – anche alla revocazione del giudicato amministrativo, fatto salvo quanto diremo *infra* al § 3.2.2 con riguardo al nuovo motivo di revocazione convenzionale recentemente introdotto dal legislatore italiano all'art. 391-*quater* cod. proc. civ., che, in ragione della sua collocazione al di fuori delle disposizioni richiamate dall'art. 106 cod. proc. amm. non può trovare applicazione con riguardo al giudicato amministrativo.

¹³ Cfr., senza pretesa di completezza, sent. Corte EDU, 24 marzo 2003, *Gençel c. Turchia*, ric. n. 53431/99, punto 27; 29 gennaio

bri a istituire dei meccanismi di revisione del giudicato interno, evidenziando che «it is primarily in the field of criminal law that the re-examination of a case, including the reopening of proceedings, is of the greatest importance»¹⁴.

13. Ad oggi, la grande maggioranza degli Stati parti della CEDU prevede la possibilità di riaprire i procedimenti penali¹⁵. Per quanto riguarda il nostro ordinamento, la possibilità di ottenere la revisione della sentenza penale di condanna a seguito dell'accertamento da parte della Corte di Strasburgo di una violazione della Convenzione era stata introdotta in via pretoria dalla Corte costituzionale nel caso *Dorigo*, con la sentenza n. 113 del 7 aprile 2011¹⁶. Nello specifico, la Consulta era intervenuta con una pronuncia additiva, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen. – che reca, per l'appunto, la disciplina della revisione della sentenza penale di condanna – per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione al parametro interposto dell'art. 46 CEDU, nella parte in cui tale disposizione non prevedeva, quale motivo di revisione della sentenza penale, il contrasto tra il giudicato nazionale e una decisione definitiva della Corte di Strasburgo con la quale fosse stata accertata una violazione della Convenzione. La Corte costituzionale era pervenuta a tale conclusione, muovendo dal rilievo secondo cui, in base a una giurisprudenza ormai consolidata delle Corte EDU¹⁷, l'obbligo di conformarsi alle sentenze di Strasburgo comportasse anche «l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi ... quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione». In particolare, secondo il giudice delle leggi, «pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona»¹⁸.

2004, *Tahir Duran c. Turchia*, ric. n. 40997/98, punto 23; 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*, ric. n. 71503/01, paragrafi 199-201; 10 novembre 2004, *Somogyi c. Italia*, ric. n. 67972/01, punto 86; 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*, ric. n. 46221/99, punto 210; 9 giugno 2005, *R.R. c. Italia*, ric. n. 42191/02, punto 76; 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, ric. n. 56581/00, punto 126; 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ric. n. 10249/03, punti 150-154; 13 dicembre 2011, *Ajdaric c. Croazia*, ric. n. 20883/09, punto 63.

¹⁴ Comitato dei Ministri, 19 gennaio 2000, raccomandazione n. R (2000) 2, spec. *Explanatory memorandum*, par. 10.

¹⁵ Secondo uno studio condotto nel 2015 dal Comitato di esperti per la riforma della Corte EDU (*Overview of the Exchange of Views Held at the 8th Meeting of DH-GDR*, DH-GDR (2015)008 Rev, 12 febbraio 2016, p. 4), a tale data trentatré Stati parti della CEDU permettevano la riapertura dei procedimenti penali al fine di rimediare alle violazioni dei diritti umani accertate dalla Corte di Strasburgo. Secondo un più recente *thematic factsheet*, pubblicato nell'ottobre 2022 dal Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte EDU (*Reopening of Domestic Judicial Proceedings Following the European Court's Judgments*, <https://www.coe.int/en/web/execution/-/new-thematic-factsheet-on-reopening-of-domestic-judicial-proceedings-following-the-european-court-s-judgments>), la riapertura dei procedimenti penali a seguito dell'accertamento di una violazione dei diritti umani è ormai previsto dalla quasi totalità degli Stati parti della Convenzione.

¹⁶ Cfr. F.M. PALOMBINO, *Nota*, in *Italian Yearbook of International Law Online*, 2011, p. 375 ss. La stessa questione era già stata sottoposta alla Corte cost. qualche anno prima, ma in tale occasione il giudice delle leggi si era limitato a rivolgere un invito al legislatore affinché individuasse un punto di equilibrio tra l'esigenza di dare attuazione alle sentenze della Corte EDU e l'esigenza di assicurare stabilità e certezza al giudicato penale, cfr. sent. Corte cost., 30 aprile 2008 n. 129.

¹⁷ Cfr. *supra* alla nota 13.

¹⁸ Sent. Corte cost., 7 aprile 2011 n. 113 cit., punto 8 cons. in diritto. Secondo la Corte, peraltro, la necessità della riapertura del processo doveva essere valutata «oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata» anche avendo riguardo «alle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza “interpretativa” eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU». La Corte di Cassazione ha successivamente chiarito che il motivo di revisione del giudicato introdotto dalla Corte costituzionale poteva trovare applicazione solo nei confronti dei soggetti che fossero stati parti nel procedimento davanti alla Corte EDU da cui era scaturita la sentenza che accertava una violazione dei diritti umani, con ciò escludendo ogni possibile beneficio per coloro i quali, pur versando nella medesima situazione sostanziale, non avessero proposto ricorso a Strasburgo (i c.d. «fratelli minori»), eccezione fatta per il caso in cui la sentenza della Corte di Strasburgo avesse rilevato una carenza strutturale dell'ordinamento italiano da superare mediante una riforma di valenza generale; cfr. Cass., sez. I, 11 ottobre 2016 n. 44193, in *Cass. pen.* 2017, p. 1374 ss.; sez. I, 10 aprile 2017 n. 53610, in *dejure.it*; s.u., 3 marzo 2020 n. 8544, in *Cass. pen.* 2020, p. 2259 ss.; cfr. anche D. MAURI, *An only child without «younger brothers»: Contrada v. Italy (no. 3) and the never-ending saga of the relationship between Italian courts and the ECtHR*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2021, p. 481 ss.

14. Nel 2022, in occasione di una più ampia riforma del processo penale¹⁹, il legislatore ha, infine, introdotto l'art. 628-*bis* cod. proc. pen., rubricato «Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della [CEDU]»²⁰. A norma di tale disposizione, laddove il condannato o la persona sottoposta a misura di sicurezza abbia proposto ricorso per l'accertamento di una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e la Corte EDU abbia accolto con decisione definitiva il ricorso, questi può ottenere dalla Corte di Cassazione la revocazione della sentenza penale di condanna (o del decreto penale di condanna), la riapertura del procedimento o, comunque, l'adozione dei provvedimenti necessari per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione della CEDU.

2. La riapertura dei procedimenti civili

15. Il problema si pone in termini diversi e più complessi nelle ipotesi in cui la violazione dei diritti umani accertata dalla Corte di Strasburgo derivi da (o si sia cristallizzata in) una sentenza civile. Sebbene, infatti, nell'imporre l'obbligo per gli Stati di conformarsi alle sentenze pronunciate nelle controversie in cui essi sono parte, l'art. 46 CEDU non operi alcuna distinzione in ragione dell'atto statale da cui sia scaturita la violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione, nei casi in cui la rimozione delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito richiederebbe la riforma del giudicato civile, la Corte EDU ha tenuto un atteggiamento più cauto o, se si vuole, più aperto alle diverse soluzioni accolte dagli ordinamenti degli Stati parti della Convenzione.

16. Da un lato, infatti, laddove il diritto processuale dello Stato in causa già ammette la possibilità di revocare il giudicato interno contrastante con la CEDU²¹, la Corte – pur affermando l'assenza di un proprio potere di intimare la riapertura dei procedimenti nazionali²² – ha confermato che l'adozione di tale misura rappresenta la modalità più adeguata a riparare la violazione dei diritti umani oggetto di accertamento. Nella maggior parte dei casi, tali considerazioni sono incluse nel capo della sentenza relativo all'applicazione dell'art. 41 CEDU. In genere, infatti, dopo aver attestato l'esistenza, nell'ordinamento dello Stato convenuto, dei meccanismi processuali che consentono una riconsiderazione del giudicato nazionale, i giudici di Strasburgo invitano il ricorrente a servirsi di tale rimedio, in luogo della corresponsione di un'equa soddisfazione per i danni patrimoniali patiti²³.

¹⁹ D.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. n. 38 al n. 243 del 17 ottobre 2022.

²⁰ Su cui, cfr. S. LONATI, *Richieste per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 4, 2022, p. 38 ss.; ID., *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, Padova, 2023; M. ARLEO, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte e.d.u.*, in *Processo penale e giustizia*, fasc. straordinario, 2023, p. 53 ss.

²¹ Come nel caso dell'ordinamento albanese (art. 494(ë) cod. proc. civ.), armeno (art. 241(1) cod. proc. civ.), azero (art. 431(1-4) cod. proc. civ.), bosniaco (art. 264a cod. proc. civ.), bulgaro (art. 231(1) cod. proc. civ.), croato (§ 428a cod. proc. civ.), estone (§ 702(2)(8) cod. proc. civ.), francese (art. L 452-1 cod. org. giud.), lettone (art. 479 cod. proc. civ.), lituano (art. 366(1)(I) cod. proc. civ.), macedone (art. 400 cod. proc. civ.), moldavo (art. 449(h) cod. proc. civ.), norvegese (§ 31-4(b) cod. proc. civ.), portoghese (art. 771(1)(f) cod. proc. civ.), rumeno (art. 509(1)(10) cod. proc. civ.), russo (art. 392(2)(2) cod. proc. civ.), serbo (art. 426 cod. proc. civ.), slovacco (§ 228(1)(d) cod. proc. civ.), spagnolo (art. 510(2) cod. proc. civ.), svizzero (art. 328(2) cod. proc. civ.), tedesco (§ 580(8) ZPO), turco (art. 375 cod. proc. civ.) e ucraino (art. 111-16 cod. proc. comm.). Altri ordinamenti, più genericamente, prevedono la possibilità di revocare il giudicato civile in circostanze eccezionali, tra cui, in genere, è ricompresa l'ipotesi in cui una sentenza della Corte di Strasburgo abbia accertato una violazione della Convenzione. È questo il caso, ad esempio, dell'ordinamento danese (art. 399(3) legge amm. giust.) e neerlandese (artt. 382-389 cod. proc. civ.).

²² V., *ex multis*, sent. *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera (no. 2)*, punto 89; sent. Corte EDU, 5 febbraio 2015, *Bochan c. Ucraina (no. 2)*, ric. n. 22251/08, punto 57; 5 ottobre 2017, *Aviakompaniya A.T.I., Zat c. Ucraina*, ric. n. 1006/07, punto 30; 1° giugno 2023, *Aykhon Akhundov c. Azerbaijan*, ric. n. 43467/06, punto 119

²³ Cfr. sul punto D. MAURI, *Il «mito» del giudicato civile e amministrativo alla prova degli obblighi internazionali di restituito in integrum*, *op. cit.*, p. 499 s. L'indicazione della riapertura dei procedimenti nazionali non è, invece, alternativa alla corresponsione di un'equa soddisfazione per i danni morali eventualmente subiti dal ricorrente. La giurisprudenza della Corte EDU sul punto è molto ampia: v., senza pretesa di completezza, con riferimento all'Armenia, sent. Corte EDU, 20 dicembre 2007, *Paykar Yev Haghtanak Ltd c. Armenia*, ric. n. 21638/03, punto 58; con riferimento alla Bosnia ed Erzegovina, sent. Corte EDU, 14 gen-

17. Più raramente, la Corte ha preso in considerazione la misura ripristinatoria in esame all'interno del capo della sentenza dedicato all'applicazione dell'art. 46 CEDU (cioè ai fini dell'indicazione di una misura individuale o generale)²⁴. Una particolare menzione merita la sentenza *Aviakompaniya A.T.I., Zat c. Ucraina*, in cui la Corte EDU ha trattato della riapertura dei procedimenti civili al fine di risolvere una questione preliminare relativa all'ammissibilità del ricorso, a fronte della richiesta del governo ucraino di cancellare la causa dal ruolo sulla base di una dichiarazione unilaterale dello stesso governo, con cui quest'ultimo aveva riconosciuto l'esistenza della violazione dei diritti umani lamentata dal ricorrente. La Corte, nel rigettare la richiesta del governo e nel dichiarare ammissibile il ricorso, ha affermato che «were a violation of the Convention alleged in the present case to be established, the appropriate form of redress would, in principle, be to provide the applicant with a possibility to request the reopening of proceedings. (...) In this connection the Court welcomes the fact that Ukraine, in line with its obligation to abide by the Court's final judgments, has established a procedure which allows for the examination of the question of whether reopening of proceedings is warranted in particular cases where the Court, in its judgment, has found a violation of the Convention. This demonstrates Ukraine's commitment to the Convention and to the Court's case-law. However, the Court finds that it cannot be said with similar degree of certainty that such a procedure would be available were the Court to accept the Government's unilateral declaration and strike the case out of its list»²⁵. La Corte di Strasburgo ha, quindi, dichiarato ammissibile il ricorso, poiché ha ritenuto che solo una pronuncia sul merito dello stesso avrebbe consentito di attivare i meccanismi processuali previsti dal diritto nazionale, che avrebbero permesso una piena riparazione della violazione dei diritti umani subita dal ricorrente.

18. Nella sentenza *Bochan c. Ucraina (n. 2)* la Corte EDU è stata, invece, chiamata a giudicare della violazione del diritto a un equo processo nell'ambito di un procedimento di revocazione del giudi-

naio 2020, *Lazarević c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 29422/17, punto 39; 4 ottobre 2022, *Pinkas et al. c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 8701/21, punto 74; con riferimento alla Bulgaria, sent. Corte EDU, 2 dicembre 2010, *Putter c. Bulgaria*, ric. n. 38780/02, punto 62; 15 luglio 2014, *Tsvetelin Petkov c. Bulgaria*, ric. n. 2641/06, punto 63; 13 luglio 2021, *Todorov et al. c. Bulgaria*, ric. n. 50705/11, punto 321; 26 settembre 2023, *Yordanov et al. c. Bulgaria*, ric. nn. 265/17 e 26473/18, punto 148; con riferimento alla Croazia, sent. Corte EDU 21 giugno 2011, *Bulfracht Ltd c. Croazia*, ric. n. 53261/08, punto 46; 18 ottobre 2011, *Šarić et al. c. Croazia*, ric. n. 38676/07 et al., punto 44; 29 maggio 2012, *Bjedov c. Croazia*, ric. n. 42150/09, punto 78; 18 luglio 2013, *Brežec c. Croazia*, ric. n. 7177/10, punto 57; 19 settembre 2013, *Stojanović c. Croazia*, ric. n. 23160/09, punto 80; 31 ottobre 2013, *Jačimović c. Croazia*, ric. n. 22688/09, punto 55; 5 febbraio 2015, *Čikanović c. Croazia*, ric. n. 27630/07, punto 66; 2 aprile 2015, *Pavlović c. Croazia*, ric. n. 13274/11, punto 58; 28 giugno 2016, *Jakelić c. Croazia*, ric. n. 22768/12, punto 60; 28 giugno 2016, *Radomilja et al. c. Croazia*, ric. n. 37685/10, punto 67; 11 ottobre 2016, *Zubac c. Croazia*, ric. n. 40160/12, punto 48; 28 marzo 2017, *Marunić c. Croazia*, ric. n. 51706/11, punto 76; 4 aprile 2017, *Lovrić c. Croazia*, ric. n. 38458/15, punto 77; 7 settembre 2017, *Ezgeta c. Croatia*, ric. n. 40562/12, punto 49; 25 novembre 2021, *Baljak et al. c. Croazia*, ric. n. 41295/19, punto 50; 16 dicembre 2021, *Grbac c. Croazia*, ric. n. 64795/19, punto 138 (v. però la sentenza 6 ottobre 2016, *S.L. e J.L. c. Croazia*, ric. n. 13712/11, punti 16-17, ove la Corte ha ritenuto che la riapertura del procedimento civile nazionale avrebbe inutilmente protratto il contenzioso, non garantendo un'effettiva protezione dei diritti umani violati nel caso specifico e ha quindi deciso di accordare un'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU); con riferimento alla Romania, sent. Corte EDU, 26 gennaio 2006, *Lungoci c. Romania*, ric. n. 62710/00, punto 56; 31 gennaio 2012, *Sindicatul "Păstorul Cel Bun" c. Romania*, ric. n. 2330/09, punto 92; 5 aprile 2016, *Guță Tudor Teodorescu c. Romania*, ric. n. 33751/05, punto 57; 23 aprile 2019, *Elisei-Uzun e Andonie c. Romania*, ric. n. 42447/10, punto 78; con riferimento alla Russia, sent. Corte EDU, 31 maggio 2016, *Gankin et al. c. Russia*, ric. n. 2430/06 et al., punto 50; con riferimento alla Spagna, sent. Corte EDU, 18 giugno 2019, *Haddad c. Spagna*, ric. n. 16572/17, punti 76-80; 14 settembre 2021, *Inmobilizados y Gestiones S.L. c. Spagna*, ric. n. 79530/17, punto 45; con riferimento alla Turchia, sent. Corte EDU, 27 novembre 2018, *Mikail Tüzün c. Turchia*, ric. n. 42507/06, punto 29; con riferimento all'Ucraina, sent. Corte EDU, 3 maggio 2007, *Bochan c. Ucraina (n. 1)*, ric. n. 7577/02, punto 97.

²⁴ A quanto consta, l'unico caso in cui la Corte EDU ha trattato della riapertura dei processi civili nel capo della sentenza relativo all'applicazione dell'art. 46 è la sent. *Aykhan Akhundov c. Azerbaijan*, punti 118-123. In tale sentenza, peraltro, la Corte di Strasburgo non indica, in modo univoco, la riapertura del procedimento nazionale, pur consentita dal diritto processuale aze-ro, ma osserva che «it will be the task of the competent domestic court, should it be seized of a reopening request, to evaluate all circumstances of the case and to choose the appropriate means to ensure the maximum possible reparation. This would then be subject to supervision by the Committee of Ministers which is better placed than the Court to assess the specific measures taken (...) Any such domestic proceedings should, however, be compatible with the conclusions and spirit of the Court's judgment». Nella già citata sent. *Lungoci c. Romania*, invece, la Corte di Strasburgo, pur trattando della possibilità di riaprire il procedimento nazionale nel capo relativo all'art. 41 CEDU, ribadisce l'obbligo dello Stato di rescindere il giudicato civile, su richiesta del ricorrente, nel dispositivo della sentenza, al punto 3(a).

²⁵ Sent. *Aviakompaniya A.T.I., Zat c. Ucraina*, punti 35-37, enfasi aggiunta.

cato civile nazionale, conseguente, per l'appunto, a una precedente sentenza della stessa Corte. I giudici di Strasburgo hanno così avuto occasione di osservare che «*it is for the Contracting States to decide how best to implement the Court's judgments without unduly upsetting the principles of res judicata or legal certainty in civil litigation, in particular where such litigation concerns third parties with their own legitimate interests to be protected. Furthermore, even where a Contracting State provides for the possibility of requesting a reopening of terminated judicial proceedings on the basis of a judgment of the Court, it is for the domestic authorities to provide for a procedure to deal with such requests and to set out criteria for determining whether the requested reopening is called for in a particular case (...)* However, the foregoing considerations should not detract from the *importance*, for the effectiveness of the Convention system, of ensuring *that domestic procedures are in place which allow a case to be revisited* in the light of a finding that the safeguards of a fair trial afforded by Article 6 have been violated. On the contrary, *such procedures may be regarded as an important aspect of the execution of its judgments* as governed by Article 46 of the Convention and *their availability demonstrates a Contracting State's commitment to the Convention* and to the Court's case-law»²⁶. In questa sentenza, dunque, la Corte sembra suggerire che, se è pur vero che gli Stati parti conservano uno spazio di libertà nella definizione delle condizioni e delle procedure volte a consentire la riapertura dei procedimenti nazionali, l'obbligo di rispettare la Convenzione e di dare esecuzione alle sentenze di Strasburgo implica che sia possibile addivenire, in un qualche modo, alla revisione del giudicato civile in contrasto con la CEDU.

19. Nei casi in cui il diritto processuale nazionale dello Stato in causa non disponeva di strumenti processuali utili alla riapertura dei procedimenti civili quale misura ripristinatoria dei diritti umani violati, l'atteggiamento della Corte EDU è stato, invece, più prudente. Infatti, se in alcune sentenze la Corte di Strasburgo ha comunque voluto riaffermare la posizione secondo cui la riconsiderazione del giudicato nazionale avrebbe costituito la miglior forma di riparazione²⁷, in altri giudizi la Corte si è rifiutata di ordinare la riapertura del procedimento nazionale, sul presupposto che spetta agli Stati parti della Convenzione individuare le misure per dare esecuzione alle sue sentenze, senza stravolgere i principi della *res iudicata* o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso coinvolga anche soggetti terzi²⁸.

²⁶ Sent. *Bochan c. Ucraina* (n. 2), punti 57-58, enfasi aggiunta. Il principio era, in realtà, già stato espresso nella sent. *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (no. 2), punto 90, dove peraltro la Corte di Strasburgo aveva precisato che «*the reopening of proceedings at domestic level could constitute an important aspect of the execution of the Court's judgments (...)* the reopening procedure must also afford the authorities of the respondent State the opportunity to abide by the conclusions and the spirit of the Court judgment being executed, while complying with the procedural safeguards in the Convention. (...) In other words, the reopening of proceedings that have infringed the Convention is not an end in itself; it is simply a means – albeit a key means – that may be used for a particular purpose, namely the full and proper execution of the Court's judgments» (enfasi aggiunta).

²⁷ Cfr. sent. Corte EDU, 1° marzo 2006, *Perak c. Slovenia*, ric. n. 37903/09, punto 50; 31 maggio 2016, *Tence c. Slovenia*, ric. n. 37242/14, punto 43, ove si legge che «*while the Slovenian legislation does not explicitly provide for reopening of civil proceedings following a judgment by the Court finding a violation of the Convention (...), the Court has already stated that the most appropriate form of redress in cases where it finds that an applicant has not had access to court in breach of Article 6 § 1 of the Convention would be for the legislature to provide for the possibility of reopening the proceedings and re-examining the case in keeping with all the requirements of a fair hearing*». Similmente, nella sentenza del 29 novembre 2016, *Carmel Saliba c. Malta*, ric. n. 24221/13, punto 85, la Corte ribadisce che: «*the most appropriate form of redress would be the reopening of the proceedings, to be held in accordance with the requirements of Article 6 § 1 of the Convention, should the applicant so request*». Tuttavia, diversamente da quanto si è visto *supra* nelle sentenze richiamate alla nota 23, nelle sentenze appena citate la Corte EDU ha accordato ai ricorrenti un'equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU, prendendo implicitamente atto dell'impossibilità di una piena riparazione della violazione a causa del diritto processuale degli Stati convenuti.

²⁸ Sent. *Beg s.p.a. c. Italia*, punto 162. Al punto immediatamente successivo, tuttavia, la Corte EDU, riprendendo quanto già affermato dalla stessa Corte nella sent. *Bochan c. Ucraina* (no. 2), specifica che «*the foregoing considerations should not detract from the importance, for the effectiveness of the Convention system, of ensuring that domestic procedures are in place to allow a case to be revisited in the light of a finding that the safeguards of a fair hearing afforded by Article 6 have been violated. This is particularly true in Italy where the Constitutional Court has repeatedly stated that there is no mechanism for the reopening of civil proceedings in order to give effect to the execution of a judgment of the Court finding a violation of a Convention provision*» (enfasi aggiunta).

A) La Corte costituzionale e l'esclusione del rimedio revocatorio in caso di violazione della CEDU

20. Da tale prassi della Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale italiana ha ricavato l'assenza, all'interno del sistema della Convenzione, di un obbligo generale di prevedere quale misura ripristinatoria la riapertura dei processi civili e ha quindi dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale che erano state promosse avverso le disposizioni del codice di rito che, fino all'ultima riforma del processo civile, non ammettevano la revocazione del giudicato civile (e amministrativo) per contrasto con i diritti tutelati dalla CEDU.

21. In una prima occasione, nel 2017, la Consulta era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 106 cod. proc. amm. che, operando un rinvio alla disciplina degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., non contempla tra le ipotesi di revocazione il caso di contrasto tra il giudicato amministrativo e una sentenza della Corte di Strasburgo che abbia accertato la violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione²⁹. La Corte costituzionale dichiarava l'infondatezza della questione di legittimità sulla base di tre argomenti. In primo luogo, come già anticipato, il giudice delle leggi rilevava che, nella giurisprudenza della Corte EDU, «l'indicazione della obbligatorietà della riapertura del processo, quale misura atta a garantire la *restitutio in integrum*, [fosse] presente esclusivamente in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato»³⁰. In secondo luogo, la Corte osservava che, se di regola ai procedimenti penali prendono parte esclusivamente lo Stato e il ricorrente a Strasburgo, i procedimenti civili (e amministrativi, seppur in una diversa misura) normalmente coinvolgono anche soggetti terzi che non hanno necessariamente preso parte al giudizio dinanzi alla Corte EDU. Considerando anche l'invito rivolto agli Stati dalla Corte EDU a identificare le modalità più adeguate per conformarsi alle sue sentenze «without unduly upsetting the principles of *res judicata* or legal certainty in civil litigation, in particular where such litigation concerns third parties with their own legitimate interests to be protected»³¹, la Corte costituzionale rilevava che, nelle materie diverse da quella penale, la decisione di prevedere la misura ripristinatoria della riapertura del processo «è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco»³². In terzo luogo, e sulla scorta di tale ultima considerazione, pur non negando che la riapertura dei procedimenti civili o amministrativi avrebbe potuto rappresentare la modalità più adeguata per porre rimedio alle violazioni dei diritti umani accertati dalla Corte di Strasburgo, nell'impossibilità di ricavare un obbligo in tal senso dal sistema della Convenzione, il giudice delle leggi riteneva che l'introduzione di un meccanismo di revocazione del giudicato civile o amministrativo per contrasto con la CEDU spettasse in via esclusiva al legislatore³³.

22. L'anno successivo, la Corte costituzionale tornava a pronunciarsi sulla questione della tenuta del giudicato – questa volta civile – incompatibile con la CEDU e confermava l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., ribadendo, nella sostanza,

²⁹ Sent. Corte cost., 26 maggio 2017 n. 123. In particolare, nei due casi da cui originava il rinvio, la Corte EDU aveva accertato con due separate sentenze la violazione da parte dell'Italia del diritto di accesso al giudice, di cui all'art. 6 CEDU, e del diritto alla proprietà, tutelato dall'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. In dottrina, v., *ex multis*, E. D'ALESSANDRO, *Il giudicato amministrativo (e quello civile) per ora non cedono all'impatto con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2017, p. 2186 ss.; G.V.A. PETRALIA, *Conflitto tra giudicato nazionale e sentenze delle corti europee: nota a margine di Corte costituzionale n. 123/2017*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. 4, p. 8 ss.; P. PIRRONE, *Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo e revocazione della sentenza amministrativa: la sentenza n. 123/2017 della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 515 ss.; C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2018, fasc. 18, p. 2 ss.

³⁰ *Ivi*, par. 12 cons. in diritto.

³¹ Sent. *Bochan c. Ucraina (n. 2)*, punto 57, su cui cfr. *supra* nota 26.

³² Sent. Corte cost., 26 maggio 2017 n. 123, par. 15 cons. in diritto. Sempre nella stessa sentenza la Corte costituzionale evidenziava come nei procedimenti civili e amministrativi non sia in gioco la libertà personale, con ciò lasciando intendere che l'interesse dei ricorrenti vittoriosi a Strasburgo a veder rimosse le conseguenze della violazione dei loro diritti umani potrebbe più facilmente cedere il passo di fronte all'interesse dei terzi a veder preservata la certezza e immutabilità del giudicato.

³³ *Ivi*, par. 17 cons. in diritto.

l'impossibilità di ricavare dal sistema della Convenzione un obbligo generale di riapertura dei procedimenti civili, quale misura ripristinatoria delle violazioni dei diritti umani³⁴.

B) (*Segue*): la nuova disciplina introdotta dall'art. 391-*quater* cod. proc. civ

23. La situazione è oggi in parte mutata a seguito della recente riforma del processo civile³⁵, che, tra le altre cose, ha introdotto l'art. 391-*quater* cod. proc. civ., in base al quale la sentenza civile passata in giudicato può essere revocata laddove il suo contenuto sia «stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione». Perché ciò avvenga, tuttavia, la disposizione prevede due condizioni: occorre che la «violazione accertata» dalla Corte EDU abbia «pregiudicato un diritto di stato della persona» e che «l'equa indennità eventualmente accordata» dalla Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 41 CEDU non sia «idonea a compensare le conseguenze della violazione». Inoltre, a mente del comma 3 dell'articolo in esame, la revocazione del giudicato civile per contrasto con la Convenzione non può pregiudicare i «diritti acquisiti dai terzi di buona fede che non hanno partecipato al giudizio innanzi alla Corte europea».

24. Non potendo, in questa sede, esaminare nel dettaglio la disposizione³⁶, pare tuttavia utile svolgere due brevi considerazioni.

25. Desta, anzitutto, qualche perplessità il ricorso alla nozione di «diritto di stato della persona», nozione di per sé atecnica e dall'incerta qualificazione, come evidenziato anche dal Consiglio Superiore della Magistratura nel proprio parere allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge delega sulla riforma del processo civile³⁷. Se non sembra dubbio che l'espressione ricomprenda gli *status* personali e familiari³⁸, parte della dottrina ha suggerito un'interpretazione particolarmente estensiva

³⁴ Sent. Corte cost., 27 aprile 2018 n. 93 in *Foro it.*, 2018, p. 2289 ss., con nota di D'ALESSANDRO; conferma che arrivava nonostante i fatti all'origine di tale secondo rinvio – descritti nel secondo esempio illustrato *supra* in apertura del presente scritto – non coinvolgessero diritti di natura patrimoniale (i.e. non risarcibili per equivalente).

³⁵ D.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, attuazione della legge 26 novembre 2021 n.206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. n. 38 al n. 243 del 17 ottobre 2022.

³⁶ Sia consentito rinviare a M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 919 ss.; sul punto, cfr. anche E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, p. 479 ss.; S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *www.judicium.it*, 14 aprile 2023; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, p. 229 ss.; A. GRAZIOSI, *Le nuove forme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2023, p. 667 ss., spec. 692 ss.; A. CARRATTA, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 915 ss.

³⁷ Consiglio Superiore della Magistratura, parere formulato il 21 settembre 2022 (consultabile al sito: al sito <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+decreto+legislativo+processo+civile+21+settembre+2022/6b06482b-26c7-7204-ae8-343813205244>), secondo cui la nozione in esame «non può dirsi, nell'ordinamento giuridico nazionale, di significato sufficientemente univoco e determinato, tale da poter essere propriamente utilizzata in una disposizione del Codice di rito. Altro infatti sono gli stati, altro i diritti; vi sono stati di diritto pubblico (es. cittadinanza) e stati di diritto privato (es. posizioni familiari); rispetto a questi ultimi è dubbio se i “diritti di stato” possano essere distinti dai diritti della personalità e appare altresì incerta la riferibilità dei “diritti di stato” alle persone giuridiche». Sul punto cfr. G. FREZZA, «Diritti di stato della persona», trascrizione della domanda di revocazione ex art. 2652, comma 1, n. 9-bis e *inapplicabilità della relativa disciplina*, in *www.judicium.it*, 256 aprile 2023.

³⁸ V., per analogia, l'art. 70 co. 1 n. 3 cod. proc. civ., che prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero «nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone» (corsivo aggiunto). Sul punto, S. MENCHINI, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, *op. cit.*, p. 7, secondo cui l'interpretazione del concetto di diritto di stato della persona deve essere rigorosa, giacché il rimedio revocatorio ha carattere di eccezionalità rispetto alla tutela per equivalente. Plausibilmente si tratterà unicamente delle violazioni del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU; a tal proposito, sulla nozione di «status personali», cfr. P. RESCIGNO, *Status*, in *Enciclopedia giuridica*, 1993; L. LENTI, *Status*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 1999, p. 32 ss.

della nozione in parola, sì da includervi, più in generale, tutti i diritti non patrimoniali, ossia tutte le situazioni in cui l'equa soddisfazione di cui all'art. 41 CEDU, anche se disposta, non avrebbe carattere compensativo della lesione subita³⁹. Questa lettura, per certi aspetti condivisibile, in quanto diretta a un ampliamento della platea dei potenziali beneficiari del nuovo rimedio revocatorio e all'eliminazione di ogni discriminazione a discapito delle situazioni in cui siano stati lesi diritti non riconducibili a uno stato personale o familiare, oltre a trascendere palesemente il dato letterale della disposizione, renderebbe superflua la seconda condizione prevista dalla norma e, cioè, per l'appunto, la non idoneità dell'indennità accordata ai sensi dell'art. 41 a compensare le conseguenze della violazione.

26. Con riferimento a tale seconda condizione, peraltro, non si può mancare di rilevare una lettura potenzialmente equivoca dell'art. 41 CEDU da parte del legislatore italiano. In forza dell'art. 46 CEDU – nonché, come si è accennato, in base al rapporto di responsabilità internazionale che sorge in conseguenza di un illecito, secondo il diritto internazionale generale – lo Stato «soccumbente» è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per rimuovere le conseguenze dell'illecito. In via d'eccezione, l'art. 41 CEDU prevede che alla parte lesa possa essere accordata una compensazione monetaria, nella misura in cui il diritto interno di tale Stato non permetta la piena riparazione⁴⁰. Prevedendo, quale requisito per la revocazione del giudicato civile, la previa verifica della non idoneità della tutela per equivalente a compensare le conseguenze dell'illecito, il legislatore italiano sembra, invece, aver invertito i termini della questione.

C) (*Segue*): questioni aperte e problemi (ancora) irrisolti

27. Se si considerano le condizioni cui è sottoposta l'esperibilità del rimedio revocatorio in esame, nonché la previsione di chiusura, secondo cui «l'accoglimento della revocazione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi di buona fede che non hanno partecipato al giudizio svoltosi innanzi alla Corte europea»⁴¹, pare evidente che il legislatore delegato abbia voluto disegnare un ambito oggettivo di applicazione della nuova disposizione particolarmente ristretto. Con ogni probabilità, il rimedio revocatorio introdotto con l'art. 391-*quater* cod. proc. civ. sarà dunque esperibile in ipotesi residuali e, di conseguenza, non potrà garantire una soluzione di carattere generale alla naturale tensione che viene a crearsi tra l'obbligo di dare attuazione alle sentenze della Corte EDU, da un lato, e le norme processuali che nel nostro ordinamento sanciscono la vincolatività e immutabilità del giudicato civile, dall'altro.

28. È, quindi, utile ritornare sulla posizione espressa dalla Corte costituzionale nel 2017, poi ribadita l'anno successivo, secondo cui, in mancanza di una espressa disciplina convenzionale (o dell'indicazione di misure individuali in questo senso), l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU non implicherebbe anche l'obbligo di rescindere il giudicato civile nazionale da cui scaturisce o in cui si cristallizza una violazione della Convenzione accertata dalla stessa Corte di Strasburgo; la scelta di consentire la rescissione del giudicato sarebbe, quindi, nella piena disponibilità del legislatore.

29. Se tale affermazione è corretta, nei casi non ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 391-*quater* cod. proc. civ., ma in cui l'attuazione delle sentenze della Corte EDU richiederebbe comun-

³⁹ E. D'ALESSANDRO, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 481; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, op. cit., p. 229 ss.; A. CARRATTA, *La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale*, op. cit., p. 927.

⁴⁰ Cfr. *infra* al § 4.2.

⁴¹ La norma peraltro non chiarisce il contenuto della nozione di «buona fede». Con ogni probabilità, non potranno considerarsi in «buona fede» le parti del processo nazionale che, essendo state informate del ricorso presentato a Strasburgo, non abbiano presentato istanza per essere ammesse al procedimento innanzi alla Corte EDU o che, invitate a intervenire direttamente dal presidente della Corte, non abbiano preso parte al processo convenzionale. Suscita, tuttavia, più d'una perplessità la perentorietà con cui l'art. 391-*quater* cod. proc. civ. sancisce l'intangibilità dei diritti acquisiti da tali soggetti, senza operare ponderazione di sorta tra questi ultimi e l'interesse del ricorrente vittorioso a Strasburgo; ponderazione che, a ben vedere, potrebbe essere compiuta dal giudice nella fase rescissoria.

que la riapertura di un procedimento civile, la legittima pretesa di riparazione dei diritti umani violati, se non, addirittura, di cessazione della condotta lesiva, sarebbe destinata a infrangersi contro lo scoglio del giudicato. Riprendendo gli esempi riportati in apertura, se, da un lato, nel caso *Zhou c. Italia* la madre avrebbe potuto, con ogni probabilità, esperire il rimedio revocatorio previsto dall'art. 391-*quater* cod. proc. civ., potendosi ragionevolmente qualificare l'illegittima interruzione del legame di filiazione come violazione di un «diritto di stato della persona»⁴², dall'altro lato nel caso *Beg s.p.a. c. Italia* la pretesa della società vittoriosa a Strasburgo di vedere eliminate le conseguenze pregiudizievoli della lesione del diritto a un equo processo non potrebbe trovare soddisfazione, data la non applicabilità del nuovo rimedio revocatorio alle violazioni dell'art. 6 CEDU⁴³.

30. Il punto problematico di tale ragionamento consiste, secondo noi, nel peso eccessivo attribuito al valore *formale* delle pronunce della Corte di Strasburgo – considerato esclusivamente alla luce del regime pattizio predisposto dalla Convenzione per la loro attuazione e, in particolare, del limitato potere di detta Corte di pronunciarsi sulle conseguenze di una violazione dei diritti umani⁴⁴ – a discapito di una considerazione del contenuto *materiale* dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della stessa Corte, di cui all'art. 46 CEDU, nonché del rapporto di responsabilità che, in base al diritto internazionale generale, scaturisce dalla commissione di un illecito. In altri termini, il giudice delle leggi sembra aver trascurato il problema dell'attuazione degli obblighi secondari che sorgono in capo allo Stato a seguito di una pronuncia della Corte EDU⁴⁵; problema che merita, invece, una più approfondita analisi e su cui, dunque, ci soffermeremo nel prosieguo.

IV. Le conseguenze e gli obblighi scaturenti dall'accertamento di una violazione dei diritti CEDU

31. Secondo la costante giurisprudenza della Corte EDU, una sentenza in cui la Corte accerti una violazione della Convenzione impone allo Stato convenuto l'obbligo di porre fine alla condotta che è stata giudicata incompatibile con la Convenzione (obbligo di «cessazione») e di rimuoverne le conseguenze negative così da ripristinare, per quanto possibile, la situazione esistente prima della violazione (obbligo di «riparazione»)⁴⁶. Come riconosciuto dalla stessa Corte, tali obblighi riflettono le regole di diritto internazionale generale in punto di conseguenze dell'illecito internazionale⁴⁷, oggi codificate dalla Commissione del diritto internazionale nel progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti⁴⁸.

⁴² Se non fosse che oggi, con tutta probabilità, è venuto meno ogni interesse in tal senso, dato che nel mentre il figlio è divenuto maggiorenne e, pertanto, non ha più senso discutere della sua adottabilità o di un qualsivoglia diritto di visita a favore della madre.

⁴³ Peraltro, nell'ambito del procedimento di controllo sull'esecuzione della sentenza in questione, il governo italiano ha sostenuto di aver dato piena attuazione alla stessa – così adempiendo all'obbligo di cui all'art. 46 CEDU – con il pagamento dell'equa soddisfazione accordata dalla Corte di Strasburgo alla società ricorrente, cfr. Comunicazione dell'Italia relativa al caso *Beg s.p.a. c. Italia* (ric. n. 5312/11), 3 agosto 2022, DH-DD(2022)823. Tale conclusione è stata contestata con decisione da parte ricorrente, secondo cui, dopo anni di contenzioso davanti ai giudici nazionali e alla Corte di Strasburgo, il pagamento della somma concessa a titolo di equa soddisfazione non è in alcun modo idoneo a garantire un ristoro dei diritti violati, cfr. Comunicazione del ricorrente ai sensi della regola 9.1 relativa al caso *Beg s.p.a. c. Italia* (ric. n. 5312/11), 27 gennaio 2023, DH-DD(2023)138, spec. par. 12 ss. Alla data in cui si scrive il Comitato dei Ministri non ha ancora reso alcuna decisione nell'ambito del procedimento di controllo sull'esecuzione della sentenza in questione.

⁴⁴ Cfr. *supra* in prossimità della nota 11.

⁴⁵ In questo senso già A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, 2018, spec. p. 180.

⁴⁶ Cfr. *ex plurimis* sent. Corte EDU, 31 ottobre 1995, 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos et al. c. Grecia*, ric. n. 14556/89, par. 34. A tali obblighi si aggiunge anche l'obbligo di non ripetizione dell'illecito; tale obbligo coinvolge evidentemente aspetti «strutturali» dell'ordinamento interno, richiedendo quindi l'adozione di misure di carattere generale che esulano dall'ambito specifico del presente studio.

⁴⁷ Sent. *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (no. 2), punto 86.

⁴⁸ In particolare, agli artt. 28-32 del progetto di articoli, su cui cfr. *supra* nota 8. Il progetto di articoli, giusto il disposto del suo art. 33(2), non intende fornire una disciplina degli obblighi che sorgono in capo allo Stato responsabile di un illecito internazionale a favore degli individui o di enti diversi da uno Stato. Ciò non toglie che, in base al diritto consuetudinario, tali

32. Come più volte ribadito dalla Corte EDU, gli Stati parti della Convenzione sono liberi di individuare le misure che ritengono più idonee per porre fine alla violazione dei diritti umani e per rimediare alle conseguenze dell'illecito. Tale libertà viene in una certa misura compressa laddove la Corte di Strasburgo indichi anche le misure individuali che lo Stato convenuto è tenuto ad adottare per conformarsi alle sue sentenze. Come abbiamo detto, tuttavia, in queste ipotesi non sorgono obblighi ulteriori rispetto a quelli che già incombono sullo Stato per effetto dell'art. 46 CEDU, in quanto con l'indicazione delle misure individuali i giudici di Strasburgo si limitano a sostanziare le modalità concrete attraverso cui adempiere ai predetti obblighi. Di conseguenza e per converso, non è possibile ricavare dalla mancata indicazione di tali misure l'assenza di un obbligo conformativo alla sentenza, che discende dall'art. 46 CEDU⁴⁹. Detto in altri termini, lo spazio di libertà riconosciuto agli Stati attiene ai mezzi e non alle finalità implicate negli obblighi di cessazione e riparazione della violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione⁵⁰. È, dunque, alla luce di tali obblighi che dobbiamo valutare se la piena attuazione delle sentenze della Corte di Strasburgo imponga anche la rescissione del giudicato civile domestico, indipendentemente dal fatto che la Corte EDU abbia o meno ordinato l'adozione di una simile misura.

1. Obbligo di cessazione dell'illecito

33. La CEDU nulla dice in merito all'obbligo di cessazione delle condotte giudicate dalla Corte di Strasburgo in contrasto con i diritti umani tutelati dalla Convenzione; obbligo che, come si è appena detto, incombe sullo Stato in forza dell'art. 46 CEDU. In assenza di una disciplina pattizia speciale, il contenuto di tale obbligo non può che essere desunto dalle regole di diritto internazionale generale in materia di responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti⁵¹.

34. Per quanto connessi, l'obbligo di cessazione e l'obbligo di riparazione sono due conseguenze distinte dell'illecito internazionale. La funzione della cessazione è quella di porre fine alla condotta illecita in quanto tale. La riparazione, invece, mira a rimuovere le conseguenze che derivano dalla violazione della norma internazionale e a ristabilire, per quanto possibile, lo *status quo ante*. Se la riparazione può assumere diverse forme, la cessazione non può che consistere nell'eliminazione della condotta internazionalmente illecita⁵².

35. Il concreto atteggiarsi dell'obbligo in questione rispetto alla problematica della revocazione del giudicato incompatibile con la CEDU dipende dalle caratteristiche proprie dell'illecito posto in essere dallo Stato, e cioè della violazione dei diritti umani tutelati dalla Convenzione, con riguardo specifico alla sua durata nonché alla natura degli interessi lesi.

obblighi presentino contenuto analogo agli obblighi che sorgono a favore dello Stato leso o della comunità internazionale nel suo complesso, come sembra anche suggerire la prassi della Corte EDU appena evidenziata. Peraltro, senza potersi soffermare sul tema, una soluzione contraria potrebbe discendere esclusivamente dalla qualificazione, secondo noi poco condivisibile, del diritto internazionale dei diritti umani alla stregua di un regime giuridico *self-contained*, cioè autonomo e indipendente dal diritto internazionale generale, cfr. sul punto R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 275 ss.; J. CRAWFORD, A. KEENE, *The structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights*, in A. VAN AAKEN, I. MOTOC (a cura di), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, 2018, p. 178 ss.

⁴⁹ *Ivi*, punto 88, secondo cui «the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment».

⁵⁰ P. PIRRONE, *Obbligo di conformazione alla pronuncia della Corte di Strasburgo op. cit.*, p. 528.

⁵¹ ILC, *General commentary on State responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, p. 90.

⁵² G. ARANGIO RUIZ, *Preliminary report on State responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1988, vol. II, parte I, p. 6 ss., spec. p. 15; O. CORTEN, *The obligation of cessation*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 546. Secondo altra dottrina, invece, l'obbligo di cessazione dell'illecito non sarebbe altro che una conseguenza della permanente obbligatorietà della norma primaria violata, cfr. M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale*, Milano, 1990, p. 193 s.

36. Con riferimento alla durata dell'illecito, occorre distinguere tra le violazioni che si sono realizzate e concluse nel passato, c.d. «illecito consumato», e le violazioni che scaturiscono da condotte che hanno avuto inizio nel passato, ma permangono nel presente, c.d. «illecito continuato»⁵³. Se nell'ipotesi di illecito consumato, evidentemente, non sorge alcun obbligo di cessazione, essendo la condotta già conclusa, in caso di illecito continuato, invece, lo Stato è tenuto a porre fine alla violazione della norma primaria violata. Non sempre, tuttavia, è agevole tracciare una chiara linea di demarcazione tra le due ipotesi, specialmente quando la condotta illecita, pur essendosi realizzata nel passato, continui a produrre conseguenze pregiudizievoli nel presente (c.d. «illecito con effetti continuati»). Di regola, infatti, un atto internazionalmente illecito non ha carattere continuato per il solo fatto che le sue conseguenze si prolunghino nel tempo, ma è necessario che sia la condotta illecita in quanto tale a perdurare⁵⁴. A testimonianza di quanto non sia sempre agevole distinguere tra le due categorie di illecito, nella celebre sentenza *Papamichalopoulos c. Grecia* la Corte EDU ha ritenuto che l'occupazione illegittima dei terreni di proprietà di un privato da parte delle autorità dello Stato convenuto costituisca illecito continuato per tutto il tempo dell'occupazione, ancorché le attività materiali di esproprio fossero avvenute anni prima, poiché, successivamente, alla parte lesa era stato impedito l'accesso ai terreni⁵⁵. Nell'ambito della tutela dei diritti umani, peraltro, le conseguenze dell'illecito potrebbero costituire a loro volta una violazione dei diritti della parte lesa. Si pensi al caso di un minore che sia stato illegittimamente allontanato dalla famiglia di origine a seguito di una decisione dell'autorità giudiziaria nazionale: l'atto, che già di per sé potrebbe costituire una violazione del diritto alla vita privata e familiare, produce conseguenze che a loro volta si pongono in contrasto con l'art. 8 CEDU, nella misura in cui al minore sia preclusa la possibilità di mantenere e sviluppare i legami con i propri genitori⁵⁶.

37. Quanto, invece, alla natura degli interessi lesi, si può distinguere tra i casi in cui la violazione della CEDU incida su un interesse di natura patrimoniale e i casi in cui essa incida su un interesse di natura non patrimoniale. Nella prima ipotesi – specialmente nei casi in cui la condotta illecita dello Stato si sostanzia in una violazione del diritto di proprietà, di cui all'art. 1 del protocollo n. 1 alla CEDU – l'esecuzione dell'obbligo di cessazione potrebbe consistere nella dazione di una somma di denaro⁵⁷. Che ciò avvenga per effetto della revoca di una decisione giudiziaria o tramite un atto di natura diversa poco importa: ciò che rileva è che lo Stato ponga in essere le misure necessarie affinché sia eseguito il pagamento. In questo caso, dunque, lo Stato conserva un margine di libertà nella definizione delle modalità concrete attraverso cui porre fine alla condotta illecita e, di conseguenza, non pare potersi individuare un obbligo specifico di riapertura dei procedimenti civili nazionali. Nella seconda ipotesi, invece, l'obbligo di cessazione della condotta pregiudizievole esige necessariamente l'adozione di misure diverse dalla corresponsione di una somma di denaro⁵⁸. Orbene, laddove l'illecito continuato – o con effetti continuati, nel caso in cui questi ultimi rappresentino a loro volta una violazione della Convenzione – scaturisca da una sentenza e dagli effetti di giudicato che questa produce all'interno dell'ordinamento nazionale, la rimozione o modifica di tale decisione pare essere l'unica modalità per adempiere all'obbligo di cessazione. In tale ipotesi sarebbe dunque possibile individuare un obbligo specifico di revocazione del giudicato, quale unica misura idonea a porre fine alla condotta illecita e, quindi, a conformarsi alla sentenza della Corte di Strasburgo, come imposto dall'art. 46 CEDU.

⁵³ J. SALMON, *Duration of the breach*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, op. cit., p. 389.

⁵⁴ Cfr. art. 14(1) del progetto di articoli. Sul punto, G. ARANGIO RUIZ, *Preliminary report on State responsibility*, op. cit.; R. AGO, *Seventh report on State responsibility*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, parte I, p. 31 ss., spec. p. 37 ss.

⁵⁵ Per altre ipotesi di illecito continuato, cfr. ILC, *General commentary on State responsibility*, op. cit., p. 60.

⁵⁶ V., per esempio, sent. *Haddad c. Spagna*.

⁵⁷ Ciò, tuttavia, non sempre è possibile: si pensi, ad esempio, alla violazione di diritti processuali, di per sé funzionali alla tutela dei diritti sostanziali.

⁵⁸ Né tale misura può essere efficacemente sostituita dalla corresponsione di una compensazione monetaria, giacché per definizione questa non sarebbe sufficiente a porre fine alla violazione. Cfr. in questo senso anche A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, op. cit., p. 236 s.

2. Obbligo di riparazione, tra *restitutio in integrum* ed equa soddisfazione ai sensi dell'art. 41 CEDU

38. Fatta eccezione per l'art. 41 CEDU, di cui diremo a breve, la Convenzione è silente anche con riguardo al contenuto dell'obbligo di riparazione; pure in questo caso, quindi, è opportuno un riferimento alla disciplina di diritto internazionale generale in materia di responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti.

39. Come già accennato, l'obbligo di riparazione impone allo Stato responsabile di un illecito internazionale di rimuovere le conseguenze che derivano dalla violazione della norma primaria e di ristabilire, per quanto possibile, lo *status quo ante*. Di regola, la rimozione delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito deve assumere la forma della *restitutio in integrum* (funzione «ripristinatoria» della riparazione), salvo che questa sia materialmente impossibile o eccessivamente onerosa⁵⁹. In tal caso, l'obbligo di riparazione potrà assumere la forma della compensazione⁶⁰ o, in subordine, della soddisfazione⁶¹.

40. Laddove le conseguenze pregiudizievoli di un illecito siano connesse a una situazione giuridica che dipende da una decisione giudiziale, lo Stato sarà, quindi, tenuto a rimuovere il giudicato interno (c.d. «restituzione giuridica») a meno che questa non risulti eccessivamente onerosa o impossibile⁶². Se è da escludersi che la ripetizione di un procedimento possa essere eccessivamente onerosa per lo Stato, si potrebbe, invece, sostenere che tale misura risulti in talune ipotesi impossibile, vuoi perché costringerebbe lo Stato a violare i diritti acquisiti da soggetti terzi⁶³, vuoi perché non prevista dal diritto processuale dello Stato convenuto (c.d. impossibilità «giuridica»).

41. Con riguardo al primo aspetto, cioè alla possibile lesione dei diritti di soggetti che non abbiano preso parte al procedimento davanti alla Corte di Strasburgo, la stessa Corte EDU ha in effetti invitato gli Stati parti della Convenzione a individuare misure atte a eliminare le conseguenze dell'illecito «without unduly upsetting the principles of *res judicata* or legal certainty in civil litigation, in particular where such litigation concerns third parties with their own legitimate interests to be protected»⁶⁴. Sulla scorta di tale considerazione, come abbiamo visto, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto che la previsione di un motivo di revocazione del giudicato civile o amministrativo per contrasto con la CEDU avrebbe richiesto una «delicata ponderazione» fra il diritto del ricorrente vittorioso a Strasburgo e i diritti dei terzi e ha, dunque, concluso che l'introduzione di un simile meccanismo processuale spettasse in via esclusiva al legislatore⁶⁵. Da ciò si potrebbe concludere che la riapertura dei procedimenti civili risulti impossibile, in quanto potenzialmente lesiva dei diritti nel frattempo acquisiti in buona fede dai terzi. Tale conclusione, tuttavia, non ci sembra sostenibile per tre ordini di considerazioni. In primo luogo, mette conto evidenziare come tanto la Corte EDU quanto la Corte costituzionale non ritengano che il rimedio revocatorio debba essere escluso *tout court* in presenza di diritti acquisiti da terzi in buona fede, ma, al contrario, che tali diritti debbano essere contemperati con il diritto del ricorrente vittorioso a Strasburgo a vedere eliminate le conseguenze (anche giuridiche) dell'illecito. In secondo luogo, nella prospettiva del diritto internazionale⁶⁶, la circostanza che la ponderazione tra i confliggenti interessi in gioco spetti in via esclusiva al legislatore e non al giudice delle leggi non vale a escludere l'esistenza di un obbligo per lo Stato di fornire riparazione nella forma della *restitutio in integrum*, cioè mediante rimozione degli effetti pregiudizievoli del giudicato. In terzo luogo, a ben vedere, non è nemmeno detto

⁵⁹ Art. 35 del progetto di articoli.

⁶⁰ Art. 36 del progetto di articoli.

⁶¹ Art. 37 del progetto di articoli.

⁶² ILC, *General commentary on State responsibility*, *op. cit.*, p. 97.

⁶³ Violazione che, a seconda delle circostanze, potrebbe a sua volta rappresentare una lesione dei diritti umani, come, a titolo esemplificativo, il diritto a un equo processo (art. 6 CEDU), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8) o il diritto di proprietà (art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU).

⁶⁴ Sent. *Bochan c. Ucraina* (n. 2), punto 57.

⁶⁵ Sent. Corte cost., 26 maggio 2017 n. 123, par. 15 cons. in diritto.

⁶⁶ Considerando il principio di unità dello Stato, anche ai fini della responsabilità internazionale, codificato all'art. 4 del progetto di articoli.

che una simile «ponderazione» possa avvenire esclusivamente a livello legislativo. La semplice previsione della possibilità di revocare il giudicato civile in caso di contrasto con la CEDU non incide, infatti, in via diretta sul concreto bilanciamento dei diritti coinvolti. Una volta ammessa la revocabilità della sentenza, il punto di equilibrio tra quanto esige l'adempimento dell'obbligo internazionale di riparazione giuridica – cioè di rimozione delle conseguenze pregiudizievoli della violazione dei diritti umani tutelati dalla Convenzione – e la tutela della posizione dei terzi potrà essere individuato in concreto dal giudice che dovrà decidere del merito della causa nella fase rescissoria. Quest'ultimo, peraltro, pare essere nella posizione migliore per valutare quali soluzioni siano effettivamente necessarie per dare esecuzione alla sentenza della Corte di Strasburgo e tutelare, al contempo, i diritti dei soggetti coinvolti, considerando, tra le altre cose, la meritevolezza dell'affidamento delle parti e degli interessi in gioco⁶⁷. In conclusione sul punto deve, quindi, escludersi che la riparazione in forma specifica dei diritti umani violati, nella forma della revocazione della sentenza civile contrastante con la CEDU, possa essere considerata in quanto tale impossibile, perché potenzialmente lesiva dei diritti acquisiti da soggetti terzi in buona fede.

42. Quanto al secondo aspetto, cioè all'impossibilità giuridica derivante dall'assenza nel diritto processuale dello Stato convenuto di un meccanismo di revocazione del giudicato in caso di contrasto con la CEDU, l'art. 32 del progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti sancisce l'irrelevanza dell'impossibilità derivante dal diritto interno dello Stato; tale disposizione codifica una norma di diritto consuetudinario e rispecchia il principio generale secondo cui, di regola, uno Stato non può invocare il proprio diritto interno come giustificazione per l'inosservanza dei suoi obblighi internazionali⁶⁸. Nondimeno, si potrebbe ritenere che l'art. 41 CEDU – secondo cui «if the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party» – rappresenti una deroga a siffatto principio⁶⁹. Secondo tale lettura, in caso di violazioni dei diritti umani non rimediabili a causa di ostacoli giuridici posti dall'ordinamento interno dello Stato convenuto, l'obbligo di riparazione si esaurirebbe, allora, nella corresponsione di un equo indennizzo⁷⁰. Una simile ricostruzione, tuttavia, non convince. A ben vedere, infatti, interpretare l'art. 41 CEDU alla stregua di una deroga alla disciplina di diritto internazionale generale in materia di responsabilità degli Stati finirebbe per produrre una sorta di «monetizzazione» delle violazioni della Convenzione: l'indennizzo accordato alla parte ricorrente ai sensi della disposizione in esame sarebbe il prezzo pagato dagli Stati per non intraprendere le misure necessarie a garantire un'effettiva osservanza e protezione dei diritti umani, in palese contrasto con le finalità perseguite dal sistema europeo di tutela di tali diritti.

43. Secondo una ricostruzione più convincente, invece, l'art. 41 CEDU si limiterebbe ad assicurare una forma minima di garanzia per l'individuo, senza con ciò escludere le ulteriori conseguenze dell'illecito internazionale previsto dal diritto generale e, nello specifico, l'obbligo di riparazione⁷¹. Tale

⁶⁷ Cfr. sul punto anche D. MAURI, *Il «mito» del giudicato civile e amministrativo alla prova degli obblighi internazionali di restituito in integrum*, *op. cit.*, p. 508 s. D'altronde, il fatto stesso che altri ordinamenti abbiano in effetti previsto la possibilità di revocare il giudicato civile anche nei casi in cui questa potrebbe teoricamente recare nocumento agli interessi di soggetti terzi dimostra che un bilanciamento tra il diritto del ricorrente vittorioso a Strasburgo a vedere rimosse le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito e i diritti acquisiti dei terzi di buona fede, per quanto difficoltoso, non è certamente impossibile.

⁶⁸ ILC, *General commentary on State responsibility*, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁹ Come sembra suggerire la stessa Commissione del diritto internazionale, *Ibidem*. In questo senso, anche R. LUZZATTO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, vol. I, Milano, 1975, p. 422 ss., ora in R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici, Scritti scelti a cura degli allievi*, tomo I, Torino, 2023, p. 60 ss., spec. p. 71.

⁷⁰ Con tutta evidenza, il termine «soddisfazione» è qui usato in tecnico, in quanto si riferisce alla corresponsione di una somma di denaro a titolo (per quanto possibile) risarcitorio e assume, quindi, un significato diverso dalla nozione di soddisfazione di cui all'art. 37 del progetto di articoli.

⁷¹ E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti dell'uomo e rapporti fra fonti internazionali e ordinamento interno*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2010, p. 183 ss. Sul punto, cfr. anche G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, *op. cit.*, p. 121 ss.; *Id.*, *Art. 41*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *op. cit.*, p. 702 ss., spec. p. 705.

interpretazione della disposizione in esame è peraltro più coerente con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui, nel caso in cui sia stata accertata una violazione della Convenzione, lo Stato convenuto «will be under an obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to take individual and/or, if appropriate, general measures in its domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress the effects, the aim being to put the applicant, as far as possible, in the position he would have been in had the requirements of the Convention not been disregarded»⁷².

44. In questa prospettiva, dunque, l'impossibilità giuridica dipendente dal diritto interno degli Stati parti della Convenzione, se può in qualche modo limitare il potere della Corte EDU di ordinare l'adozione di specifiche misure individuali, non esclude invece l'obbligo di riparazione che, in base al diritto internazionale generale, consegue all'accertamento dell'illecito e, sempre in base a tale diritto, deve assumere la forma della *restitutio in integrum* attraverso l'eliminazione di tutte le conseguenze (anche giuridiche) che derivano dalla violazione dei diritti umani. In particolare, laddove le conseguenze in parola dipendano da una sentenza civile e possano essere rimosse solo per il tramite di una riconsiderazione del giudicato, la riapertura del procedimento nazionale pare essere l'unica modalità per adempiere all'obbligo in questione⁷³.

V. Possibili conseguenze dell'esistenza di un obbligo di cessazione e di riparazione delle conseguenze della violazione dei diritti umani nella prospettiva dell'ordinamento italiano

45. Una volta dimostrato che gli Stati parti della Convenzione sono tenuti a garantire la possibilità di riconsiderare il giudicato civile interno ogniqualvolta ciò costituisca l'unica misura utile a porre fine a una violazione dei diritti umani tutelati dalla CEDU o a rimuovere le conseguenze pregiudizievole dell'illecito, occorre interrogarsi sulle conseguenze che tale obbligo potrebbe produrre all'interno dell'ordinamento italiano.

46. In particolare, se considerato quale particolare declinazione dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo, previsto dall'art. 46 CEDU, l'obbligo in parola spiega i suoi effetti all'interno del nostro ordinamento in forza dell'ordine di esecuzione che ha veicolato l'adattamento della Convenzione⁷⁴. Non trattandosi, tuttavia, di un obbligo *self-executing*, poiché, come si è visto, secondo la Corte EDU gli Stati parti conservano un margine di libertà nell'individuazione delle modalità concrete tramite cui dare attuazione a tale obbligo, il legislatore è tenuto a intervenire sull'ordinamento

⁷² Sent. *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera* (no. 2), punto 89.

⁷³ In questo senso – oltre alla già citata raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei Ministri, che individua quali ipotesi in cui la riapertura del procedimento è l'unico mezzo per ottenere la *restitutio in integrum*, i casi in cui «la parte lesa continua a subire gravissime conseguenze negative a causa dell'esito della decisione interna in questione, che non sono adeguatamente sanate dall'equa soddisfazione e non possono essere sanate se non con un riesame o una riapertura del procedimento» – sembra deporre il passaggio della già citata sent. *Beg s.p.a. c. Italia*, dove la Corte di Strasburgo, dopo aver rigettato la domanda del ricorrente volta a ottenere un ordine di riapertura del procedimento nazionale, precisa che: «the foregoing considerations should not detract from the importance, for the effectiveness of the Convention system, of ensuring that domestic procedures are in place to allow a case to be revisited in the light of a finding that the safeguards of a fair hearing afforded by Article 6 have been violated. This is particularly true in Italy where the Constitutional Court has repeatedly stated that there is no mechanism for the reopening of civil proceedings in order to give effect to the execution of a judgment of the Court finding a violation of a Convention provision» (enfasi aggiunta). Nello stesso senso, sentenza *Bochan c. Ucraina*, punto 58; 31 maggio 2016, *Tence c. Slovenia*, ric. n. 37242/14, punto 43.

⁷⁴ Legge 4 agosto 1955, n. 848, con le modifiche apportate negli anni dalle leggi di autorizzazione e ratifica dei diversi protocolli alla Convenzione, tra cui, da ultimo la legge 14 gennaio 2021 n. 11. Cfr. sul punto F.M. PALOMBINO, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, p. 21 e 36 ss.; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 80 ss. Come noto, le norme CEDU, in quanto norme internazionali di fonte pattizia, sono di per sé sprovviste di una copertura costituzionale che garantisca la produzione di effetti giuridici diretti all'interno dell'ordinamento italiano. Esse fanno quindi ingresso nel nostro ordinamento per il tramite dell'atto normativo che ne veicola l'adattamento e di cui assumono il rango nella gerarchia delle fonti interne.

processuale civile introducendo un apposito meccanismo che permetta la rimozione degli effetti del giudicato civile. Nel definire la disciplina del meccanismo revocatorio in questione, il legislatore è vincolato, ai sensi dell'art. 117 Cost., al rispetto dell'art. 46 CEDU⁷⁵, il cui contenuto materiale deve essere letto – come si è cercato di dimostrare nel presente scritto – alla luce del rapporto di responsabilità internazionale che sorge in conseguenza di un illecito.

47. Come si è visto, il motivo di revocazione per contrasto con le sentenze della Corte EDU introdotto all'art. 391-*quater* cod. proc. civ. non fornisce una soluzione di carattere generale alla tensione che si crea tra l'obbligo di dare attuazione alle sentenze della Corte di Strasburgo e le norme che, nel nostro ordinamento sanciscono la vincolatività e immutabilità del giudicato civile. In particolare, viste le condizioni eccessivamente restrittive cui soggiace l'applicazione di tale disposizione, non in tutte le ipotesi in cui la riapertura dei processi civili rappresenta l'unica modalità per garantire la cessazione dell'illecito o il ripristino dei diritti umani violati ciò è possibile. In questo senso, allora, l'art. 391-*quater* cod. proc. civ. non sembra rispettare appieno l'obbligo internazionale di cui all'art. 46 CEDU⁷⁶.

48. Se la prossimità temporale dell'introduzione dell'art. 391-*quater* cod. proc. civ. rende poco plausibile un intervento correttivo del legislatore nel futuro più prossimo, non è da escludersi che, nel mentre, la Corte costituzionale possa essere nuovamente chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'assenza di un meccanismo processuale che garantisca la possibilità di riconsiderare il giudicato civile (o amministrativo) in tutte le ipotesi in cui ciò si renda necessario ai fini dell'adempimento dell'obbligo di cessazione e riparazione dell'illecito. Se è vero che la Consulta si è già pronunciata due volte sul tema, diversamente dal passato la Consulta non sarebbe più chiamata a colmare un vuoto legislativo; essa, infatti, dovrebbe questa volta valutare la compatibilità delle condizioni che circoscrivono l'ambito oggettivo di applicazione del meccanismo revocatorio di cui all'art. 391-*quater* cod. proc. civ. con l'art. 117 Cost., in relazione al parametro interposto dell'art. 46 CEDU, letto alla luce del rapporto di responsabilità internazionale che sorge in conseguenza di un illecito. E in questa prospettiva, il rilevato contrasto tra l'art. 391-*quater* cod. proc. civ. e gli obblighi di cessazione dell'illecito e di riparazione derivanti dall'art. 46 CEDU, oltre che dal diritto internazionale generale, potrebbe tradursi in una declaratoria di incostituzionalità della predetta norma interna.

⁷⁵ Per quanto si è detto alla nota *supra*, la legge che veicola l'adattamento della CEDU ha, nel nostro ordinamento, rango di legge ordinaria. Tuttavia, come noto, per effetto dell'art. 117, primo comma Cost. – che condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali – le leggi (ordinarie) di adattamento presentano una forza di resistenza particolare rispetto alla successiva legislazione di pari rango. In primo luogo, infatti, nella misura in cui le modifiche legislative comportino una violazione degli obblighi internazionali dello Stato, le norme di adattamento non sono soggette al principio *lex posterior derogat priori*. In secondo luogo, le norme di pari rango che non possano essere interpretate in modo conforme alle norme CEDU dovranno essere dichiarate costituzionalmente illegittime dal giudice delle leggi, per contrasto con l'art. 117, primo comma Cost. Da qui l'affermazione secondo cui le norme CEDU assumono nel nostro ordinamento rango di norme «interposte». Sul tema, che ha impegnato il pensiero giuridico italiano per lunghi decenni, si v. senza pretesa di completezza, E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 921 ss.; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi» internazionali: un parametro definito solo parzialmente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 136; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, p. 301 ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 311 ss.; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 321 ss.; G. GAJA, *Convenzione europea dei diritti umani e norme costituzionali*, in F. SALERNO, R. SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, 2011, Torino, p. 1 ss.; F. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Ivi*, p. 9 ss.; ID., *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, fasc. 1, p. 1 ss.

⁷⁶ Sarebbero state certamente possibili soluzioni alternative. A titolo di esempio, il legislatore italiano avrebbe potuto prendere spunto da quanto previsto in ordinamenti processuali a noi vicini, come quello tedesco, dove la § 580(8) ZPO ammette la rimozione del giudicato civile in tutte le ipotesi in cui la Corte EDU abbia accertato una violazione della Convenzione e la decisione nazionale si basi su tale violazione.

La Sección 10 de los Acuerdos Artemisa (sobre los recursos naturales del espacio, la luna y demás cuerpos celestes)

Section 10 of the Artemis Accords (on the natural resources of space, the moon and other celestial bodies)

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Profesor Emérito

Universidad de Murcia

Recibido: 26.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8947

Resumen: Los Acuerdos Artemisa impulsados por los Estados Unidos se firman en 2020 por un grupo de Estados que ha ido creciendo hasta alcanzar (con Grecia en 2024) el número de 34. Una de sus cuestiones más relevantes se refiere al tema de la explotación de los recursos naturales del espacio mismo y de la Luna y demás cuerpos celestes. En esta cuestión, es objetivo último de los Acuerdos conseguir la legalidad de la extracción de los recursos naturales de la Luna.

El éxito de estos textos entre los Estados conduce a pensar que, si no ya mismo, sí en un futuro próximo el principio de la legalidad de extraer los recursos naturales del espacio podría ser una realidad.

La tesis de este trabajo defiende la conveniencia de que el tema se valore y resuelva en el seno de los órganos de Naciones Unidas sobre Derecho del Espacio.

Palabras clave: Principio de no apropiación, interpretación de los tratados, textos políticos, “tierras raras”, tratado internacional, zonas seguras.

Abstract: The Artemis Accords promoted by the United States were signed in 2020 by a group of States that has grown to reach (with Greece in 2024) the number of 34. One of its most relevant issues refers to the issue of the exploitation of the natural resources of space itself and of the Moon and other celestial bodies. In this matter, the ultimate objective of the Agreements is to achieve the legality of the extraction of the Moon’s natural resources.

The success of these texts among States leads us to think that if not in the near future, the principle of legality of extracting natural resources from space could be a reality.

The thesis of this work defends the convenience of the issue being assessed and resolved within the United Nations bodies on Space Law. And, also, that the final result of this effort safeguards the interest of all Humanity in the enjoyment of the benefits that can be obtained from the natural resources of space.

Keywords: Interpretación of treaties, international treaty, non-appropriation principle, political texts, “rare earth elements” (RRE), safe zones.

Sumario: I. Palabras previas. II. Los Acuerdos Artemisa. 1. ¿Quién o quiénes sus autores? 2. ¿Quiénes los han aceptado? 3. ¿Son tratados internacionales? 4. Si no son “tratados”, ¿cuál es su naturaleza?. III. El derecho del espacio sobre los recursos naturales del espacio mismo y de la luna y otros cuerpos celestes. IV. Los Acuerdos Artemisa y la cuestión de los recursos en particular. V. La interacción resultante entre aquél y éstos. 1. Sobre la extracción de recursos naturales estrictamente (párrafo 2 de la sección 2). 2. Sobre las disposiciones relativas a los compromisos de informar de las actividades de extracción y de cooperar para seguir desarrollando reglas y prácticas internacionales sobre el tema (párrafos 3 y 4 de la sección 10). VI. En suma...

A Alfonso Calvo, mi compañero de tantos años, mi amigo.
Con el cariño y la admiración que se merece.

I. Palabras previas

1. Los conocidos como acuerdos artemis o artemisa (una serie de principios sobre cuestiones diversas en torno a las próximas actividades humanas de exploración y uso civil especialmente de la Luna, Marte y de los asteroides)¹ se adoptan en 2020 con el objetivo de iniciar:

“una nueva era de exploración del espacio más de cincuenta años después del histórico aterrizaje del Apolo 11 en la Luna y más de veinte años después del establecimiento de una presencia humana continua a bordo de la Estación Espacial Internacional”².

2. Estos textos se presentan bajo la invocación de Artemisa, diosa griega de la caza y la naturaleza salvaje; también de la castidad. Hija de Zeus y hermana de Apolo, Artemisa fue muy venerada, siendo su lugar de culto más famoso el Templo, a ella dedicado, en la ciudad de Efeso (una de las Siete Maravillas del Mundo Antiguo)³.

Me pregunto si la invocación a Artemisa de estos acuerdos, no nos estará advirtiendo (sutilmente) del escondido propósito de todo este proceso. Al igual que el gigante Orión murió por la picadura del escorpión enviado por Artemisa, para castigarle por haber pretendido violarla, y ambos, hombre y animal, se elevaron al cielo en forma de constelaciones, ¿supondrá la aplicación de estos Acuerdos la desaparición del Derecho del Espacio que conocemos?.

2. Si bien, y más allá, de la machacona sumisión formal, en ocasiones, de estos Acuerdos al Derecho Espacial en vigor, los mismos no son tratados ni generan, por tanto, obligaciones jurídicamente exigibles (lo comprobaremos en todo caso), hay en ellos elementos diversos que advierten de su potencial efecto destructor de las normas del Derecho internacional del Espacio que conocemos o, al menos, de alguno de sus principios más importantes.

Y es que la práctica demuestra que los llamados textos políticos (o acuerdos no normativos), pese a no ser Derecho, se cumplen; y los Acuerdos Artemisa han concitado un enorme interés, que se refleja en determinados aspectos de su contenido y en el creciente número de Estados firmantes (también lo comprobaremos). Y como ha expresado la subdirectora del Proyecto de Seguridad Aeroespacial del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Kaitlyn Johnson:

“A medida que más Estados se adhieren a ellos, especialmente las grandes naciones con vocación espacial, los Acuerdos Artemisa están adquiriendo más y más importancia”⁴.

¹ Cuestiones como las relativas a: Fines pacíficos (sección 3), transparencia (sección 4), interoperabilidad (sección 5), asistencia de emergencia (sección 6), registro de objetos espaciales (sección 7), publicación de datos científicos (sección 8), preservación del patrimonio del espacio ultraterrestre (sección 9), recursos espaciales (sección 10), evitación de conflictos en las actividades espaciales (sección 11), desechos orbitales (sección 12) (pueden consultarse en la traducción al español de los Acuerdos, “Artemis Accords in Translation” [1 MB PDF] [Arabic, Chinese, French, Russian and Spanish], pp. 1-7 [<https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/index.html>]).

² Los Acuerdos se presentan como un instrumento jurídico marco, en cuyo contexto las actividades se desarrollarán y ejecutarán bilateralmente a través de, entre otros, memorandos de entendimiento o acuerdos de aplicación en el marco de acuerdos existentes entre gobiernos, agencias u otros instrumentos (sección 2).

En este sentido, los Acuerdos Artemisa son similares al desarrollo y ejecución del Acuerdo Intergubernamental sobre la Estación Espacial Civil Internacional de 29 de enero de 1998 (BOE 6 de enero de 1999).

³ RODRÍGUEZ, G., “The Artemis Accords”, 9 diciembre 2002, actualizado el 9 de febrero de 2024, <https://www.infoespacial.com> (<https://urldefense.com/v3/>), pp. 1-3, p. 2.

⁴ *Vid.* “Artemisa, de la antigua Grecia a la tecnología espacial”, 03.10.2022 - 04.04.2024, <https://www.trt.net.tr/>

⁵ Cita de RAMIN SKIBBA, “Los Acuerdos Artemisa, liderados por Estados Unidos, sientan las nuevas reglas para la exploración espacial”, <https://es.wired.com>, 14 de diciembre de 2022, pp. 1-10, p. 4 (artículo publicado originalmente en Wired y adaptado por Mauricio Serfatty Godoy, <https://urldefense.com/v3/>).

3. Si estos Acuerdos, como parece previsible, se aplican generarán una corriente prenortativa que, a medida que vaya consolidándose, irá alumbrando normas consuetudinarias que podrían entrar en colisión con el Derecho del Espacio en vigor o, incluso, llegar a enmendar, por vía de interpretación y de su práctica, directamente este.

¿Acaso para acordar un Derecho mejor...?

4. No abordaré, sin embargo, el contenido de conjunto de los Acuerdos⁵, centrando mis consideraciones en el problema de los recursos.

Que, en todo caso (y dejo de lado mis preferencias personales), parece una de las cuestiones de futuro más relevantes.

II. Los acuerdos artemisa

1. ¿Quién o quiénes sus autores?

5. El 6 de abril de 2020, la Administración del Presidente Trump de los Estados Unidos aprobó una orden ejecutiva (*Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space*) que se refería a la explotación de los recursos espaciales y su comercialización⁶; en ella, el Presidente Trump, como en él es norma, afirmaba sin el menor titubeo:

“Americans should have the right to engage in commercial exploration, recovery, and use of resources in outer space, consistent with applicable law. Outer space is a legally and physically unique domain of human activity, and the United States does not view it as a global commons. Accordingly, it shall be the policy of the United States to encourage international support for the public and private recovery and use of resources in outer space, consistent with applicable law” (section 1).

La orden ejecutiva encontró su base legislativa en la ley de 6 de enero de 2015, aprobada por la Administración Obama, cuyo Título IV recogía, por primera vez, la regulación de la minería del espacio:

“Title IV - Space Resource Exploration And Utilization

Space Resource Exploration and Utilization Act of 2015

(Sec. 402) The bill directs the President, acting through appropriate federal agencies, to:

- facilitate the commercial exploration for and commercial recovery of space resources by U.S. citizens;
- discourage government barriers to the development of economically viable, safe, and stable industries for the commercial exploration for and commercial recovery of space resources in manners consistent with U.S. international obligations; and

⁵ Para un análisis jurídico de los Acuerdos Artemisa a la luz del Derecho Internacional *vid. ad ex.* PIENIZZO, A., “Los Acuerdos Artemisa y el futuro de la exploración espacial: un análisis a la luz de los postulados del Derecho del Espacio”, *Boletín informativo/Grupo de jóvenes investigadores/año 4*, núm. 12, pp. 43-47 (Instituto de Relaciones Internacionales-Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Argentina, www.iri.edu.ar); MOVILLA PATEIRO, L., “Hacia un cambio de paradigma en el derecho del espacio ultraterrestre?: los Acuerdos Artemisa”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol.73/2, julio-diciembre 2021, pp. 285-310; DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, CH., “Los Acuerdos Artemisa ante el Derecho Internacional Espacial”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 521-541; ID., “La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a la luz del artículo II del Tratado del Espacio (1967)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 46, diciembre 2023, pp. 91-135 (www.reei.org); también (pero con una dimensión más amplia), FLORES, María del Luján y SAPRIZA, Carlos, “Desarrollos normativos en el ámbito espacial: perspectivas futuras”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 26 (2023-2024), pp. 303-330.

⁶ <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources/>

promote the right of U.S. citizens to engage in commercial exploration for and commercial recovery of space resources free from harmful interference, in accordance with such obligations and subject to authorization and continuing supervision by the federal government.

A U.S. citizen engaged in commercial recovery of an asteroid resource or a space resource shall be entitled to any asteroid resource or space resource obtained, including to possess, own, transport, use, and sell it according to applicable law, including U.S. international obligations⁷.

6. Posteriormente, la orden ejecutiva de abril de 2020 dio lugar a la adopción de los Acuerdos Artemis el 13 de octubre de 2020, para impulsar el Programa Artemis de la NASA.

7. Parece, por tanto, absolutamente legítimo entender que con estos Acuerdos Artemis o Artemisa se pretende sentar las bases para liderar la comercialización del espacio ultraterrestre en un futuro (próximo).

Y es que, como en su excelente exposición de motivos, el Real Decreto 524/2022 precisa:

“Actualmente, el espacio ultraterrestre se ha (...) convertido en un dominio de explotación comercial intensiva, con la proliferación de constelaciones de satélites y lanzadores”⁸

Ya lo había advertido, y en los mismos términos, el RD 1150/2021⁹, que realza la importancia para España de incorporarse a todas las iniciativas internacionales de cooperación, en especial a los programas espaciales de la Unión Europea, así como la conveniencia de crear una Agencia Espacial Española¹⁰.

2. ¿Quiénes los han aceptado?

8. Desde su adopción, el 13 de octubre de 2020, han firmado los Acuerdos 35 Estados:

- 15 de Europa, 13 de ellos miembros de la Unión Europea: Islandia y Ucrania por un lado y, del otro, Alemania, Bélgica, Bulgaria, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Rumania, República Checa, y Grecia (el último de ellos hasta el momento)¹¹.
- 8 de América: Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, México, y Uruguay.
- 8 de Asia: Arabia Saudí, Baréin, Corea del Sur, Emiratos Árabes Unidos, India, Israel, Japón y Singapur.
- 2 de África: Nigeria y Ruanda.
- 2 de Oceanía: Australia y Nueva Zelanda.

9. Más allá de la mera relación de números y nombres, me gustaría apuntar tres datos:

⁷ 2015 U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, H.R.2262-114th Congress (2015-2016), en <https://www.congress.gov>. Para una valoración de la norma estadounidense, FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. DE, “Space Act: una deriva inquietante”, <http://www.infoespacial.com>, 21 de diciembre de 2015.

⁸ Además, por supuesto, de haberse “constituido como la última frontera en confrontación geopolítica” (párrafo sexto del apartado I, del RD 524/2022, de 27 de junio, por el que se dispone el cambio de denominación del Ejército del Aire por la de Ejército del Aire y del Espacio, *BOE* núm. 155 de 28 de junio de 2022, pp. 91.580-91.587, p. 91.580).

⁹ RD 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021, *BOE* núm. 314, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional de 2021, pp. 167.795-167.830, capítulo 3 (riesgos y amenazas), párrafo cuarto del apartado “vulnerabilidad aerospacial” (p. 167.813).

¹⁰ RD 1150/2021, de 28 de diciembre, *op. cit.*, p. 167.822 (capítulo 4: un planteamiento estratégico integrado, segundo eje: una España que promueve la prosperidad y el bienestar de los ciudadanos, apartado Espacio aéreo y ultraterrestre, párrafos tercero y cuarto).

¹¹ “Grecia entra en el programa espacial Artemisa para establecer una base en la Luna”, 10 de febrero de 2024 (<https://es.euronews.com>).

- Primero, Estados Unidos es uno de los firmantes de los Acuerdos (y también, puede decirse, su impulsor).
- Segundo, no figuran hasta el momento en esa lista ni Rusia ni la República Popular China. Y según declaraciones de autoridades espaciales de ambos países ni han firmado los Acuerdos ni tienen intención alguna de hacerlo en el futuro. El Director de la Agencia Espacial Federal de Rusia, Dmitry Rozogin, lo dejó muy claro: “el principio de invasión es el mismo, ya sea en la Luna o en Irak: se crea ‘una coalición de los dispuestos’, y luego, pasando por alto a la ONU e incluso a la OTAN, si alguien tiene dudas sigue adelante hacia la meta”¹²; China en concreto, por su parte, está diciendo: “vamos a hacer nuestras propias reglas”¹³. Lo cual podría describirse como la crónica previamente anunciada de futuros conflictos...
- Y tercero, los Acuerdos han sido aceptados por otros Estados con capacidad espacial demostrada (por ejemplo, y además, claro es, de algunos de los Estados miembros de la Unión Europea, Japón o la India).

3. ¿Son tratados internacionales?

10. Los tratados internacionales son acuerdos, como regla general por escrito, que se formalizan en un instrumento único o en dos más instrumentos conexos (canjes de notas) entre Estados (o eventualmente Estados y Organizaciones internacionales o entre estas), regidos por el Derecho Internacional y obligatorios jurídicamente para las partes¹⁴.

Aunque en el Derecho internacional el principio de libertad de forma les es aplicable¹⁵, la mayoría de los tratados internacionales que se deciden en un solo texto, como en principio podrían ser los Acuerdos Artemisa, tienen por lo común una conformación o estructuración básica:

- Un prólogo (o exposición de motivos).
- El texto o parte sustantiva, que establece el régimen de derechos y obligaciones acordados por sus sujetos partes.
- Y una serie de cláusulas finales.

Pues bien, los Acuerdos Artemisa “parecen” tratados; por los elementos ya apuntados y por otros más formales: como, mencionando un solo botón de muestra (o “a título meramente anecdótico” si se prefiere)¹⁶, el haber sido redactados en todas las lenguas de trabajo de la Organización de Naciones Unidas¹⁷.

11. Y sin embargo no lo son. Hay indicios y un argumento fundamental. Indicios: se habla en los Acuerdos de principios y de política, se dice que los principios de Artemisa se concretarán en una serie, ahora sí, de tratados bilaterales...

¹² MUNDO GEO, “Qué son los Acuerdos de Artemisa”, <https://www.autopista.es/planeta2030/que-son-los-Acuerdos-artemisa-55413-102.html>, pp. 1-5, p. 4.

¹³ *Id.* SERRANO, C., “Qué son los Acuerdos Artemisa con los que EE.UU planea la minería en la Luna (y por qué causan tensión con Rusia)”, 9 de junio de 2020, BBC News Mundo, pp. 1-8, pp. 4-5 (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-52780950>); POZO, D., “Que son los Acuerdos Artemisa de la NASA para explorar la Luna y por qué Rusia [y China debería añadirse] no los ha firmado”, <https://hipertextual.com>, 6 de julio de 2022, pp. 1-5, p. 2 (esta es una versión actualizada de un artículo publicado previamente en Hipertextual, <https://urldefense.com/v3/>); RAMIN SKIBBA, “Los Acuerdos Artemisa, liderados por Estados Unidos...”, *op. cit.* (*supra* nota 4), pp. 6 ss.

¹⁴ Sobre el concepto de tratado *vid.* Gutiérrez Espada, C., *Derecho Internacional Público*, editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 256-281; y Gutiérrez Espada, C. y CERVELL HORTAL, M^a.J., *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 124-131.

¹⁵ Sobre el principio de libertad de forma, GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, *op. cit.* (nota 14) p. 283 (párrafo 28); GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a.J., *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, *op. cit.* (nota 14), p. 125.

¹⁶ LÓPEZ MARCOS, L.A., <https://www.infoespacial.com/texto-diario/mostrar/4202830/naturaleza-juridica-acuerdos-artemis-vision-juridica-comercializacion-espacio>, 8 de marzo de 2023, pp. 1-4, p. 3.

¹⁷ “Accords in Translation (1 MB PDF)...”, *op. cit.* (nota 1 *supra*).

Y sobre todo, el conjunto de su lenguaje lo deja claro: sus firmantes no se consideran obligados en Derecho por los Acuerdos; así en su sección 13 se especifica expresamente que los Acuerdos no cumplen las condiciones requeridas para ser depositados en el registro de tratados que lleva el Secretario General de Naciones Unidas (*vid. infra* párrafo 14). Es suficiente. Basta con esto.

12. Si Los Acuerdos Artemisa no son obligatorios en virtud del Derecho internacional para los Estados en ellos implicados, como de su mismo texto se desprende, queda claro: no son tratados internacionales.

4. Si no son “tratados”, ¿cuál es su naturaleza?

13. Los Acuerdos Artemisa son, sin duda, “textos políticos”, “acuerdos no normativos”, es decir acuerdos entre Estados que establecen reglas de conducta acordadas por ellos, en muchas ocasiones incluso al máximo nivel de autoridad, sobre una materia determinada pero a las que sus Estados parte no consideran vinculantes en términos jurídicos¹⁸.

14. Que los Acuerdos Artemisa son “textos políticos” se desprende, en mi opinión sin duda posible, de sus propias disposiciones.

Por ejemplo, de diversos pasajes de su *Sección 1: Finalidad y Alcance*:

- “La finalidad de estos Acuerdos consiste en establecer una visión común mediante un conjunto práctico de principios, directrices y mejores prácticas (...)”.
- “Los Acuerdos representan un compromiso político (...)”.
- “Los Signatarios tienen la intención de dar cumplimiento a los principios establecidos en estos Acuerdos mediante sus propias actividades adoptando, según corresponda, medidas tales como la planificación de misiones y mecanismos contractuales con entidades que actúen en su nombre”.

O, por ejemplo, de su *Sección 13: disposiciones finales*:

- “2. El Gobierno de los Estados Unidos de América mantendrá el texto original de los presentes Acuerdos y transmitirá al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de estos, que no reúne las condiciones para ser registrada de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, con miras a que sea distribuida a todos los miembros de la Organización como documento oficial de las Naciones Unidas”.

Se recordará que los tratados internacionales de los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas deben registrarse ante el Secretario General de conformidad con el artículo 102 de la Carta¹⁹.

15. Los Acuerdos Artemisa pretenden ir adaptando a una nueva época (en la que la explotación económica del espacio comenzará en un futuro ya cercano y en la que la actividad privada será importante) las normas del Derecho del Espacio elaboradas en los inicios del acceso del hombre a este nuevo mundo. E irlo haciendo sin pasar por el lento proceso de la adopción de tratados internacionales.

¹⁸ En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, CH., “La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a la luz del artículo II del Tratado del Espacio (1967)”, *op. cit.* (nota 5 *supra*), p. 110. Sobre el concepto de “texto político” o “acuerdo no normativo” *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, *op. cit.* (nota 14), pp. 274-280; y GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, *op. cit.* (nota 14), pp. 127-129.

¹⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, *op. cit.* (nota 14 *supra*), pp. 364-366; y GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a. J., *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, *op. cit.* (*supra* nota 14), pp. 149-150.

Como afirmara en su día Jim Bridenstine, administrador de la NASA:

“cuando pensamos en los Acuerdos Artemisa, lo que estamos tratando de hacer es establecer normas de comportamiento que todas las naciones puedan aceptar”²⁰.

“Códigos de conducta” podría decirse también, trayéndonos a la mente el recuerdo de la pugna, en su momento, entre el Código de Conducta de la Unión Europea y el Tratado internacional de Rusia y China para la desmilitarización del espacio ultraterrestre²¹.

III. El Derecho del Espacio sobre los recursos naturales del espacio mismo y de la Luna y otros cuerpos celestes

16. El artículo II del Tratado del Espacio de 1967²² establece el principio de no apropiación nacional, por ningún medio, de los cuerpos celestes, que declara *expressis verbis* fuera de la soberanía de los Estados partes.

Es verdad que no se refiere específicamente a los recursos naturales de los mismos²³. Un concienzudo examen de los trabajos preparatorios (con intervenciones, por ejemplo, de los representantes de Francia y de la Unión Soviética) nos permite pensar que los redactores del Tratado no quisieron dejar precisado en ese momento la posibilidad o no de extraer los recursos naturales de la Luna y demás cuerpos celestes; veían en esta cuestión un problema del futuro lejano.

Es cierto, sí, que dicha omisión dividió a la doctrina en dos posiciones: unos autores consideraron que los recursos naturales, como los propios cuerpos celestes, estaban protegidos por el principio de no apropiación; otros entendieron que dicho principio se aplicaba al espacio ultraterrestre en su conjunto pero no a sus recursos²⁴.

En mi opinión, sin embargo, el Acuerdo sobre la Luna (1979), recuérdese que el Tratado de 1967 fue un acuerdo marco, sentando los Principios que habrían de irse desarrollando, expresamente determina que cuando la exploración de los recursos naturales de la Luna y demás cuerpos celestes de nuestro sistema solar “esté a punto de ser posible”, se elaborará un régimen internacional para la exploración de dichos recursos²⁵. Ergo, hasta entonces, los recursos naturales a los que se refiere el artículo II del Tratado de 1967 no pueden ser objeto de apropiación nacional en ningún caso (...).

17. Parece, por tanto, cierto que el Derecho del Espacio pretendía que tanto la Luna como los demás cuerpos celestes de nuestro sistema solar solo pudiesen ser objeto de explotación económica una vez que la comunidad internacional hubiese acordado el régimen normativo al efecto aplicable.

Pero no ha sido así, finalmente.

²⁰ Desirée Pozo, “Que son los Acuerdos Artemisa de la NASA...”, *op. cit.* (nota 13), p. 1.

²¹ Al respecto *vid. ad ex.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El derecho del espacio en un mundo global: del Tratado de Desarme de Rusia y China al Código de Conducta sobre las Actividades Espaciales de la Unión Europea”, en C. GUTIÉRREZ ESPADA y M^a. J. CERVELL HORTAL (directores), *La Unión Europea como actor global de las Relaciones Internacionales: retos y problemas seleccionados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 427-465, pp. 457-465.

²² Sobre la génesis de este Tratado-Marco y su lugar en el contexto de Derecho del Espacio *vid.* KOPAL, V., “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes”, 2009, pp. 1-11 (https://legal.un.org/avl/pdf/ha/tos/tos_s.pdf).

“El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso o ocupación, ni de ninguna otra manera”, Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes de 27 de enero de 1967, artículo II, BOE, núm. 30, 4 de febrero de 1969, pp. 1.675-1.677.

²⁴ *Vid.* DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, CH., “La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a la luz del artículo II del Tratado del Espacio...”, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pp. 102-105.

²⁵ Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, de 18 de diciembre de 1978, adoptado por la resolución 34/68 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 5 de diciembre de 1979, artículo 11, párrafo 5 (“Los Estados partes en el presente acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable...”).

18. Y acaso todo empiece en el propio texto acordado en 1979. Y es que el Tratado sobre la Luna establece una regulación clave sobre los recursos naturales de nuestro satélite (artículo XI). Naturalmente, la Luna no puede ser objeto de apropiación nacional, declarándose esta y su recurso naturales, “patrimonio común de la humanidad” y estipulándose el compromiso de los Estados partes “de establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos del naturales de la luna, cuando esa explotación esté apunto de llegar a ser posible”, del que se precisa además su finalidad (artículo XI.1, 5 y 7)²⁶. Dicho artículo debe leerse, además, conjuntamente con el artículo XVIII, en el que se establece un reexamen del acuerdo por la Asamblea General de Naciones Unidas, 10 años después de su entrada en vigor; ese plazo se cumplió en 1994, pero la Asamblea General, a petición del propio Comité del Espacio no procedió a la mencionada revisión por considerarlo prematuro²⁷.

El artículo XI fue muy discutido, manifestando Estados Unidos su clara oposición (considerando que el régimen internacional previsto “mina el sistema de libre empresa” e impondría “un control inaceptable sobre las investigaciones espaciales de los Estados Unidos”)²⁸, los Estados del Tercer Mundo una calurosa adhesión²⁹ y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas una calculada ambigüedad³⁰. En el informe correspondiente a 2019, de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del Comité del Espacio, se deja constancia de la opinión de algunas delegaciones de que es, precisamente, el artículo XI, del Acuerdo sobre la Luna el causante de su escasa aceptación por los Estados³¹.

Y, sin duda, puede detectarse en los últimos años una clara resistencia de algunos Estados a seguir asumiendo, en su plenitud inicial al menos, el principio de no apropiación nacional del espacio ultraterrestre, incluidos la Luna y otros cuerpos celestes, y de sus recursos naturales³². Y ello se manifiesta de diversas formas:

- Por ejemplo, en la última edición, por J. Crawford, del Manual del internacionalista británico Ian Brownlie se hace una afirmación merecedora de tener en cuenta: pese a los principios de libertad o de no apropiación, el día en que la actividad del hombre sobre los cuerpos celestes sea regular se construirán instalaciones o bases que generarán algún título de posesión³³.

²⁶ “Entre los entre las principales finalidades del régimen internacional, que se ha de establecer figurarán:

- a) el desarrollo ordenado y seguro de los recursos naturales de la luna;
- b) la ordenación racional de esos recursos.
- c) la ampliación de las oportunidades para el uso de esos recursos;
- d) una participación equitativa de todos los

Estados partes en los beneficios obtenidos de esos recursos, teniendo especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo, así como los esfuerzos de los países que hayan construido directa o indirectamente a la exploración de la Luna” (párrafo 7 del artículo XI).

²⁷ Informe del Comité sobre la Exploración y Utilización del Espacio con Fines Pacíficos...1994. *Documentos oficiales de la Asamblea General, 49º periodo de sesiones, suplemento número 20 A/49/20* (1994), párrafos 152-153; y resolución 49/34, de 9 de diciembre de 1994, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, párrafo 42

²⁸ CHRISTOL, C., Q., “The Moon Treaty enters into force”, *The American Journal of International Law*, 79 (1985), núm. 1, pp. 163-168, pp. 164 ss.; ID., “The Moon Treaty and the allocation of resources”, *Annals and Air and Space Law*, XXII (1997), pp. 31-52.

²⁹ Sobre la posición de estos Estados, JASENTULIYANA, N., “The role of developing countries in the formulation on Space Law”, *Annals of Air and Space Law*, XX (1995), Part II, pp. 95-138.

³⁰ Vid. MATEESCO MATTE, N., “Treaty relating to the Moon”, en N. JASENTULIYANA Y ROY S. K. LEE (Editores), *Manual on Space Law*, Sijthoff-Oceana, Alphen aan Rijn-Dobbs Ferry, vol. I, 1979, pp. 253-282, pp. 267 ss.

³¹ Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos sobre su 58 periodo de sesiones, celebrado en Viena del 1 al 12 de abril de 2019, doc.: A/AC.105/1203, 18 de abril de 2019, pp. 1-55, p. 16, párrafo 80.

³² Vid. ad ex. PIÑEROS TORRES, A., “De la extracción y explotación de recursos naturales en el espacio ultraterrestre, la luna y los cuerpos celestes. Una regulación jurídica”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes, núm. 12, diciembre de 2014, pp. 1-30; CORREA OLARTE, M.X., “Estado actual del proceso de territorialización del espacio ultraterrestre por parte de Colombia y recomendaciones para su consolidación”, *Perspectiva Geográfica*, vol. 22 (2017), núm. 1, pp. 147-169; BLINDER, D., “Geopolítica y recursos naturales espaciales”, *PAAKAT: Revista de Tecnología y Sociedad*, Universidad de Guadaluajara, núm. 15, 2018, pp. 1-33.

³³ CRAWFORD, J., *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012 (8ª ed.), p. 349 (también en la 9ª ed. de 2019, p. 335).

- Y no es un tema de ciencia ficción, hablar de la explotación de los recursos naturales de la Luna, por no ir más allá los restantes cuerpos celestes de nuestro sistema solar³⁴: todas las potencias espaciales ya han comenzado, investigar las posibilidades; Japón, India, China, y la agencia espacial europea han enviado sondas en la pasada década, y los Estados Unidos han contado desde años con *the Lunar Reconnaissance Orbiter* en órbita alrededor de nuestro satélite. Todas estas sondas contaban (y cuentan) con equipos para levantar mapas de los recursos lunares. Es solo cuestión de tiempo que alguno de estos Estados encuentren “rentable” ir allí e iniciar actividades mineras³⁵. De hecho, Estados Unidos (*supra* párrafos 5-6) y otros Estados (*infra* párrafo 22), ya han adoptado legislaciones internas que prevén esa posibilidad.
- Item más, nuestros expertos dicen que a medida que la tecnología avance (ordenadores, teléfonos móviles, relojes y muchos otros aparatos electrónicos), la necesidad de “tierra raras” (*REE, Rare Earth Elements*), minerales como el europio o el tantalio, será cada vez mayor y en mayores cantidades. Éstos elementos son escasos en la Tierra. En un informe solicitado (2010) por un órgano de revisión del Congreso de los Estados Unidos, se afirma que “China suministra mayor parte de los minerales (tierra raras) que hacen posible el uso de tecnologías como los automóviles híbridos, las turbinas para la generación de energía a partir del viento, los discos duros de los computadores y teléfonos móviles en el resto del mundo”. El informe añade que “el gobierno chino ha advertido de que sus propias demandadas industriales podrían obligarle a dejar de exportar tierra raras en los próximos cinco o diez años”³⁶. La conclusión es sencilla, aunque sea posible (durante dos o tres décadas) que la escasez de “tierra raras” impulse la exploración minera en la Tierra, en una o dos décadas más habrá que comenzar a buscar “tierras raras” fuera de ella. Los expertos ya saben, aunque sin precisión aún en cuanto a la abundancia de minerales de este tipo, que en la Luna, como las misiones enviadas en los últimos años permiten afirmar, existen huellas de europio y tantalio en su superficie. Con el descubrimiento de la existencia de agua en la luna, la NASA lo recoge en su web (www.nasa.gov), que hace de la construcción de una base en nuestro satélite un objetivo más asequible (más barato) y más práctico, la posibilidad de iniciar la exploración y explotación minera de la Luna crece...
- Y son muchas aún las sorpresas que los minerales de la Luna y demás cuerpos celestes nos reservan. Como los extraídos en 2021 por la misión china (sonda Chang'e 5) en *Oceanus Procellarum* de nuestro satélite han demostrado³⁷.
- En ocasiones, hasta en la terminología empleada por algún autor sobre este problema, aún pendiente del Derecho del Espacio, terminología, diría yo, entre “provocadora” y “reveladora” de lo que se piensa, se manifiesta esta tendencia. Así, en el resumen de una autora reciente, a la que ya me he referido, sobre el artículo que escribe a propósito del régimen jurídico de los recursos naturales del espacio, puede leerse:

“en el artículo, se destaca la importancia de la concienciación sobre la utilización y ocupación de ese espacio [al espacio ultraterrestre se refiere], la promulgación de leyes y políticas bajo un marco jurídico colombiano, consolidado y el desarrollo técnico, científico y académico para iniciar un proceso de territorialización del espacio ultraterrestre por parte de Colombia”³⁸.

³⁴ *Vid. ad ex.* el interesante análisis que de la situación actual del tema ha llevado a cabo Fernando RUIZ DOMÍNGUEZ, F., “Minería espacial: el nuevo reto de la inteligencia económica”, *Documento de Opinión*, Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 102/2018, 11 de octubre de 2018, pp. 1-17.

³⁵ BRYTTINGHAM, BRYON C., “Does the world really need new Space Law”, *Oregon Review of International Law*, 12 (2010), pp. 31-54, p. 32.

³⁶ <http://www.abc.es/20101005/ciencia/busca-tierras-raras-luna-201010051544.html>.

³⁷ BIOSCA, P., “Una misión china descubre un mineral desconocido en la Luna”, 6/02/2024, pp. 1-5, <https://www.abc.es> (<https://urldefense.com/v3/>)

³⁸ CORREA OLARTE, M.X., “Estado actual del proceso de territorialización del espacio ultraterrestre...”, *op. cit.* (*supra* nota 31).

IV. Los Acuerdos Artemisa y la cuestión de los recursos en particular

19. El tema de los recursos viene regulado en la sección 10 de estos acuerdos (*sección 10. Recursos espaciales*). Que dice así:

1. Los Signatarios hacen notar que la utilización de recursos espaciales puede beneficiar a la humanidad al brindar un respaldo fundamental para operaciones seguras y sostenibles.

2. Los Signatarios ponen de relieve que la extracción y la utilización de recursos espaciales (incluida toda recuperación de las superficies o subsuperficies de la Luna, Marte, cometas o asteroides) deberían realizarse de modo tal que cumplan con el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre y en apoyo de actividades espaciales seguras y sostenibles. Los Signatarios afirman que la extracción de recursos espaciales no constituye intrínsecamente apropiación nacional en virtud del artículo II del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, y que los contratos y demás instrumentos jurídicos relativos a los recursos espaciales deberían ser compatibles con dicho Tratado.

3. Los Signatarios se comprometen a informar al Secretario General de las Naciones Unidas —al igual que al público y la comunidad científica internacional— sobre sus actividades de extracción de recursos espaciales, de conformidad con el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre.

4. Los Signatarios tienen la intención de utilizar la experiencia obtenida en el marco de los Acuerdos para contribuir a las labores multilaterales a fin de seguir desarrollando prácticas y reglas internacionales aplicables a la extracción y utilización de recursos espaciales, por ejemplo, mediante las labores en curso en la COPUOS³⁹.

20. Comentaré estas disposiciones al hilo de su relación y eventual interacción con el Derecho del Espacio en vigor.

V. La interacción resultante entre aquél y éstos

1. Sobre la extracción de recursos naturales estrictamente (párrafo 2 de la sección 2)

21. Si como parece cierto, el derecho del espacio en vigor (en particular, el tratado del espacio de 1967 así como, pues forma parte del desarrollo normativo de este, el acuerdo sobre la luna de 1979) quiso evitar que la luna y los demás cuerpos celestes de nuestro sistema solar pudiesen ser objeto de apropiación nacional alguna, y ello, a la luz de las reglas de interpretación de los tratados establecidas por la convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, implica o abarca los recursos naturales que en los mismos pueden encontrarse, resulta más que evidente, dada su redacción en este tema, que los acuerdos artemisa no aceptan (se rebelan, podría decirse, contra) el derecho del espacio con el que se encontraron cuando fueron adoptados.

Porque, recordémoslo, qué dicen sobre esta particular cuestión, los acuerdos nacidos bajo la protección de artemisa? Permítanme que reproduzca el párrafo 2 de la sección 10 de los LOS ACUERDOS CITADA *supra*:

Sección 10. Recursos espaciales

1. (...).

2.(...) *Los Signatarios afirman que la extracción de recursos espaciales no constituye intrínsecamente apropiación nacional en virtud del artículo II del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, y que los contratos y demás instrumentos jurídicos relativos a los recursos espaciales deberían ser compatibles con dicho Tratado.*

3. (...)

4. (...).

³⁹ Traducción al español, pp. 4-5, “Artemis Accords in Translation” (1 MB, PDF), *op. cit.* (nota 1 *supra*).

22. La interpretación que del artículo II del Tratado del Espacio (1967) defienden los firmantes de los Acuerdos Artemisa resulta contraria a la que, en realidad, del mismo se deduce.

- De una parte, de la interpretación que del mismo artículo II cabe hacer, de conformidad con las normas que sobre esta cuestión se establecieron, primero, en el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y, seguidamente, la también Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre estas. El artículo 31 de ambos determina (*infra* me referiré a la disposición del párrafo 3 de este mismo artículo que se refiere, en concreto, a la práctica ulterior de las partes en el tratado), como la regla general de interpretación, que los términos del tratado deben interpretarse no aisladamente sino en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, debiendo tenerse en cuenta además (como reitero en el párrafo siguiente) todo acuerdo ulterior celebrado por sus Estados partes que se refiera al tratado⁴⁰.
- De otra, es sabido que el Tratado del Espacio de 1967 es una especie de Tratado-Marco que generó un desarrollo normativo de sus Principios en tratados sucesivos: el Acuerdo sobre astronautas y objetos espaciales (1968), el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1971), el Convenio sobre registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (1974) y el Acuerdo sobre la Luna y otros cuerpos celestes de nuestro sistema solar (1979). Pues bien, el Acuerdo sobre la Luna, y a los efectos que pretendo no importa (más tarde precisaré esta idea) que haya entrado en vigor pero que vincule a un número muy reducido de Estados, al desarrollar los principios pertinentes del Tratado de 1967, deja manifiestamente claro que no solo la Luna y demás cuerpos celestes *in toto*, sino también sus recursos naturales son, y nada menos, si se me permite el asombro (con lo que está cayendo), patrimonio común de la humanidad.

Ahora bien, los Estados partes en los Acuerdos Artemisa aceptan que la extracción de “recursos espaciales” no supone un atentado al principio que prohíbe apropiación de recursos de los cuerpos celestes. Ellos interpretan, ante la ausencia en el texto del Tratado General del Espacio (1967) de una prohibición expresa y concreta de dicha actividad, que el principio de no apropiación no se extiende *strictu sensu* a la extracción de recursos.

O, como explica muy gráficamente el ya mencionado Jim Bridenstine, Administrador de la NASA:

“el artículo II del Tratado del Espacio Ultraterrestre dice que no se puede apropiarse la luna para la soberanía nacional. Estamos totalmente de acuerdo con eso y lo aceptamos. También creemos que, al igual que en el océano, se pueden extraer recursos del océano. Pero eso no significa que seas dueño del océano. Deberías poder extraer recursos de la luna. Poseer los recursos, pero no poseer la Luna”⁴¹.

23. Es de interés mencionar, por lo demás, que algunos de los Estados (partes en el Tratado de 1967) firmantes de los Acuerdos Artemisa han adoptado normas internas de conformidad con estos.

Tal es el caso de Estados Unidos (2015), Luxemburgo (2017), Emiratos Árabes Unidos (2019) y Japón (2021)⁴².

24. Los Estados partes en el Tratado del Espacio (1967), y firmantes de los Acuerdos Artemisa, no deberían poner en práctica el párrafo 2 de la Sección 10 de dichos Acuerdos, pues implicaría la violación, por su parte, del artículo II del Tratado del Espacio (1967).

No al menos hasta que, en su caso, hubiese cuajado una norma consuetudinaria en sentido contrario que les fuese oponible o el mencionado precepto del Tratado del Espacio pudiera ser interpretado de conformidad con el párrafo 2 de la sección 10 de los Acuerdos Artemisa.

⁴⁰ *Vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, *op. cit.* (nota 14), pp. 448-452; y GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M^a.J., *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, *op. cit.* (nota 14), pp. 274-278.

⁴¹ Citado por Desirée POZO, “Que son los Acuerdos Artemisa de la NASA...”, *op. cit.* (nota 13), pp. 4-5.

⁴² Un análisis de las mismas en DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, CH., “La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a la luz del artículo II del Tratado del Espacio...”, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pp. 118-128.

25. Las circunstancias presentes en este asunto llevan a pensar (y desde luego así ocurre con el autor de esta ponencia) que la interpretación del artículo II del Tratado del Espacio (1967), vista la defección del Acuerdo sobre la Luna (1979)⁴³, podría estar a punto (no me atreveré a decir sin más que lo haya hecho ya) de haber cambiado, de modo que el éxito que los Acuerdos Artemisa han tenido en conseguir la implicación, a principios del presente 2024, de más de treinta Estados (*supra* párrafos 8 y 9), estaría en el filo de la navaja, nada menos, de la tesis que, de acuerdo con las normas sobre interpretación de los tratados, sería posible dudar de que las actividades de extracción de los recursos naturales que puedan llevar a cabo Estados partes en el Tratado General del Espacio de 1967 estén prohibidas por el mencionado precepto de dicho Tratado.

Y es que el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina, en su artículo 31.3.b, que para la interpretación de los tratados puede tenerse en cuenta “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”. De ahí que se haya pensado que:

“El artículo 31 (3) reflejaría la interpretación de los Acuerdos Artemis en todas aquellas materias que no han sido reguladas [expresa o específicamente añadiría yo] por el OST [Tratado del Espacio de 1967]”⁴⁴.

Es importante, con todo, advertir, lo que el autor que acabo de citar no tiene en cuenta, que los trabajos preparatorios del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados no exigen que la práctica ulterior sea la de todas las partes en el tratado, bastando sólo la de algunas si las demás Estados implicados no se oponen⁴⁵. Y es aquí donde me surgen dos reflexiones que alimentan mis dudas de que los Acuerdos Artemisa hayan provocado ya una reinterpretación del artículo II del Tratado del Espacio:

- De un lado, las firmes objeciones a los Acuerdos de dos grandes potencias espaciales pueden enturbiar lo que parecía claro como el agua (...).
- Y también, de otro, son muchos los Estados partes en el Tratado del Espacio de 1967, demasiados si los comparamos con los firmantes de los Acuerdos.

Y aún así, si el número de firmantes de los Acuerdos se va incrementando (...)

2. Sobre las disposiciones relativas a los compromisos de informar de las actividades de extracción y de cooperar para seguir desarrollando reglas y prácticas internacionales sobre el tema (párrafos 3 y 4 de la sección 10)

26. Aunque la obligación de informar al Secretario General de Naciones Unidas, así como al público y a la comunidad científica internacional, de sus actividades en el espacio, la Luna y otros cuerpos

⁴³ Buena parte de la doctrina, considerando que tras 45 años solo lo han ratificado 18 Estados (ninguno de ellos potencia espacial), entiende que el Acuerdo ha fracasado. La sensación se agudiza al observar la retirada a principios de 2023 de uno de sus Estados partes (Arabia Saudí), hecho que jamás había ocurrido anteriormente respecto de los cinco tratados sobre Derecho del Espacio ya adoptados (*vid. ad ex.* WEDENIG, S.M. y NELSON, J.W., “The Moon Agreement: Hanging by a Thread?”, *Commentaries on Air & Space Law*, 2023, pp. 1-9).

⁴⁴ LÓPEZ MARCOS, L.A., <https://www.infoespacial.com/texto-diario/mostrar/4202830/naturaleza-juridica-acuerdos-artemis-vision-juridica-comercializacion-espacio..>, *op. cit.*, p. 4.

Sobre el artículo 31.3 del Convenio de Viena *vid.* GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, *op. cit.* (*supra* nota 14), pp. 450-451; y GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.J., *Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, *op. cit.* (*supra* nota 14), pp. 276-277.

⁴⁵ Comentario núm. 15 a los artículos 27 y 28 del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Derecho de los Tratados, *Anuario Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 243 (*cit. por* GUTIÉRREZ ESPADA, C., *Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, párrafo 48 de la lección 9, pp. 450-451; véase también THIRLWAY, H., *The Law and Procedure of the International Law of Justice (1960-1989). Part three*”, *The British Yearbook of International Law*, LXII (1991), pp. 1-75, p. 52; y DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, CH., “La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a la luz del artículo II del Tratado del Espacio...”, *op. cit.* (*supra* nota 5), pp. 116-134).

celestes, ya es una obligación que figura en el Tratado del Espacio de 1967⁴⁶, los Acuerdos Artemisa, que enmiendan por vía de interpretación, como he apuntado, el artículo II del Tratado, extienden dicha obligación de informar a “sus actividades de extracción de recursos espaciales”⁴⁷.

Importante y, *por un lado*, positiva precisión sin duda, que podría ayudar, de ser (como resultaría conveniente) el caso, a la adopción de un régimen internacional que regulase esta cuestión. *Por otro lado*, sin embargo, el párrafo 3 de la Sección D de estos Acuerdos conjura un concepto menos positivo y susceptible de generar conflictos; me refiero a la noción de “zonas seguras”, a la que también se refieren los Acuerdos Artemisa. A dicha noción, y a lo que la misma implica, me refiero en el siguiente párrafo.

27. Los Estados firmantes de los Acuerdos podrán crear “zonas de seguridad” en las áreas en las que se desarrollen actividades relativas a la extracción de los recursos. Aún en el entendido de que dichas zonas serán temporales, concluyendo (sin precisiones mayores sobre su eventual duración) una vez que la operación en cuestión haya finalizado, representan en todo caso el ejercicio por el Estado en cuestión de funciones de control sobre partes determinadas de la Luna; desde este punto de vista en mi opinión no cabe la menor duda de que el concepto de “zonas seguras” de los Acuerdos Artemisa desborda el planteamiento del artículo IX del Acuerdo sobre la Luna (1979) sobre las bases o instalaciones que pudieran establecerse en ella⁴⁸. O, como Michelle Hanlon, codirectora del Programa de Derecho del Espacio de la Universidad de Mississippi, declaró a BBC Mundo:

“Si se ve de la manera más pesimista o cínica, no hay duda de que las zonas seguras son una forma de reclamar derecho sobre una propiedad... Es una forma de decir ‘no te puedes acercar tanto a mí’... Va a haber mucho conflicto en la interpretación que Estados Unidos haga del Tratado del Espacio para justificar que pueden extraer recursos de la Luna”⁴⁹.

Ítem más, dado que los recursos naturales de la Luna se concentrarán más que probablemente en zonas determinadas, que serán las que interesen a los Estados o empresas que pretendan su explotación, el concepto de área o zona de seguridad puede dar lugar a más interferencias y problemas de los que pretende evitar⁵⁰.

Y esto es así sin más por mucho que, en la Sección 11 de los Acuerdos, se hayan establecidos pautas que los Estados signatarios deben cumplir a fin de “contener” en lo posible el ejercicio de jurisdicción sobre el suelo y subsuelo de nuestro satélite⁵¹.

VI. En suma...

28. Los Acuerdos Artemisa o han provocado (o, probablemente mejor, están cerca de hacerlo)⁵²

⁴⁶ “A fin de fomentar la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, los Estados Partes en el Tratado que desarrollan actividades en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y de otros cuerpos celestes, convienen en informar, en la mayor medida posible dentro de lo viable y factible, al Secretario general de las Naciones Unidas, así como al público y a la comunidad científica internacional acerca de la naturaleza, marcha, localización y resultados de dichas actividades. El Secretario general de las Naciones Unidas debe estar en condiciones de difundir eficazmente tal información, inmediatamente después de recibirla” (Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna..., artículo XI).

⁴⁷ Párrafo 3 de su Sección 10, *op. cit. (supra nota 1)*.

⁴⁸ Coincido en este punto con la lúcida observación de la profesora Movilla (MOVILLA PATEIRO, L., “Hacia un cambio de paradigma en el Derecho del Espacio Ultraterrestre? (...)”, *op. cit. (op. cit. supra nota 5)*, p. 295.

⁴⁹ SERRANO, Carlos, “Qué son los Acuerdos Artemisa con los que EE.UU planea la minería en la Luna...”, *op. cit. (supra nota 13)*, p. 5.

⁵⁰ *Vid. ad ex.* ELVIS, M., KROLIKOWSKI, A., MILLIGAN, T., “Concentrated lunar resources: imminent implications for governance and justice”, *Philosophical transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, vol. 379 (2.188), 2020, pp. 1-21.

⁵¹ *Vid.* los párrafos 7-11 de la sección 11 (Evitación de conflictos en las actividades espaciales), traducción al español, pp. 6-7, “Artemis Accords in Translation” (1 MB PDF) (Arabic, Chinese, French, Russian and Spanish), *op. cit.*, pp. 6-7.

⁵² La cautela que, se observará, empleo viene de la mano sobre todo del hecho de que dos grandes potencias espaciales no los han aceptado: Rusia, de una parte, y China de otra (*vid. supra* párrafos 8 y 9).

una reinterpretación del Derecho del Espacio en vigor. De acuerdo con ella, sus Estados partes pueden extraer recursos naturales de la Luna y demás cuerpos celestes. Un joven profesor de Derecho internacional español lo ha expresado del siguiente modo:

“En conclusión, los Acuerdos Artemisa adoptan una posición concreta en el debate abierto en torno a la posibilidad de utilizar los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes con fines distintos a los de la investigación científica o sustentación de las colonias espaciales (...). Esta postura (...) puede resumirse en que la extracción y posterior apropiación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes, *está permitida siempre y cuando dicha explotación no suponga una apropiación por uso del cuerpo celeste o sector espacial del que se están extrayendo los recursos en cuestión*⁵³.

Habida cuenta, con todo, que Rusia y China no se han declarado dispuestas a aceptarlo, pueden surgir conflictos importantes sobre la explotación de dichos recursos.

29. Pero hay algo más, los Acuerdos, precisamente porque aceptan la explotación unilateral de los recursos de la Luna y demás cuerpos celestes, han adoptado conceptos (como el de zona segura) que presuponen el control o jurisdicción nacional sobre aquellos lugares en los que se está llevando a cabo la extracción de recursos. Por más cautelas formales que se hayan adoptado⁵⁴, lo que en el fondo queda es que sobre partes de los cuerpos celestes se producirá lo que el profesor Ian Brownlie llamó “una especie de posesión”⁵⁵.

Los conflictos entre los Estados implicados en los Acuerdos Artemisa que el concepto de zonas seguras generarán serán una más que sería posibilidad y no digamos los que afecten a Estados implicados en dichos Acuerdos y Estados que no (como la Federación de Rusia, o la república Popular de China) (*vid. supra* párrafo 26).

30. La opinión actual de los Estados a propósito de los Acuerdos Artemisa, según se deduce de los debates habidos en el último periodo de sesiones del Comité del Espacio de Naciones Unidas y, en concreto, de su Subcomisión de Asuntos Jurídicos, no es unánime. Así:

- Para algunas delegaciones los Acuerdos Artemisa “subrayaban... principios esenciales y representaban un punto de partida... en lo tocante a la labor futura relativa a los recursos espaciales”⁵⁶.
- Para otras, dichos Acuerdos “se estaban aplicando fuera del marco de las organizaciones internacionales” y “darían lugar a una fragmentación entre los Estados miembros de la Naciones Unidas”⁵⁷.

31. Por todo ello, y aun aceptando que la posición de quienes entienden que el artículo II del Tratado General del Espacio no afecta necesariamente a los recursos naturales del espacio y sus cuerpos celestes, sigue ganando apoyos “y puede ser considerada la posición dominante”⁵⁸, considero más que razonable que los firmantes de los Acuerdos Artemisa y el Grupo de Trabajo creado en el seno de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del Comité sobre la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos⁵⁹ se reúnan cuanto antes y decidan avanzar en la elaboración de unas reglas

⁵³ DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, CH., “La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a la luz del artículo II del Tratado del Espacio...”, *op. cit. (supra* nota 5), p. 113.

⁵⁴ *Vid. supra* nota 51.

⁵⁵ *Vid. supra* nota 33.

⁵⁶ *Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos sobre su 62 periodo de sesiones, celebrado en Viena del 20 al 31 de marzo de 2023, A/AC.105/1285*, 13 de abril de 2023, pp. 1-52, p. 57, párrafo 170.

⁵⁷ *Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos sobre su 62 periodo de sesiones (...), doc.: A/AC.105/1285, op. cit. (supra* nota 56), p. 29, párrafo 185.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ EXPÓSITO, CH., “La explotación de los recursos naturales del espacio ultraterrestre y sus cuerpos celestes a la luz del artículo II del Tratado del Espacio...”, *op. cit. (nota 5 supra)*, p. 135.

⁵⁹ Sobre el Grupo de Trabajo y las reflexiones y acuerdos a los que hasta ahora ha llegado *vid. Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos sobre su 62 periodo de sesiones (...), doc.: A/AC.105/1285, op. cit.*, pp. 23-31, párrafos 157-202.

comunes sobre las actividades de exploración y utilización de los recursos naturales del espacio y los cuerpos celestes.

32. Unas reglas que consagren los principios básicos acordados años atrás, tan ingenuos, tan valiosos, tan generosos para la Humanidad:

- El principio de no apropiación nacional del espacio.
- El de libertad de acceso a todas las zonas de los cuerpos celestes.
- Y, en fin, siendo lo último pero no lo de menor importancia, el principio según el cual los beneficios que emanen de los recursos del universo, en el que todos nacimos y vivimos, deben llegar a todos los seres humanos⁶⁰.

Me sumo, pues, con entusiasmo a la opinión expresada por algunas delegaciones en el seno de la Comisión del Espacio en 2023:

“se expresó la opinión de que, teniendo en cuenta que en el Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, se disponía que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incumbían a toda la humanidad, y que en el Acuerdo sobre la Luna se establecía que la Luna y sus recursos naturales eran patrimonio común de la humanidad, era crucial que en el seno de la Comisión se elaborara un régimen internacional relativo a la exploración, explotación y utilización de los recursos espaciales que fuera coherente con esos principios fundamentales del derecho internacional del espacio, y que ello fuera una de las principales uno de los principales resultados del grupo de trabajo”⁶¹

⁶⁰ Y no estoy solo en esta posición. La conveniencia de que la regulación futura sobre los recursos naturales del espacio se incardine finalmente en el marco de las instituciones que han ido generando el Derecho del Espacio desde la década de los cincuenta, y que dicha regulación mantenga el principio fundamental de que los beneficios que de esta nueva aventura humana no pueden quedar encerrados en el cofre de los más poderosos, ha sido defendida, asimismo, por diversos autores. *Vid. ad ex.* por todos ellos, FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. DE, *LAS CONTROVERTIDAS CUESTIONES SOBRE LA MINERÍA espacial. Laguna jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*, Editorial Kinnamon, Santa Cruz de Tenerife, 2020, pp. 68-69; ID., “La explotación de los recursos naturales en el espacio ultraterrestre”, Blog FIDE El Confidencial, 14/09/2023, pp. 1-6 (<https://blogs.elconfidencial.com>), pp. 5-6.

⁶¹ *Informe de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacífico, 66 periodo de sesiones (31 de mayo al 9 de junio de 2023). Asamblea General. Documentos oficiales 68º periodo de sesiones. Suplemento número 20, doc.: A/78/20*, Naciones Unidas, Nueva York, 2023, pp. 1-53, p. 30, párrafo 229.

Ejecución de un acto administrativo español en Italia
por medio del Reglamento UE 1215/2012, relativo
a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución
de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

Execution of a Spanish administrative act in Italy through
Regulation (EU) n° 1215/2012, on jurisdiction
and the recognition and enforcement of judgments in civil
and commercial matters

JUAN J. GUTIÉRREZ ALONSO

*Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad de Granada*

Recibido: 26.07.2024 / Aceptado: 10.10.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8948

Resumen: En este trabajo se analiza el intento de ejecución de un acto administrativo español en Italia por medio del Reglamento EU 1215/2012, que excluye de su ámbito de aplicación la materia administrativa. Se refiere y estudia asimismo el itinerario judicial seguido en la jurisdicción italiana y española, evidenciando la confusión y problemas que puede originar la consideración de un acto administrativo como título ejecutivo civil o mercantil.

Palabras clave: Acto administrativo, ejecución de documentos públicos, Reglamento de Bruselas I bis, Ley de Enjuiciamiento Civil, Títulos ejecutivos de naturaleza privada, problemas de jurisdicción.

Abstract: In this work we analyze the attempt to execute a Spanish administrative act in Italy through EU Regulation 1215/2012, which excludes administrative matters from its scope of application. Also, the judicial itinerary followed in the Italian and Spanish jurisdiction is referred and studied in this article, evidencing the confusion and different problems that can arise from considering an administrative act as a civil or commercial executive title.

Keywords: Administrative act, execution of public documents, Brussels Regulation I bis, Civil Procedure Law, executive titles of a private nature, jurisdiction problems.

Sumario: I. El acto concreto objeto de análisis y el marco normativo del reconocimiento y ejecución; II. Impugnación contencioso-administrativa en España del acto III. El certificado europeo expedido por el Ministro, su impugnación ante la Audiencia Nacional y las resoluciones judiciales italianas que afrontan el reconocimiento y ejecución del acto. IV. Conclusiones.

I. El acto concreto objeto de análisis

1. Habida cuenta la singularidad y complejidad del caso objeto de análisis, debemos pedir una cierta comprensión por adelantado si la exposición no resulta lo suficientemente clara o la superposición de acontecimientos dificulta su seguimiento, aunque intentaremos abordar la cuestión del modo más preciso posible.

En la sección «*Autoridades y personal*» del Boletín Oficial del Estado, de fecha 21 de febrero de 2015, se publicó el Real Decreto 108/2015, de 19 de febrero, por el que se nombra Rector del Real Colegio de San Clemente de los españoles en Bolonia, que es el acto cuya tramitación, publicación e intentos de reconocimiento y ejecución por medio del Reglamento UE 1215/2012, vamos a tratar. Conviene señalar con carácter previo, para una adecuada contextualización, algunas cuestiones.

El Colegio de San Clemente de los españoles en Bolonia lo fundó el Cardenal Gil de Albornoz en 1364 mediante testamento otorgado ante notario apostólico. Se trata de un ente privado e independiente, como independientes son sus medios de vida y su relación con el entonces Patronato de la Corona, que ya no existe hoy como tal. Sus bienes y patrimonio son de origen familiar y pontificio, siendo además el único medio para cumplir la voluntad fundacional de Gil de Albornoz, que sigue desarrollándose en la actualidad después de 660 años¹.

El Colegio, además, no se encuentran en ningún catálogo de la Administración española porque nunca han pertenecido al Estado español ni al patrimonio de la Corona. Ha sido, por resumirlo, una institución que ha procurado a nuestra nación un sinfín de estudiosos, pensadores e intelectuales a lo largo de sus casi siete siglos de existencia y que precisamente por este motivo ha merecido atención y protección por parte de las autoridades nacionales.

Las actuales normas que lo rigen se contienen en un Reglamento aprobado mediante Real Decreto de 20 de marzo de 1919, que remite a las primeras del siglo XIV y a la voluntad de su fundador, el Cardenal Gil de Albornoz, quedando siempre bajo la autoridad de la casa o linaje de Albornoz, es decir, sus familiares y/o descendientes².

2. A mediados de 2014 se conoció el deseo del Rector D. José Guillermo García Valdecasas de retirarse después de un excepcional trabajo durante más de treinta años de dedicación plena que procuró un formidable legado en todos los ámbitos.

En la reunión de Junta de Patronato, que es el órgano de gobierno del Colegio según lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de los mencionados Estatutos, de fecha 13 de octubre de 2014, se propuso un nuevo Rector bajo la modalidad de contrato de alta dirección por año a prueba. Una opción insólita en la tradición histórica del Colegio y desde luego de muy difícil encaje en sus propias normas de funcionamiento como veremos más adelante.

Esta decisión dio lugar a una contestación entre los antiguos colegiales y también provocó una serie de decisiones por parte del D. Íñigo de Arteaga y Martín, Presidente y Patrono del Colegio. No ha lugar en este momento entrar en detalle sobre las mismas, pero sí conviene señalar que dichas decisiones provocaron que el anterior Rector siguiera interinamente en el cargo y que dos miembros del Patronato, los Srs. Fernando Suárez González y Raimundo Bassols Jacas, fueran expulsados del mismo al constatar, según el Patrono y Presidente, que uno no ejercía la condición que ostentaba, es decir, la de representante de los antiguos colegiales, sino que actuaba por cuenta propia e interés de terceros, y que otro, que

¹ El Colegio y sus bienes no se refieren en la Ley de 12 de mayo de 1865, sobre el patrimonio de la Corona, que en sus artículos 29 y 30 había dispuesto, ni más ni menos, una organizada y cualificada comisión para realizar el inventario del patrimonio de la Corona. El Colegio tampoco estuvo en el catálogo de bienes de la Ley de 26 de junio de 1876, de patrimonio de la Corona, ni bajo la Ley de 7 de marzo de 1940, sobre patrimonio nacional, y menos en la vigente Ley 23/1982, de patrimonio nacional. Nunca estuvo adscrito al patrimonio de los reyes de España ni bajo el ámbito de aplicación de la Ley General de Beneficencia de 1849. No es resultado tampoco del ejercicio del derecho recogido en el artículo 34 de la Constitución de 1978 ni ninguna otra anterior que le sea asimilable. Tampoco estuvo nunca sometido a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones. Menos aún, a la siguiente y actualmente vigente Ley 50/2002, de diciembre, de fundaciones.

² Sobre los Estatutos del Colegio y la evolución histórica de sus normas internas y de funcionamiento véase la publicación en el diario El Mundo del 8 de enero de 2021.

ocupaba la condición de sexto miembro en el Patronato, en realidad no estaba previsto en las normas estatutarias y por tanto no tenía derecho a participar en las reuniones del órgano de gobierno del Colegio.

Sea como fuere, el 19 de febrero de 2015 el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación español ignoró las decisiones del Patrono y Presidente, también las decisiones que la nueva Junta de Patronato había adoptado en febrero de 2015, que nunca impugnó, y sólo unos días después evacuó un Real Decreto de nombramiento de nuevo Rector y lo sometió a firma de S.M. el Rey. El 21 de febrero de 2015, firmado por el Jefe del Estado y refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores español, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado, en la sección Autoridades y Personal, tal y como se ha mencionado anteriormente. Inmediatamente se supo que dicho Real Decreto no había pasado el preceptivo trámite del Consejo de Ministros, cuestión que, como se verá, ha sido tratada en sede jurisdiccional ante el Tribunal Supremo.

El nuevo Rector allí nombrado solicitó tomar posesión del cargo al Patrono y Presidente de la Junta de Patronato y éste, muy educadamente, haciendo un llamado al entendimiento y la conciliación, rechazó tal posibilidad por entender que las circunstancias que habían rodeado aquel nombramiento, incluidas algunas irregularidades que él, como autoridad sobre el Colegio no podía consentir, aconsejaban no proceder con la toma de posesión y le instaba a llegar a algún tipo de acuerdo.

Lejos de atenderse el llamamiento del Patrono y Presidente, se iniciaron acto seguido toda una serie de actuaciones tendentes a intentar el reconocimiento y ejecución del Real Decreto en la República de Italia.

II. Impugnación contencioso-administrativa en España del acto

3. El Real Decreto 108/2015 hay que recordar que estuvo precedido del acuerdo de Junta de Patronato del Colegio de España en Bolonia, de 13 de octubre de 2014, cuya intrahistoria y detalle ha sido mínimamente explicada en otra publicación³. La publicación del Real Decreto en el BOE dio lugar a una serie de procedimientos administrativos y judiciales.

Uno de ellos fue la solicitud de revisión de oficio ante el Consejo de Ministros del Real Decreto 108/2015. Solicitud efectuada por la Asociación Cardenal Alborno, que reúne a más de un centenar de antiguos colegiales.

4. Este procedimiento provocó, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2021 (rec. 280/2021), que reconoció la legitimación de dicha Asociación para instar la impugnación, la obligación del Gobierno de atender la revisión de oficio por concurrir eventuales causas de nulidad, y también la naturaleza privada del Colegio. Este segundo detalle no es menor puesto que el Consejo de Estado, en su Dictamen de 4 de febrero de 2021, nunca publicado, venía a sostener que el Colegio es prácticamente una dependencia del Ministerio de Asuntos Exteriores e instaba al Gobierno a modificar sus estatutos unilateralmente llegado el caso.

Nada más publicarse aquella sentencia del Tribunal Supremo aparecieron en prensa nacional varios artículos⁴ abordando la cuestión y en la revista Actualidad Administrativa se incorporó también un análisis de la magistrada Dña. I. MARTÍN VALERO, titulado *Los actos del Rey: naturaleza jurídica e impugnabilidad*, en el que se estudiaba la cuestión litigiosa.

Una cuestión litigiosa que se refiere concretamente al nombramiento de Rector del Colegio de San Clemente de los Españoles de Bolonia, cuyos estatutos de 1919 prevén en su artículo 14 que el Rector será nombrado por el Rey a propuesta de la Junta de Patronato, que es el órgano exclusivo de gobierno de la institución, como se ha dicho. Nada más se especifica en esta disposición, aprobada y publicada bajo el régimen de la Monarquía constitucional y vigencia de la Constitución de 1876, es decir, nada se indica sobre el instrumento o acto regio preciso que deba utilizarse.

³ En el núm. 100 de la Revista *El Cronista* se han publicado recientemente dos artículos al respecto. Uno, firmado por quien suscribe este mismo texto, centrado en la singularidad y rareza del Real Decreto de Ministro, y otro, firmado por J.E. Soriano.

⁴ Diario VOZPOPULI de 28 de octubre de 2021: *El Supremo avala a los 'bolonios' en su lucha contra el Gobierno por el Colegio de España*.

De este modo, al conocerse que el Real Decreto 108/2015, de nombramiento de Rector, no había sido sometido al trámite del Consejo de Ministros, no pocos juristas de reconocido prestigio consideraron irregular esta forma de proceder, pues el Real Decreto de Ministro no es una figura que exista en nuestro ordenamiento vigente. Desde JORGE DE ESTEBAN a ENRIQUE GIMBERNAT o TORRES DEL MORAL así se pronunciaron en el diario El Mundo⁵.

El diario ABC también se interesó por la cuestión y preguntó directamente al Ministro José Manuel García-Margallo. El Ministro que refrendó el Real Decreto admitió expresamente que aquel nombramiento «*Fue un lío monumental, pero no me acuerdo de lo que pasó allí*», «*Era muy complicado y yo le voy a confundir porque no me lo sé*». Es el mismo Ministro que, como veremos, también expidió un certificado europeo del anexo II del Reglamento UE 1215/2012 sobre la autenticidad del acto y su naturaleza civil o mercantil de carácter ejecutivo.

5. Pedir a S.M. el Rey que sancionara un Real Decreto sin haberlo sometido previamente al Consejo de Ministros causó, efectivamente, desconcierto y perplejidad, tanto como las propias declaraciones del Ministro reconociendo que no sabía nada del asunto. T. Ramón Fernández adelantó, con gran agudeza, que «*La solicitud de un informe de la Abogacía del Estado que acompañara ese nombramiento hace suponer además que el asunto que aborda tiene más miga que un mero nombramiento*»⁶.

Para el catedrático de Derecho administrativo los reales decretos «son para otra cosa» y en esta ocasión correspondería una «real cédula». Efectivamente, la cuestión que debía aclararse era si nuestro ordenamiento permite un Real Decreto de Ministro, esto es, sin acuerdo previo de Consejo de Ministros, en un nombramiento de este tipo, y si el Real Decreto era el instrumento adecuado para articular dicho nombramiento.

La opción de la Real Cédula había sido la opción mantenida por el Consejo de Estado en relación con los nombramientos que podemos calificar como honoríficos o graciables de S. M. el Rey. Así puede comprobarse en el Dictamen núm. 54992, de 11 de octubre 1990, relativo al nombramiento de Rector del Colegio de San Albano o Seminario de Ingleses de Valladolid, indicándose allí que el instrumento apropiado para realizarlos es la Real Cédula, amparándose precisamente en razones históricas y tradicionales. Así se hizo también, más recientemente, cuando el Consejo de Ministros aprobó la Real Cédula de 18 de diciembre de 2014, por la que se nombra rector del Real Colegio de Escoceses de Salamanca mediante Real Cédula refrendada por el Ministro de Justicia.

6. Consecuentemente, parece lógico y resultaba completamente legítimo, preguntarse sobre la regularidad de la forma de proceder en el caso del Real Decreto 108/2015, es decir, preguntarse sobre el revestimiento formal de un acto regio en un caso como el de referencia.

El artículo de la magistrada I. MARTÍN VALERO, por su parte, se refiere al itinerario procesal seguido hasta llegar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2021 (rec. 280/2021). Sentencia que, muy resumidamente, reconoce la naturaleza privada del Colegio, cosa que se había puesto en duda o, mejor dicho, se sostenía una cosa o la contraria según interesaba en según qué sede, y admite también la legitimación de la Asociación Cardenal Albornoz para solicitar la revisión de oficio del acto.

Esta asociación solicitó formalmente la revisión de oficio del Real Decreto 108/2015 por entender que podían concurrir diversas causas de nulidad, pero su petición fue denegada por el Consejo de Ministros, que sostuvo que la Asociación carecía de legitimación para actuar y que, en cualquier caso, el Real Decreto citado no tenía naturaleza administrativa y resultaba, por así decirlo, inimpugnable.

7. En otra publicación ya he tenido ocasión de apuntar que resulta lógico preguntarse por qué recurrir a un Real Decreto si se podía haber optado por otros instrumentos para dar cumplimiento a lo dispuesto en los estatutos del Colegio. Es decir, cuál es la explicación para optar por un real decreto de nombramiento cuando se podía acudir por ejemplo a la real cédula o incluso una simple carta o documento de conformidad como el propio Tribunal Supremo apuntó en la sentencia referida⁷.

⁵ El Mundo, 17 de junio de 2016, Juristas de gran prestigio ven 'irregular' el 'decretazo' de Margallo | España | EL MUNDO

⁶ Diario El Mundo, de 17 de junio de 2015.

⁷ J.-J. GUTIÉRREZ ALONSO, "Revisión de oficio de un acto del Rey", en *Actualidad Administrativa*, nº 5, 2024.

Parece lógico pensar que una vez que el Ministerio de Asuntos Exteriores y otros altos funcionarios del Estado tomaron conciencia de que el Patrono y Presidente de la fundación, D. Íñigo de Arteaga y Martín, no activaría el artículo 16 de los Estatutos, esto es, el referido a la toma de posesión del cargo, que es diferente del de nombramiento como sabemos, comenzaron entonces a valorar las opciones de que disponían para hacerlo efectivo y doblegar la voluntad del Patrono.

Pensaron que el Real Decreto sería el instrumento adecuado al entender que al ser un acto administrativo que conlleva ejecutividad. Pero sucede que el Colegio se encuentra en Italia y no en España. Y aquí es precisamente donde comienzan todas las dificultades.

8. En cualquier caso, el procedimiento de revisión de oficio iniciado en su día por la Asociación Cardenal Alborno, desembocó finalmente en la STS de 17 de noviembre de 2023 (Rec. 517/2022), donde se plantea la idoneidad del real decreto como instrumento para concretar el «acto del Rey», si se debe acordar o no en Consejo de Ministros y a quién corresponde el refrendo, señalándose que la STS 1224/2021 ya apuntó podría haberse limitado a comunicar por escrito su conformidad con la propuesta de nombramiento.

Más allá de si el Real Decreto debe acordarse en Consejo de Ministros, se indica que los Estatutos no prevén la intervención del Consejo de Ministros, pues se trata de un acto privado del Rey, no es suyo sino de la Junta de Patronato del Real Colegio y ajeno al Gobierno, pues no es de los previstos en el artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno ni le resultaría aplicable el artículo 24. Hay que recordar nuevamente a este respecto que evidentemente no se estaba sosteniendo que el Real Decreto debió pasar por Consejo de Ministros, sino que el acto, el revestimiento formal del nombramiento no debe hacerse mediante acuerdo de consejo de Ministros sino que, en todo caso, de hacerse, debió pasar por el trámite de Consejo de Ministros.

En cuanto al refrendo, se parte de que el nombramiento no lo ha sido a propuesta del entonces Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de que el artículo 64.1 de la Constitución prevé el refrendo, bien por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes, siendo en este caso el Ministro de Exteriores. Y finalmente, se menciona también el límite al ejercicio de la potestad de revisión que implica el artículo 110 de la Ley 39/2015, puesto que el cargo de Rector dura seis años, la revisión del Real Decreto 108/2015 se solicitó el 14 de enero de 2019 y al tiempo de la aprobación del acuerdo impugnado habrán transcurrido más de siete años desde la publicación.

9. El Tribunal Supremo delimita la revisión de oficio a la causa de nulidad del apartado b) del artículo 47 de la Ley 39/2015, es decir, que haya sido dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, y señala que los actos impugnados recuerdan la jurisprudencia sobre tal causa de nulidad y la aplica al ámbito delimitado en nuestra sentencia: idoneidad del empleo del real decreto como instrumento para concretar el «acto del Rey», si se debe acordar o no en Consejo de Ministros y a quién corresponde refrendarlo asumiendo la responsabilidad del Rey

Se rechaza que el Real Decreto 108/2015 no sea un acto administrativo sino un acto privado de nombramiento, argumentando que tal causa no puede prosperar porque, precisamente, en ejecución de esa sentencia se dicta el acto administrativo impugnado que inadmite la solicitud de revisión de actos nulos y eso es lo litigioso: un acto dictado en el ejercicio de esa potestad administrativa, al margen de su resultado. Y se recuerda igualmente que el ejercicio de la potestad de revisión de oficio de actos nulos y firmes por haber sido consentidos exige prudencia y contención pues afecta a la seguridad jurídica derivada de esa firmeza.

Se afirma que incluso concurriendo un motivo de nulidad de pleno Derecho podría rechazarse la revisión en los supuestos del artículo 110 de la Ley 39/2015, entre los que está la llamada a la equidad, lo que integra uno de los pocos casos en los que se invoca en nuestro ordenamiento a los efectos del artículo 3.2 del Código Civil. Argumento ha sido criticado por PÉREZ ALONSO al considerar que se rescuita la equidad para rescatar un acto mal hecho por parte de la Administración⁸.

⁸ El Tribunal Supremo entre Cánovas y la equidad para salvar *in extremis* la legalidad de un real decreto no emanado del Consejo de Ministros | Monsieur de villefort (wordpress.com)

10. El Tribunal Supremo, por último, señala que la demanda no puede prosperar respecto de la causa del apartado b) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 por el hecho de que el acto del Rey haya sido refrendado por el entonces Ministro de Exteriores. Se excluye que estemos ante una eventual incompetencia manifiesta y menos por razón de la materia, todo sobre la base de «*lo peculiar de la naturaleza del Real Colegio, de sus Estatutos se deduce que su relación con la Administración del Estado se entiende hoy día con el Ministerio de Asuntos Exteriores*». A juicio del Tribunal Supremo, si se ha optado por el real decreto como instrumento jurídico para dar forma a la conformidad del Rey, no es porque se trate de una decisión del Gobierno o de su presidente a efectos del artículo 24.1.b) y d) de la Ley del Gobierno, sino como la forma más idónea, por su superior rango, para plasmar la voluntad formal del Rey y todo, insistimos, en congruencia con la historia y tradición del Colegio y lo peculiar de su régimen jurídico.

Este razonamiento creemos es equivocado y conlleva un cambio, aunque sea un ámbito muy delimitado y seguramente intrascendente para todos aquellos que no estén relacionados con el Colegio ni éste les importe gran cosa, del ordenamiento jurídico.

En los Estatutos del Colegio, insistimos, de 1919, no se establece el instrumento concreto para materializar el nombramiento, en la Constitución ni tampoco en la ley está previsto el Real Decreto de Ministro para un supuesto como el de referencia, porque no hay habilitación normativa expresa para ello, por lo que los Reales Decretos parece evidente que están pensados en nuestro ordenamiento vigente para otra cosa, como la propia Abogacía del Estado entendió en un primer momento cuando se le elevó la consulta⁹. Además, la historia y tradición del Colegio no parece un argumento que justifique la elección del real decreto, máxime si tenemos en cuenta las alternativas u opciones más adecuadas que permite el ordenamiento. Y por otro lado, «lo peculiar de su régimen jurídico» no puede considerarse tampoco un argumento jurídico consistente, máxime cuando en su tramitación y publicación en el diario oficial puede sostenerse igualmente que se han vulnerado no pocas disposiciones administrativas¹⁰.

11. La Sentencia de 17 de noviembre de 2023, como ya hemos tenido ocasión de señalar¹¹, resulta muy medida en lo que a la revisión de oficio se refiere. Desde nuestro punto de vista, opta sin fundamento convincente por salvar un Real Decreto refrendado por un Ministro que reconoció abiertamente no saber ni entender nada de dicho acto, y que seguramente no debió evacuarse nunca. Mucho menos publicarse en el diario oficial vista la naturaleza privada del Colegio, que tampoco parece tener encaje en lo dispuesto en el Real Decreto 181/2008, del BOE, la presencia simbólica del Estado en su estructura de gobierno y la razón última de esta forma de proceder, que no era otra, como se ha señalado, que violentar y doblegar al Patrono y Presidente de la Fundación Albornociana, en interés de un grupúsculo de altos funcionarios y otro de antiguos, y muy mayores, colegiales autocosiderados «los importantes».

III. El certificado europeo expedido por el Ministro, su impugnación ante la Audiencia Nacional y las resoluciones judiciales italianas que afrontan el reconocimiento y ejecución del acto.

12. La cuestión referida a la expedición del certificado europeo no es menor porque resulta un requisito ineludible del mecanismo de reconocimiento activado por el Reglamento UE 1215/2012 y porque, como señala en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 28 de febrero de 2019, asunto C579/17, el certificado constituye el fundamento para la aplicación del principio de ejecución directa de las resoluciones dictadas en los Estados miembros.

Sostenía el Abogado General en su informe referido en esta Sentencia, que las funciones que cumple así el citado certificado en el sistema del Reglamento n.º 1215/2012 justifican, en particular, una situación, como la del litigio principal, en la que el órgano jurisdiccional que ha dictado la resolu-

⁹ Así se evidencia en el Informe de la Abogacía del Estado de 30 de enero de 2015.

¹⁰ Consta la preocupación que hubo entre no pocos funcionarios del Ministerio de la Presidencia, responsables administrativos de los expedientes, por la precipitada aparición en el BOE del Real Decreto 108/2015, sin evacuarse los procedimientos internos establecidos.

¹¹ «Revisión de oficio de un acto del Rey», en *Actualidad Administrativa*, n.º 5, 2024.

ción que debe ejecutarse no se ha pronunciado, en la fase de enjuiciamiento, sobre la aplicabilidad del Reglamento n.º 1215/2012, que ese órgano jurisdiccional debe, en la fase de la expedición del referido certificado, comprobar si el litigio está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento

Al comprobarse si es competente para expedir el certificado con arreglo al artículo 53 del Reglamento n.º 1215/2012, la actuación del citado órgano jurisdiccional se enmarca en la continuidad del procedimiento judicial anterior, garantizando su plena eficacia, en la medida en que, sin certificación, una resolución no puede circular libremente en el espacio judicial europeo.

13. Por otro lado, en consonancia con el Reglamento n.º 1215/2012, la expedición del certificado se confía al órgano jurisdiccional que conozca mejor el litigio y que, respecto al fondo, esté en mejores condiciones de confirmar que la resolución es ejecutiva.

Por consiguiente, el procedimiento para la expedición de un certificado con arreglo al artículo 53 del Reglamento n.º 1215/2012 reviste, en circunstancias como las del litigio principal, una naturaleza jurisdiccional, de modo que un órgano jurisdiccional nacional competente en el marco de tal procedimiento está facultado para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

14. Por otro lado, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 13 de noviembre de 2018, se hace un análisis interesante sobre el funcionamiento del Reglamento 1215/2012 cuando de documentos públicos se trata, remitiéndose, como no puede ser de otro modo, a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que modificó la LEC para incorporar la Disposición Final 25ª.

Allí se refiere la Disposición Final 25ª LEC, que reproduce en su integridad, haciendo mención a los documentos públicos y a la fuerza ejecutiva de los mismos, así como a la autoridad competente para la expedición de los certificados europeos¹².

15. Y tiene especial importancia el régimen jurídico normativo de la expedición de los certificados europeos a que se refiere el Reglamento UE 1215/2012, porque el Gobierno había sido incapaz de aclarar, ante varias preguntas registradas por el Portal de Transparencia, dónde está establecido en nuestro ordenamiento que un Real Decreto pueda considerarse jurídicamente un documento público civil o mercantil con fuerza ejecutiva en España, dónde está reconocido normativamente que un Real Decreto sea un título ejecutivo civil o mercantil, y dónde está establecida la competencia del Ministro para expedir el certificado europeo Anexo II del Reglamento EU 1215/2012.

Vuelvo a reiterar que esta cuestión tiene su relevancia porque cuando se comprendió que el Patrono y Presidente de la Junta de Patronato no daría toma de posesión del cargo al rector allí nombrado, aún habiéndose publicado en BOE el mencionado Real Decreto de nombramiento de Rector, a principios de 2016 se intentó el reconocimiento y ejecución directa de dicho Real Decreto ante la Corte d'Appello de Bolonia, que resolvió la acción *inaudita altera parte*, mediante Decreto de 19 de febrero de 2016, que no podía reconocerse directamente la ejecutividad de un título como el presentado en el Estado Italiano.

Ahora bien, aquella resolución establecía que tal vez debería acudir al mecanismo previsto en el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

De este modo, quienes pretendían el reconocimiento y ejecución del título por su naturaleza administrativa, pasaron de defender esa naturaleza del Real Decreto de nombramiento, a sostener su naturaleza jurídico-privada, y de ahí que el Consejo de Ministros denegara legitimación a la Asociación Cardenal Albornozy y negase igualmente la naturaleza jurídico administrativa del Real Decreto en el procedimiento de revisión de oficio antes mencionado, expidiendo el Ministro, paralelamente, el certificado anexo II del Reglamento UE 1215/2012.

La explicación de este cambio arbitrario la encontramos precisamente en el artículo 1 del Reglamento Europeo 1215/2012, que deja fuera del ámbito de aplicación la materia o los actos de naturaleza administrativa. Es decir, si se quería reconocer y ejecutar aquel Real Decreto de nombramiento en Italia,

¹² Ver también Auto de la AP de Guipúzcoa de 5 de febrero de 2008, Auto de la AP de Gerona de 19 de marzo de 2012 y Auto de la AP de Pontevedra de 26 de septiembre de 2011.

a partir del pronunciamiento de la Corte d'Appello de Bolonia debía defenderse la naturaleza jurídico-privada y no ya administrativa del Real Decreto.

16. Se solicitó al Ministro de Asuntos Exteriores la expedición de un certificado europeo del anexo II del Reglamento UE 1215/2012, en el entendimiento de que el Real Decreto de nombramiento era un documento público y acto auténtico, título ejecutivo, como requiere la normativa europea, y en cuanto se tuvo conocimiento de tal expedición la Asociación Cardenal Albornoz, decidió igualmente proceder a su impugnación judicial.

Así es como se abrieron nuevamente una serie de litigios tanto en España como en Italia y que han dado lugar a una cierta esquizofrenia procesal y judicial forzándose y aplicando, desde nuestro punto de vista, incorrectamente el Reglamento EU 1215/2012.

Después del intento infructífero del reconocimiento directo del Real Decreto tras el Decreto de la Corte d'Appello, de 19 de febrero de 2016, en Italia se interpuso a continuación un *atto di precetto* notificado en el Colegio en marzo del mismo año contra el anterior Rector. Esta iniciativa derivó a su vez en varias resoluciones judiciales, entre las que cabe destacar la Ordenanza de 10 de noviembre de 2016, del Consiglio Sezione IV Civile del Tribunale di Bologna, ponente la juez Sbariscia, que suspendió la eficacia del Real Decreto 108/2015 por entender que, en cualquier caso, el certificado europeo expedido por el Ministro, sobre el que había serias dudas de su regularidad, estaba dirigido contra el Colegio y la acción, en cambio, se había dirigido contra el Sr. Valdecasas a título personal. Gran rareza, una sentencia italiana suspendiendo y dejando sin eficacia un Real Decreto español.

17. Sea como fuere, lo que interesa destacar es la vinculación procesal que se generó en este caso por una incorrecta interpretación y aplicación del Reglamento UE 1215/2012, sea por los jueces de Bolonia, salvo en el caso de la juez Sbariscia, como por la Audiencia Nacional, que con su Resolución de 6 abril de 2018 (Sala C/A. Sección 4), denegando la suspensión del acto de expedición del certificado por parte del Ministro, sirvió en Bolonia a la juez A.M. Rossi para levantar la suspensión y dictar la Ordenanza de 25 de agosto de 2018, en el procedimiento N. R.G. 4787/2016, de oposición contra el *precetto*, acordando lo siguiente:

“Rilevato che la contestazione circa il carattere esecutivo del titolo azionato, promossa nello stato membro di origine (seppure nelle forme della impugnazione del certificato di esecutività, emesso ex art.60 del Regolamento), è stata definita in primo grado in data 6 aprile 2018 dall’Audiencia Nacional Sala C/A. Sezione 4 di Madrid; ritenuto pertanto allo stato venuta meno la ragione di sospensione, sia in adesione all’orientamento della giurisprudenza che ritiene rilevante a tal fine, anche nella sospensione necessaria ex art.295 cpc, la sentenza di primo grado, sia considerando che nella disciplina dell’art.51 del regolamento 1215 la sospensione non è necessaria, ma costituisce una facoltà del giudice dell’opposizione”.

Luego vendría la Sentencia de 27 de septiembre de 2018, de la juez A.M. Rossi, que dicta un curioso fallo en el que, por un lado, acoge la oposición declarando nulo el *precetto* pero al mismo tiempo acoge la reconvencción que había tenido lugar en el transcurso de la tramitación y oposición al *precetto* y condena al Sr. Valdecasas. Creando así, de este modo, un ulterior problema de ejecución, pues el Sr. Valdecasas ya no estaba en condiciones de realizar aquello para lo que había sido condenado.

«Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

- *accoglie l’opposizione, dichiarando nullo il precetto, perché notificato in difetto di idoneo titolo di condanna in forma specifica;*
- *dichiara tenuto e condanna il Prof. José Guillermo Garcia-Valdecasas y Andrada-Vanderwilde, a consegnare all’intimante Rettore del Reale Collegio di Spagna Prof. Martinez Gutierrez le chiavi dell’ufficio del Rettore e dell’appartamento rettorale, nonché il timbro e/o sigillo ufficiale del Collegio di Spagna e tutto ciò che spetta al Rettore per svolgere le sue funzioni, e alle ulteriori formalità necessarie per attuare la nomina del nuovo Rettore;*
- *compensa le spese della lite».*

18. En España, por su parte, siguió su curso la impugnación de la expedición por parte del Ministro de Asuntos Exteriores del Certificado Anexo II del Reglamento 1215/2012. Procedimiento impugnatorio que acabó en Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2021 (recurso contencioso administrativo nº 436/2017), en la que se analiza la impugnación del certificado anexo II del Reglamento UE 1215/2012, fechado el 13 de abril de 2016 y expedido por el Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, emitido ex artículo 60 del Reglamento 1215/2012 (UE).

En una sentencia sin referencias normativas ni jurisprudenciales, en claro incumplimiento de lo dispuesto por el Código Civil español y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo clara y nítidamente en su Disposición Final 25ª el régimen jurídico del certificado anexo II, otorgando claramente la competencia para expedir ese certificado europeo a los notarios autorizantes cuando se trata de documentos públicos, se indica que el certificado expedido por el Ministro de Asuntos Exteriores se emite con objeto de dar efecto en el ámbito de la Unión Europea, el nombramiento del Rector del Real Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia mediante Real Decreto 108/2015 de 19 de febrero, estableciéndose como antecedentes relevantes:

- (i) Que el Boletín Oficial del Estado de 21 de febrero de 2015 publicó el Real Decreto 108/2015, de 19 de febrero por el que se nombra nuevo Rector del Real Colegio de San Clemente de los Españoles de Bolonia, siendo refrendado dicho acto por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
- (ii) Que con fecha 13 de abril de 2016, el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación expide certificado al amparo del artículo 60 del Reglamento UE 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con objeto de posibilitar su ejecución en Italia.
- (iii) Que El 8 de julio de 2016 el Real Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia, representado por Don José Guillermo García Valdecasas Andrada-Vanderwilde, como Delegado Especial de la Junta de Patronato del Colegio, interpuso recurso contra el mismo certificado que se tramita ante la misma Sección, con el número 504/2016, el cual concluyó mediante Auto de 23 de noviembre de 2018, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 6 de abril de 2018, que declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo por falta de representación del recurrente.
- (iv) Que el Tribunal Supremo dictó Sentencia núm. 1224/2021, de fecha 13 de octubre de 2021, en el recurso contencioso-administrativo 280/2019, promovido por la Asociación Cardenal Albornoz, en el que se plantea la revisión de oficio del R.D. 108/2015, y cuestiona la naturaleza del mismo, a efectos de determinar si es un acto formal del Rey que interviene a título honorífico, lo que supondría que se trataría de un acto administrativo susceptible de revisión.

19. No incluye ni menciona la Sentencia de la Audiencia Nacional el marco normativo vigente en relación a la expedición de ese tipo de certificado europeo, ni tampoco un antecedente clave en este litigio, y que no es otro que el **Decreto de 19 de febrero de 2016**, de la Corte d'Appello de Bolonia, donde se evidencia lo siguiente:

- (i) El 13 de enero de 2016 se interpuso un recurso por el rector que aparecía nombrado en el Real Decreto 108/2015 ya mencionado, solicitando la declaración de ejecutividad de dicho título en Italia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 68 de la Ley 218 del 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del sistema italiano de derecho internacional privado y que se refiere a la ejecución de los actos públicos dictados en el extranjero. En dicho precepto se indica que las reglas del artículo 67 se aplican tanto a la eficacia como a la ejecución forzosa en Italia de actos públicos dictados en un Estado extranjero y allí dotados de fuerza ejecutoria.

- (ii) Sucede que el art. 67 de dicha norma se refiere a la ejecución de sentencias y decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria y oposición al reconocimiento, y difícil encaje podía tener en este marco normativo el nombramiento al cual se le pretendía dar ejecución.
- (iii) Asimismo, mediante el recurso interpuesto ante la Corte d'Appello de Bolonia se habían individuado tres partes demandadas, pero a ninguna de ellas se le había dado traslado del procedimiento, esto es, el recurso se había entablado inaudita altera parte y la Corte afea el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 702 bis del Codice di Procedura Civile.
- (iv) Asimismo, la resolución de la Corte d'Appello de Bolonia establece que el recurrente justificaba el carácter ejecutivo del título en el art. 56 de la Ley 30/1992, que señala que «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», es decir, para el actor el Real Decreto 108/2015, de nombramiento de rector del Colegio, era ejecutivo en función de su naturaleza de acto administrativo.
- (v) Se cita igualmente el art. 46.1 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, para señalar que dicho real decreto no había sido impugnado en dicha jurisdicción en el plazo allí establecido: «1. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto»

20. Consecuentemente, y como ya se ha adelantado, para el actor, a principios de 2016 el Real Decreto 108/2018, de nombramiento de Rector del Colegio era un acto de naturaleza administrativa que, al no haber sido impugnado en el plazo de dos meses desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se convertía en acto firme y ejecutivo. Llama la atención, por lo demás, que el Auto de la AN de 6 de abril de 2018 – y la propia sentencia posterior - sea tan precisamente ajustado a las necesidades procesales de la parte actora en Bolonia, facilitando, primero la Ordenanza de 6 de agosto 2016 y, finalmente, la Sentencia de 27 de septiembre de 2018.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2021, a nuestro modo de ver, es un ejemplo de todo lo que no debe ser una sentencia en aplicación del Derecho nacional y el Derecho europeo.

IV. Conclusiones

21. Hay que reconocer que han sido varias y muy cualificadas las personas y profesionales que han sido consultados estos años en relación a la cuestión aquí tratada, y entre otros, los profesores ALFONSO CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA.

Sobre la cuestión de la naturaleza jurídica del Real Decreto 108/2015, del 19 de febrero, y en concreto si corresponde al concepto de “materia civil y mercantil” en el sentido del Artículo 1, apartado 1, del Reglamento Bruselas I *bis*, B. HESS y M. REQUEJO, consideran que cuando se pretende el reconocimiento o la ejecución de un acto público procedente de un Estado miembro en otro Estado miembro según el Reglamento UE, la autoridad competente o el tribunal de éste último tiene la obligación de comprobar la aplicabilidad del acto. Esta tarea es evidente que se cumple por el Tribunal Ordinario de Bolonia cuando afronta la solicitud de reconocimiento y ejecución del Real Decreto acompañado del Certificado Europeo en la acción inicial, el *atto di precetto*, seguido de una oposición y una acción reconvenzional posterior. Sin embargo, apuntan ambos expertos, la valoración sobre la naturaleza del acto jurídico español a la luz del Reglamento 1215/2012 que ha hecho la magistrada A.M. Rossi, del Tribunal de Bolonia, no parece correcta. Tanto por el procedimiento de adopción como — y sobre todo — por el contenido sustancial y por los efectos, el Real Decreto 108/2015, que se aleja claramente del ámbito material del Reglamento Bruselas I *bis*.

22. Así las cosas, en cuanto a la naturaleza jurídica del Real Decreto 108/2015, del 19 de febrero, y en concreto, si corresponde a los Artículos 2, letra c) y 58 del Reglamento Bruselas I *bis*, hay que tener presente la definición de «acto público» recogida en el Reglamento, requiere que el documento haya sido creado por una autoridad pública o por una autoridad equivalente establecida por la Ley para proceder a la autenticación de los citados actos. Pues bien, ni el Rey de España ni el Ministro de Asuntos Exteriores español cumplen estas condiciones, y por lo tanto, el Tribunal Ordinario de Bolonia, debió entender a la hora de afrontar el *atto di precetto*, que el Real Decreto aquí analizado no es un acto público a los efectos Reglamento UE 1215/2012.¹³

Desde este punto de vista, teniendo en cuenta la naturaleza del acto de nombramiento en un Real Decreto, el Tribunal debió tal vez optar por el criterio de la denominada «ragione più liquida», es decir, la solución inmediatamente perceptible, constituida por la carencia de legitimación pasiva del demandado, en tanto en cuanto no tiene la condición ni posición jurídica para recibir una obligación como la que se le requiere.

23. Teniendo en consideración, además, la naturaleza mixta del acto en sí, y que el aspecto administrativo se refiere esencialmente al procedimiento de formación del mismo, mientras que permanece siendo privado el contenido, supone un serio problema de aplicación del Reglamento UE 1215/2012.

Esta controversia ha sido resuelta, de hecho, por la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual, a priori, supondría un contratiempo en la aplicabilidad del Reg. 1215. Sin embargo, es posible, llegado el caso, que Tribunal de Luxemburgo pudiera sostener que lo importante no sería tanto la formación del acto sino la naturaleza privada o civil del contenido del mismo.

24. En cuanto a la condición de acto público con eficacia ejecutiva del Real Decreto 108/2015, los problemas parecen sin embargo más insalvables. No parece conciliable lo dispuesto en el art. 58 Reg. 1215/2012 con la normativa española que se refiere, por un lado, a los documentos públicos, y por otro, a los títulos ejecutivos. Aunque el Real Decreto emane de una autoridad pública y aunque esto le atribuya una presunta eficacia, resulta inexcusable cumplir con la normativa española sobre documentos públicos y títulos ejecutivos, debiéndose tener en cuenta que el Tribunal de Luxemburgo ha venido defendiendo una interpretación restrictiva del concepto de acto público ejecutivo, ya desde tiempos del Convenio de Bruselas de 1968.

25. Y finalmente, en cuando a la ausencia de un correcto certificado *ex art. 60* Reglamento 1215/2021, hay que tener en cuenta, junto a las consideraciones previas, que como señala el profesor PAOLO BIAVATI, uno de los máximos especialistas europeos en Derecho procesal, el certificado que refiere la autenticidad del título no ha sido expedido por notario, que es la autoridad que muy claramente está indicada por la normativa española específica, por lo que el título en ningún caso podría reconocerse en Italia¹⁴.

Téngase en cuenta a este respecto que el Gobierno ha sido condenado por el Consejo de Transparencia y también por el **Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8** al no aclarar el marco jurídico de la expedición del certificado europeo ni la norma concreta que permite inferir que un Real Decreto es un título ejecutivo civil o mercantil. El Ministerio de Asuntos Exteriores impugnó las resoluciones del CTBG 491/2019 y 517/2019 que le obligaban a aclarar las normas que le habilitaban para expedir ese certificado y las que sostenían que un Real Decreto, en efecto, comporta un título ejecutivo civil.

Resulta pues evidente que, en aplicación del Reglamento UE 1215, el juez italiano al cual se le solicita el reconocimiento y la ejecución, debería verificar la regularidad formal del título, en aplicación de la normativa española que refiere al mismo y, en su caso, de tener alguna duda, debería elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que aclarase en cualquier caso lo que resultase oportuno. Al no hacerlo, ha dado lugar a toda una serie de litigios y problemas que, de otro modo, se habrían resuelto hace años.

¹³ B. HESS/ M. REQUEJO, M. Dictamen jurídico firmado en Luxemburgo el 28 de noviembre de 2016. *Inédito*.

¹⁴ Posición del Profesor PAOLO BIAVATI, sostenida en Dictamen Jurídico de enero de 2017. *Inédito*.

Los poderes de representación de personas vulnerables y el Derecho internacional privado: algunas reflexiones

Powers of attorney, vulnerable adults and Private international law: some reflections

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER

Catedrática de Derecho internacional privado
UNED

Recibido: 29.05.2024 / Aceptado: 10.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8949

Resumen: Los poderes de representación otorgados por personas vulnerables se insertan en el nuevo marco diseñado por la Ley 8/2022 como medida voluntaria de apoyo y en la perspectiva de ratificación del Convenio de la Haya de 2000 sobre protección de Adultos, que mejora y por tanto cambia la regulación contenida en los artículos 9.6.2. y 10.11 del Código civil.

Palabras clave: Personas vulnerables, medidas de apoyo, poderes de representación: ley aplicable, control de la capacidad, validez formal y exigencias de publicidad.

Abstract: The powers of attorney granted by vulnerable people are part of the new framework designed by Law 8/2022 as a voluntary support measure and in the perspective of ratification of the 2000 Hague Convention on the Protection of Adults, which improves and therefore changes the regulation contained in articles 9.6.2. and 10.11 of the Civil Code.

Keywords: Vulnerable adults, support measures, powers of attorney: applicable law, capacity, formal validity and publicity requirements.

Sumario: I. Introducción. II. Delimitación del destinatario de la protección. 1. La Ley 8/2021: algunas de las claves de evolución. 2. Competencia judicial. 3. Poderes de representación de personas vulnerables. III. La determinación del derecho aplicable a las medidas de apoyo. 1. Las reglas generales. 2. La ley aplicable a los poderes de representación. A) Diferencias entre el régimen interno y el régimen convencional. B) El control sobre la capacidad. C) Validez formal del poder. D) Exigencias de publicidad: la inscripción en el Registro civil.

I. Introducción

1. El objeto de este comentario es contrastar la regulación de Derecho internacional privado (DIPr) actual con la (futura) contenida en el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre Protección internacional de los adultos¹(CLH 2000). La ratificación de este CLH 2000, tanto tiempo aplazada, recibe un impulso en el momento actual al ser condición necesaria para que prospere la Propuesta de Reglamento UE, presentada por la Comisión Europea el 31 de mayo de 2023, sobre competencia, ley

¹ (<http://hcch.net>)

aplicable y reconocimiento y ejecución de medidas y cooperación en materia de protección de adultos². Propuesta que obedece a un doble objetivo: agilizar la libertad de circulación de medidas de protección del adulto asegurando de ese modo su autonomía. Nosotros nos vamos a centrar en los poderes de representación del adulto en el contexto que se abre paso.

2. Un tema que, intuyo, puede ser del gusto de nuestro homenajeado pues aunque su obra científica es inmensa y toca todos los sectores, si la memoria no me traiciona nos conocimos en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid cuando él, un joven profesor adjunto, y “bolonio” para más señas, preparaba su oposición a cátedra que superó exitosamente tiempo después. Por entonces estaba cerrando un trabajo sobre la llamada doctrina del interés nacional en materia de contratos, esto es, la capacidad como telón de fondo. Por lo demás creo que estas reflexiones iniciales sobre el tema propuesto pueden tener el interés de su actualidad (interés por cuestiones de estado civil que empiezan a compartir notarios, empresas...por la incidencia en el tráfico), lo cual no deja de ser una opción arriesgada dado que, en la doctrina española, a la que me ceñiré, ya hay trabajos relevantes que han sentado las bases y sirven para avanzar³.

II. Delimitación del destinatario de la protección

3. Contextualicemos la protección del adulto relevante a efectos de calificación. En el tiempo actual se designa una dualidad de sujetos destinatarios de protección. El primer grupo de supuestos en los que la persona debe o puede ser destinataria de medidas de apoyo son las *personas con discapacidad* derivada de la limitación de sus facultades cognitivas o intelectuales o físicas. Aquí la necesidad de medidas de apoyo, legales o voluntarias, y de carácter permanente y cuya adopción vaya precedida de la expresión de la voluntad del interesado, es un nuevo paradigma en nuestro ordenamiento. En segundo término, se dirigen a adultos que en determinadas circunstancias también puede precisar medidas de apoyo ante una eventual incapacidad que lo convertiría en *persona vulnerable*. En la transformación de esta problemática incide con fuerza la prolongación de la perspectiva de vida, dato que incita a tomar o prever medidas a futuro si la persona prevé que pueda ver mermadas las condiciones físicas y/o intelectuales en orden a organizar su persona y patrimonio. La perspectiva de longevidad es todo un reto para el Derecho y sobre todo un motivo para la adopción de medidas de protección del adulto⁴.

4. En los supuestos internacionales la dificultad estriba en determinar una autoridad que quiera y pueda adoptar *medidas en concurrencia con otra*⁵. Problema común a ambas series de supuestos sería

² Al cierre de estas páginas se ha presentado una Propuesta de Reglamento UE, sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de medidas y cooperación en materia de protección de adultos de 31 de mayo 2023 (*Doc COM* (2023) 280 final) que, de ser aprobada, obligará a España como a los demás Estados miembros UE a ratificar con carácter previo el Convenio de La Haya de 2000, sobre protección internacional de los adultos, desbloqueando así la situación de España; y es importante, entre otras razones, dado que la determinación de la ley aplicable, la propuesta de Reglamento se remite a las soluciones del CLH 2000 (art. 8), lo que permitirá superar en buena medida las deficiencias del art. 9.6.2 Cc llamado a ser sustituido.

³ Destacan S. ADROHER BIOSCA, “Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (M. PEREÑA VICENTE/M.M.HERAS HERNANDEZ, Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 447-463.; *idem*. “La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Derecho internacional privado”, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, (P.A. MUNAR BERNAT, dir.), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 157-174; P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”, *Diario La Ley*, num. 9779, 2021. C. PARRA RODRIGUEZ, “El cambio de paradigma de la discapacidad. El modelo inclusivo de las relaciones transfronterizas”, *AEDIPr*, 2020, pp. 65-88.

⁴ Cf. A. BORRAS RODRIGUEZ, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artis. Obra homenaje al profesor J.D. Gonzalez Campos*, t. II, pp. 1287-1309, espec. 1293; en el mismo sentido, E. PEREZ VERA, “La protección de los mayores de edad en los umbrales del siglo XXI. Reflexiones desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia de Granada*, Granada, 2000, pp. 41-42.

⁵ *Vid. The Protection of Adults in International Situations. Report of the European Law Institute*, European Law Institute, 2020.

determinar las autoridades intervinientes y así asegurar la circulación de las medidas, muy heterogéneas, bien a efectos probatorios o cuando requieran ejecución, bien simplemente el acceso a Registro civil. En el segundo supuesto retenido el tema adquiere hoy una relevancia particular a la vista del establecimiento en nuestro país de una población *cuasi* permanente y envejecida, pero que ante la perspectiva de longevidad teme por la protección de su persona y bienes⁶.

5. En el momento actual el régimen jurídico está muy fragmentado y es inestable, como se ha indicado, por las perspectivas de cambio abiertas en el marco de la Unión Europea y de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En efecto, no hay normas internacionales vigentes al estar pendiente la ratificación del Convenio de La Haya de 2000, sobre la protección de los adultos en los supuestos internacionales (CLH 2000).

En el plano interno, la atribución de la competencia judicial internacional a los órganos judiciales españoles se establece por la residencia habitual del adulto en España (art. 22 *quater*, apart. b) LOPJ 1985). La determinación del derecho aplicable a las *medidas* de protección está prevista por el artículo 9.6.2 Código civil, que tras la reforma operada por la Ley 8/2021, a la que a continuación me referiré, ha mantenido un planteamiento conflictual y dual o fragmentado: de modo que para la determinación del derecho aplicable a la capacidad habrá que estar a la ley nacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 9.1 Código civil, mientras que para la adopción de medidas la conexión del artículo 9.6.2 Código civil, somete la cuestión a la ley de la residencia habitual del destinatario de la medida.

1. La Ley 8/2021: algunas de sus claves de evolución

6. Esta última solución resulta del cambio introducido por Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷, y hay que enmarcarla en ese contexto. La protección de las personas con discapacidad emerge hoy con autonomía propia respecto de la protección de adultos en general. El impulso original procede de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁸ que informa en buena medida la Ley 8/2021. Comporta un cambio de óptica radical desde la perspectiva española, algunos de cuyos rasgos conviene avanzar.

7. De entrada es criticable al no introducir el concepto de persona con discapacidad, pues la Ley 8/2021 no lo define ni en el Preámbulo ni en el texto propiamente dicho⁹. En cambio, presenta la ventaja de que ciertas medidas que han sido modificadas por la Ley 8/2021 puedan ser utilizadas por personas “capaces” en el momento de su organización. En efecto, en las sociedades avanzadas el Estado social pretende dispensar una tutela especial a determinadas categorías de personas por su vulnerabilidad¹⁰; lo cual comprendería de modo prioritario las personas con discapacidad, (entendidas como los adultos cuando por limitaciones derivadas de la capacidad cognitiva, sensorial o física en general ven alterada su capacidad para tomar decisiones), pero permitiría al adulto “capaz” constituir ciertas medidas de auto protección en la perspectiva de una merma de sus condiciones cognitivas, como ya se ha indicado.

⁶ Cf. P. LAGARDE, “La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes”, *Rev. cr dr.int.pr.*, 2000, 2, pp.161-179, espec. p. 164

⁷ BOE num. 132, de 3 de junio de 2021

⁸ BOE num. 96 de 21 de abril de 2008

⁹ Por lo que ha sido criticada en la medida en que desplaza a la autoridad interviniente la decisión acerca del grado de capacidad para la realización de determinadas actuaciones jurídicas, ni siquiera si viene con persona de apoyo (cf. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre 2021, pp. 15-72, p. 68).

¹⁰ *Id.* Res PE, de 1 de junio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión para la protección de adultos vulnerables (2015/2085 INL), en la que entre otras recomendaciones, insta a los Estados miembros a la ratificación del CLH 2000 sobre protección de adultos y a la presentación de una Propuesta de Reglamento en la materia

8. El objetivo principal y común en ambos instrumentos (desde el entendimiento de que la Ley 8/2021 se alinea con la Convención de UN de 2006) es el abandono de la incapacitación general para asentarse en la premisa de que la persona es capaz aunque pueda precisar apoyos para determinadas actuaciones. El propósito es potenciar la participación de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico proveyéndolas de apoyos imprescindibles¹¹. Este cambio de óptica cristaliza en la posibilidad de restringir la capacidad a través de medidas (voluntarias) de apoyo para la realización de determinados actos, colocando la intervención notarial en una posición preeminente. La finalidad es acabar con la rigidez de un sistema de protección basado exclusivamente en la previa intervención judicial como lo ha sido el modelo español.

En efecto, en el mundo coexisten dos grandes modelos de protección: el modelo judicial, que requiere la previa declaración de incapacitación (casi la “muerte civil” se ha dicho) y la adopción subsiguiente de medidas sometidas a control judicial, y el modelo voluntario, basado en la voluntad del destinatario si bien con una intervención de autoridades en concurso con otras, también pertenecientes a la organización judicial (letrados de la administración de justicia) y otras distintas, generalmente notariales¹². El ordenamiento español hasta la Ley 8/2021 responde básicamente al primero de modo que la modificación de la capacidad y la adopción de medidas de protección se establecían en el curso de un proceso judicial si concurrían las causas previstas por el artículo 200 Código civil.

9. La Ley 8/2021 avanza en la dirección de desjudicializar la protección¹³. Como datos más relevantes: 1º desaparece el procedimiento de incapacitación general y sus causas (*ex. art. 200 Cc eliminado*). Aunque las medidas están desligadas de una declaración judicial general de incapacitación, es evidente que la provisión de apoyos puede llegar a “entrañar necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad -acreditada por informes médicos y/o de servicios sociales- en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica”¹⁴. La eventual declaración de incapacidad acompañada de medidas de apoyo se dictará en el marco de procedimientos típicos de jurisdicción voluntaria presididos por el principio de oficialidad, que se manifiesta en la necesaria intervención del Ministerio Fiscal y en la importancia de los medios de prueba (arts. 42 bis y ss. LJV y 748.1º LEC 1/2000)¹⁵. 2º La tutela queda restringida a los menores de edad (art. 199 Cc) y es la curatela la principal medida de apoyo para los adultos y con carácter más flexible la guarda de hecho (art. 264, que no precisa una intervención judicial previa excepto para las funciones de representación). 3º Otras medidas son voluntarias, si bien en el sistema español están subordinadas a un intenso control judicial (arts. 42 bis y ss LJV). 4º Se otorga especial prioridad a la voluntad (decisión) del destinatario de la medida de apoyo que pueda aceptar o tomar la persona con discapacidad¹⁶. 5º Entre las medidas voluntarias de apoyo adquieren especial relevancia los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 ss Cc), la auto curatela (art. 271 Cc) y el nombramiento de defensor judicial. Estos serían los ejes vertebradores sobre los que es necesario añadir algunas precisiones.

¹¹ Una visión crítica pero ilustrativa, R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, “Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *cit. supra*.

¹² Desde otra perspectiva se diferencia entre un modelo jurídico-social, basado en el Estado de bienestar que ha desbordado los límites de la propia Seguridad social y un modelo jurídico-privado por el que se establece un estatuto de protección que comprende medidas heterogéneas y algunas próximas al modelo jurídico-social como la representación y asistencia, medidas de internamiento o autorización para intervenciones puntuales (*vid. R. CARO GANDARA, “La protección de los adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos” en El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles (M.T. ECHEZARRETA FERRER dir.), Granada, Comares, 2005, pp. 303-333*).

¹³ Conforme a la DT5ª se prevé la revisión de las medidas que se hubieran establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, bien a solicitud de quienes ostenten la representación, bien de oficio, en el plazo de 3 años a partir de la entrada en vigor de la Ley.

¹⁴ *Cf. STS num. 589/2021, FJ Cuarto, apart. 3* (siendo ésta la primera resolución judicial del TS recaída tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021).

¹⁵ *Cf. art. 749 LEC (modificado por la DF 3ª num.6 LJV 2015). Art. 759.1 LEC.*

¹⁶ Las medidas voluntarias son prioritarias, hasta el punto de que las medidas de apoyo de origen judicial “solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (art. 249.1 Cc). Para una interpretación de las claves de la nueva regulación *vid. STS, Sala de lo Civil, Pleno, num. 589/2021, de 8 de septiembre 2021*.

10. Las medidas de apoyo pueden ser judiciales y voluntarias (notariales). El elemento común y característico de las medidas de apoyo es su pertenencia al ámbito de la jurisdicción voluntaria (aunque puedan desembocar en un procedimiento contradictorio si el interesado se opone a la medida¹⁷). Estas dan lugar a distintos tipos de actos de jurisdicción voluntaria, entre las que seguramente dominan las resoluciones judiciales de carácter decisorio (las relativas a la provisión de apoyos y la extensión y alcance de los mismos en función de la situación del destinatario) frente a las de naturaleza homologadora (p.ej nombramiento de tutor en previsión fallecimiento de los padres o las que establezcan o modifiquen el ámbito de actuación del representante).

2. Competencia judicial

11. Establecida la competencia judicial internacional de los tribunales españoles por la presencia por residencia habitual del destinatario de las medidas, el ordenamiento español hace una atribución de competencia a los Juzgados de 1ª instancia correspondientes al lugar de residencia habitual del afectado (arts. 42.bis.a) y 43.1 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV). Casi todas las medidas están subordinadas a control judicial (art. 42 bis c)1º LJV). La función de dictar medidas está encomendada en exclusiva a los órganos judiciales (cf. arts. 1 y 9 LJV) aplicándose subsidiariamente la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la adopción de medidas judiciales de apoyo (arts. 748 1º. y 756 LEC) y hay razones de peso. Se trata de una acción de estado con efectos constitutivos, afectando no solo al estado civil sino a la situación patrimonial del destinatario de la medida y a terceros interesados. Las derivaciones procesales son enormes (p.ej. la obtención y práctica de pruebas). Son actuaciones en su mayoría, que requieren una actividad probatoria y de calificación típicamente jurisdiccional, además de la intervención del Fiscal.

En los supuestos internacionales la preponderancia de la protección estatal explica la prevalencia de la intervención de autoridades judiciales, así como una cierta identificación entre competencia judicial y competencia legislativa (correlación *fórum-ius*)¹⁸.

12. Ahora bien, la Ley 8/2021, se decanta por una preferencia por las *medidas de apoyo de naturaleza voluntaria* para restringir la capacidad de las personas, y subsidiariamente, al pretender dar una mayor estabilidad a las situaciones fácticas¹⁹, se potencia la intervención notarial en la adopción de ciertas medidas de carácter voluntario. Rigen las reglas de competencia notarial, a saber, el principio de libre elección establecido por el artículo 3º Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 y sus modificaciones.

3. Poderes de representación de personas vulnerables

13. El término “poder·” referido a la representación, se emplea en diversos sentidos. En ocasiones se quiere designar el “documento” en el que consta la representación que se ha conferido. Otras veces se alude al acto o “negocio jurídico” mediante el que se otorga la representación con independencia de que se fije o no documentalmente. Este acuerdo naturalmente es previo al anterior. Hay primero un “apoderamiento” y a continuación un “poder de representación”²⁰. De modo que los poderes de representación comprenden dos acuerdos: uno, el acuerdo entre poderdante e intermediario o apoderado y otro, el que vincula al intermediario frente a terceros.

Conviene distinguir también entre poderes generales y especiales, en función de las atribuciones, o el poder para pleitos, o los controvertidos poderes en el marco del Derecho de familia (por lo

¹⁷ Cf. STS num. 589/2021, FJ Cuarto, apart. 5

¹⁸ Cf. P. de MIGUEL ASENSIO, P. “La Ley de la Jurisdicción voluntaria y el Derecho internacional privado”, (<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/09/ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria->), jueves 22 de septiembre de 2016 p. 149.

¹⁹ Cf. M.P. GARCIA RUBIO, “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, enero/febrero 2018, p. 140.

²⁰ Cf. L. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p.125.

general la doctrina excluye la figura de la representación en este tipo de relaciones sobre todo en cuanto a aquellos negocios que implican un cambio de estado civil). Nosotros nos referimos a los poderes que completan la capacidad de las personas vulnerables que, como se ha indicado, constituyen una de las medidas de apoyo o (auto) protección de personas mayores y vulnerables.

14. Como quiera que la preocupación por la autoprotección avanza con autonomía propia al compás de una prolongación de la expectativa de vida y en la perspectiva de una pérdida o disminución de facultades, la protección del *adulto vulnerable* (adulto capaz pero que se anticipa al deterioro de sus condiciones cognitivas) se puede organizar con medidas preventivas y de autoprotección. Típicamente la designación del curador o como fórmula menos radical el otorgamiento de poderes preventivos muy variables en cuanto a los fines perseguidos²¹.

De entre las medidas de auto protección para adultos vulnerables la Ley 8/2021 organiza dos niveles²²: el de la autorregulación con *medidas anticipatorias* o preventivas, en las que es el propio sujeto quien decide la persona y cómo se le prestará el apoyo preciso (art. 250 Cc). Dentro de éstas hay que distinguir las que comportan *negocios típicos* (mandatos y poderes preventivos, autotutela, contrato de alimentos y patrimonio protegido) y *negocios atípicos* o medidas de apoyo que el sujeto quiera adoptar y que no tienen por qué coincidir con las legalmente tipificadas (art. 249.1 y 258 Cc).

15. Poderes que puede autorizar el notario. Conforme a la ley española el notario está obligado a autorizar los llamados poderes preventivos que responden a dos tipos²³: 1º) los llamados *poderes continuados*, que comienzan a surtir efecto desde el momento de la constitución, como poder ordinario, y por cláusula se pacta que el poder subsista si en el futuro surge una necesidad de apoyo (art. 256 Cc); 2º) el *poder preventivo puro* que se concede únicamente para el supuesto en el que el poderdante tenga necesidad de apoyo y por tanto se perfecciona en el momento en que se acredite la necesidad de apoyo (art. 257 Cc). Podrán otorgarse en concurrencia o no con otras medidas (art. 258 Cc).

16. Poderes especiales. Cabría identificar los *poderes especiales* vinculados a actos de disposición concretos (p.ej. la venta de un inmueble) de modo que entrarían dentro del supuesto artículo 1280.5 Código civil para el que se requiere asimismo escritura pública para autorizar el poder de representación.

17. En su caracterización son supuestos de representación voluntaria aquellos en los que las facultades de representación de una persona (poderdante) nacen de un contrato por virtud del cual se atribuye a otra (apoderado o representante) determinadas facultades de actuación. La intervención notarial en esta modalidad contractual es previsible en el supuesto de otorgamiento de poderes por españoles (o extranjeros) para la realización de actuaciones jurídicas de diversa índole en España o eventualmente en el extranjero²⁴.

18. El *contenido* del poder se refiere a los *sujetos* y a su identidad y capacidad, el *objeto* o asunto gestionado por el representante, el contenido y *facultades* conferidas al apoderado y los límites del poder

²¹ Dispone el artículo 255.1 Cc que “Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”.

²² Sigo en esta ordenación, por su claridad, V. GARCIA HERRERA, “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, (M. PEREÑA VICENTE/M. HERAS HERNANDEZ, M. dirs), Tirant lo Blanch, Valencia, privado, 2002, (1), 2022, p. 345); I.GALINDO GARFIAS, “Representación, mandato y poder”, *Revista de Derecho Privado*, 2002, (1), pp. 13-22.

²³ *Vid.* V. GARCIA HERRERA, “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato” ...*cit.* p. 348

²⁴ Aunque lo excluimos de este comentario, la problemática internacional puede examinarse también desde el ángulo de la eficacia de los poderes otorgados ante autoridades extranjeras para actual en España, cuestión que suscita un problema de su reconocimiento esencialmente sujeto al principio de equivalencia funcional.

del representado a favor del representante²⁵, son los aspectos centrales que deben figurar en ese primer contrato. Es conveniente que aparezcan descritas las actuaciones para las que se confieren las facultades de representación dentro de un límite espacial y temporal, los mecanismos de revisión, así como las formas de extinción del poder. Las facultades del apoderado como contenido del poder de representación permiten identificar y aislar unos poderes de otros.

III. La determinación del derecho aplicable a las medidas de apoyo

Resulta interesante contrastar cómo opera el régimen general para la adopción de medidas y como se completa cuando se trata de los poderes de representación, particularmente si las facultades conferidas al representante van a ejercitarse fuera de España.

1. Las reglas generales

19. En materia de protección de personas la autoridad interviniente prevalece sobre la cuestión de la determinación de la ley aplicable. Son supuestos típicos de jurisdicción voluntaria y en teoría obedecen a la idea de la indisoluble vinculación autoridad interviniente-ley aplicable o lo que es igual, la autoridad interviniente aplica su propia ley, eliminando el conflicto de leyes. Tiene lugar una unidad entre el procedimiento y forma de adopción y ley aplicable a la medida.

Esto tiene que ver con la función de la autoridad pública que no se limita a tareas de constitución y/o supervisión de la medida sino que en muchas ocasiones asume directamente la protección a través de servicios administrativos. La protección se convierte en un servicio público que se extiende a nacionales y extranjeros establecidos en el territorio del Estado de la autoridad²⁶. El conflicto de autoridades prevalece sobre el conflicto de leyes²⁷. La señalada unidad autoridad interviniente-ley aplicable para las cuestiones pertenecientes a la jurisdicción voluntaria se explica también por el peso del elemento administrativo en ciertas concepciones de la jurisdicción voluntaria. A ese esquema obedece en buena medida tanto el CLH 2000 sobre protección de adultos como el propio modelo español. La atribución de la competencia, judicial o administrativa, se asigna a las autoridades correspondientes al país de la residencia habitual de la persona a proteger con alcance multilateral en el CLH 2000 y unilateral en el marco de la LOPJ 1985 (art. 22 *quater*, apart. b)), instrumentos ambos que priorizan la residencia habitual como criterio de atribución de la competencia judicial precisamente por la proximidad de las situaciones a valorar y la autoridad interviniente.

20. El resultado es que determinada la autoridad interviniente dicha autoridad aplica “su propia ley” (=su derecho interno), como expresamente prevé el CLH 2000 (art. 13.1.). Es la regla general prevista por el CLH 2000 en cuanto a la protección de adultos²⁸. La solución ofrece ventajas prácticas para la autoridad interviniente y para las personas implicadas: en general evita la alegación y prueba del Derecho extranjero además de los problemas derivados de la eventual inadaptación de la medida prevista en una ley extranjera para ser ejecutada en el país de la residencia habitual del destinatario. Ahora bien, en el CLH 2000, a título excepcional y “en la medida en que lo requiera la protección de la persona o de los bienes...”, “podrá aplicarse o tenerse en cuenta *excepcionalmente* la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho” (art. 13.2 CLH 2000). Nótese que no hay una intervención subsidiaria del criterio de los vínculos más estrechos sino una intervención excepcional. Cabe descartar la ley de la residencia habitual cuando la situación presente un vínculo estrecho con otro país; si bien, el principio

²⁵ Vid. L. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, *La representación...cit.* pp 171-189

²⁶ A. MUÑOZ FERNANDEZ *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 155

²⁷ Cf. Y. LEQUETTE, Y. *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, Paris, 1976, p. 109

²⁸ Cf. E. PEREZ VERA/ A. BORRAS RODRIGUEZ, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: La protección internacional de adultos”, *REDI*, 1999, n° 2, pp 804-809, p. 806

de los vínculos más estrechos no se sustenta aquí sobre la búsqueda de la mayor proximidad autoridad/situación sino en atención al interés del adulto²⁹. La posibilidad de “tener en cuenta” únicamente la ley extranjera implica valorar si la medida a adoptar conforme a la ley de la residencia habitual va a encajar con las previsiones de una ley distinta de la del país de residencia habitual, que presenta un vínculo estrecho. El Informe Lagarde retiene como ejemplo que la ley del país en el que radican los bienes del destinatario de la medida exija una determinada autorización para vender el bien propiedad del adulto³⁰.

21. A futuro, la Propuesta de Reglamento UE relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de medidas de protección de los adultos, asumirá estas reglas dado que su artículo 8 resuelve la cuestión de la determinación del derecho aplicable a las medidas de protección por remisión al CLH 2000.

22. La solución de la norma de conflicto española no se distancia tanto del CLH 2000 dado que ambas se articulan en torno a la ley del país de la residencia habitual del destinatario de las medidas en competencia judicial y en ley aplicable; si bien el artículo 9.6.2 Código civil no cuenta con una regla subsidiaria, limitándose a reforzar la aplicación de la ley española para los supuestos de medidas provisionales o urgentes.

23. Cabe aun plantear que la residencia habitual radique en el extranjero o que así lo estime la autoridad interviniente, dada las dificultades que puede conllevar la concreción exacta de la residencia habitual en los supuestos de extranjeros residentes por temporadas en nuestro país. En un planteamiento conflictual la autoridad interviniente estaría vinculada por la norma de conflicto (art. 9.6. 2. Cc) cuya aplicación en estos supuestos puede conducir a la aplicación de una ley extranjera para la adopción de medidas (la correspondiente a la residencia habitual del destinatario de las medidas).

24. Acudir a una ley extranjera presupone superar la supuesta vinculación entre el procedimiento o forma y el fondo³¹ que llevaría a negar toda posibilidad de aplicar un derecho extranjero en los actos de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, en la doctrina contemporánea en general esta premisa dista de ser tan clara³². La cuestión de la determinación de la ley aplicable a través de normas de conflicto se puede y tiene que plantear en el ámbito de la jurisdicción voluntaria. Así se confirma en la propia Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: 1º) al disponer que los órganos judiciales aplicarán a los expedientes de jurisdicción voluntaria “las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado” (art. 10 LJV). El mandato de acudir a las normas de DIPr pone de manifiesto que en el contexto de la jurisdicción voluntaria la aplicación sistemática de la ley material de la autoridad interviniente (española) no es la única solución³³. 2º) Por lo demás, la aplicación de las normas de conflicto en la materia y la eventual remisión que realicen para la adopción y modificación de medidas tutelares está en nuestra jurisprudencia³⁴.

25. La adopción de *medidas previstas en la ley extranjera* estaría justificada por razones de proximidad: puede presentar una vinculación clara, real y sustancial entre la persona destinataria de las

²⁹ Cf. P. LAGARDE, *Convention Protection des Adultes. Rapport Explicatif*, ed. Hague Conference on Private International Law, párrafo 92.

³⁰ Cf. *Rapport Explicatif*, apart. 92.

³¹ Cf. P. de MIGUEL ASENSIO “La ley de la jurisdicción voluntaria...”, *cit.*, p. 168

³² Lo cierto es que esta imposibilidad de disociación fondo-forma se ha impugnado en la doctrina (cf. P. de MIGUEL ASENSIO, “La ley de la jurisdicción voluntaria...”, *cit.*, p. 168; *vid.* L. GARAU JUANEDA, “Artículo 10”, *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria* (dir. LLEDO YAGUA, F./FERRER VENDREL, M.P./TORRES LANA, J.A. ACHON BRUÑEN, M.J.), Dickynson, 2016, pp.71-72.

³³ *Vid.* P. DOMINGUEZ LOZANO, “Artículo 10. Ley aplicable a los expedientes de jurisdicción voluntaria en los casos internacionales”, *Comentarios a las Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. FERNANDEZ DE BUJAN, F.), Civitas-Thomson, 2016, pp. 135-136.

³⁴ *Vid.* Auto AP Castellón, nº 41/2010, de 27 de abril de 2010, en el que solicitada el relevo de la tutora nombrada conforme al derecho ruso, ley nacional del menor, que se rechaza, al calificarse de una materia de orden público, sujeta a intervención de las autoridades rusa, en atención a lo dispuestos en el (modificado) art. 9.6 Cc.

medidas y el país cuya ley es aplicable; también por razones prácticas, si se estimara que la residencia habitual radica en el extranjero donde coincide con el lugar de situación de algunos de sus bienes³⁵. Cabe también que designe un ordenamiento más avanzado en esta materia. Pero en tales casos tal vez tendría más sentido acudir a la autoridad extranjera y que ésta aplique su propia ley, pues los inconvenientes para el funcionario español son de calado.

26. En efecto, la solución conflictual presenta inconvenientes mayores en esta materia derivados de la disociación entre ley de la autoridad interviniente y ley aplicable. Uno, tiene que ver con la dificultad para diferenciar entre procedimiento y fondo. Y es que resulta impensable que la norma extranjera atribuya a la autoridad (española) una función que su ley interna no le encomienda³⁶; por ejemplo, determinadas actuaciones de control sobre las medidas. Tampoco el juez (español) podría excederse en sus atribuciones de jurisdicción voluntaria previstas por el derecho del foro. Otro, se vincula con la enorme heterogeneidad de modelos y medidas de protección que arroja un examen del Derecho comparado, de modo que el juez o la autoridad interviniente podría encontrarse con que no existan medidas voluntarias de apoyo, por ejemplo, o que sean muy diferentes de lo que la autoridad (como el notario) puede autorizar.

27. *Adaptación*. La heterogeneidad que arroja el Derecho comparado en esta materia obliga a una cuidadosa operación de calificación de la medida extranjera³⁷, en particular, en cuanto a las exigencias derivadas de las garantías previstas por la ley extranjera sobre todo si son distintas de las previstas por la ley española. En este sentido el mandato del artículo 61 LCJI dirigido a “notarios y funcionarios públicos españoles” en orden a sustituir la institución extranjera por otra que en el ordenamiento español “tenga en nuestra legislación *efectos equivalentes* y persigan *intereses y finalidades similares*”, es un criterio de actuación clave (aunque pensado para el reconocimiento y el acceso a los Registros) habida cuenta, por lo demás, que la medida que se adopte conforme a la legislación extranjera ha de ser inscrita en el Registro civil³⁸.

2. Ley aplicable a los poderes de representación

La cuestión de la determinación del derecho aplicable se plantea en relación con el fondo del poder, la capacidad del autor del mismo así como en cuanto a la forma y las exigencias de publicidad.

A) Diferencias entre el régimen interno y el régimen convencional

28. En el supuesto de poderes otorgados en España por personas establecidas en nuestro territorio no será infrecuente que sea España el país en el que se van a desplegar los poderes (p.ej. para la venta de inmueble sito en España). Pero puede ocurrir que se otorguen para intervenir indistintamente en el extranjero y en tal caso habría que plantearse 1º) aplicación de la ley de la residencia habitual para la construcción del poder, ante las eventuales divergencias entre la ley española y la de país en el que se van a ejercitar las funciones, 2º) en cuanto al fondo (obligaciones respectivas de poderdante y representado) y 3º) en cuanto a las exigencias formales y de publicidad. Pese a que el poder de representación es un contrato o un acto

³⁵ Cf. A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZALEZ, “Artículo 9.6”, *Las Modificaciones al Código civil del año 2015*, (dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 86.

³⁶ Cf. A. MUÑOZ FERNANDEZ, *La protección del adulto...cit.*, p. 159.

³⁷ La operación de calificación puede ser fundamental en este ámbito (cf. ALVAREZ GONZALEZ, S. “Artículo 9.6”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO, M./DIAZ ALABART, S.), Madrid, 1995, pp. 259 ss. espec. p. p. 268

³⁸ Ilustrativo el Auto AP Barcelona comentado por S. ADROHER BIOSCA en el que se procede a un exequatur parcial de una resolución judicial procedente de Marruecos, no reconociendo la incapacidad, pero sí la tutela prevista por la ley extranjera, si bien asimilada a la asistencia con facultades representativas (vid. “Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: orden público y adaptación”, *CDT*, (Marzo 2024), vol. 16, num.1, pp. 36-45, espec. p. 39); M. PEREÑA VICENTE, “La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección”, *Revista Critica de Derecho inmobiliario*, num. 767, pp. 1287-1325, p. 1297.

unilateral, la dimensión *interna* o la relación contractual entre poderdante y apoderado está excluida del régimen general del Reglamento UE 593/2008, de 19 de junio 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (R Roma I)³⁹ como también lo está la relación entre el representante y los terceros⁴⁰.

29. De modo que tratándose de una medida preventiva de autoprotección del adulto: 1º) la *dimensión interna*, por la que se restringe la capacidad del poderdante o autor del poder, quedará sometida a la norma de conflicto relativa a la protección de adultos (art. 9.6.2 Cc) susceptible de conducir a una ley extranjera. Como quiera que la admisión de la autonomía de la voluntad del adulto en esta materia es clave, no obstante los acuerdos o actos unilaterales suscritos por el adulto cuando era capaz para cuando él ya no esté en condiciones, la vigencia y efectos de tales acuerdos deben someterse a la ley española. 2º) Dado que el poder acarrea facultades de representación, esta regla concurre con otra norma de conflicto: la *dimensión externa* de la representación estaría sujeta al artículo 10.11, inciso segundo, del Código civil que dispone que “A la representación...voluntaria, se aplicará...de no mediar sometimiento expreso, la *ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas*”⁴¹. La regla es pues, i) libertad de elección y ii) en su defecto, la ley del país en que se vayan a ejercitar las facultades por el apoderado o representante”. De modo que las conexiones del artículo 10.11, inciso segundo Código civil conducirían a la aplicación de la ley española o de una ley extranjera según donde vayan a ejercitarse los poderes conferidos y dependiendo de que el autor o poderdante haya designado otra ley. Prevalece pues la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de una ley distinta de la correspondiente al país donde se van a ejercitar las funciones; si bien en el acto de autorización el notario interviniente debería cerciorarse de que las facultades conferidas son compatibles con la ley española. Incluso si se faculta al apoderado para la realización de uno o varios actos, uno de los cuales deba tener lugar en España y otro en país distinto, se justificaría la elección de una ley extranjera⁴².

30. De prosperar la Propuesta de Reglamento sobre protección de adultos presentada por la Comisión europea, la solución prevista para los poderes no comporta un cambio radical con respecto a la solución española, aunque la prevista por el CLH 2000 sea superior técnicamente.

- 1º) En cuanto a la *autorización del poder*, interviene la ley de la residencia habitual del adulto en lo relativo a la existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto (art. 15.1 CLH 2000); a no ser que el adulto extranjero residente en España escoja otra ley, por ejemplo, la de su nacionalidad (art. 15.2.a) CLH 2000). La diferencia radica en que en el marco del CLH 2000 la ley de la residencia habitual puede ser excluida por el adulto siempre que se someta el acto de voluntad de que se trate, (“expresamente por escrito”), a una de las leyes que se señalan: la del Estado de su nacionalidad, la de la residencia habitual precedente o la del Estado en que posea bienes y solo por lo que se refiere a éstos. La ley de la residencia habitual es subsidiaria: solo si no hubo elección expresa de una de estas leyes por el autor del poder y destinatario de la medida.
- 2º) En cuanto a las “*modalidades de ejercicio de los poderes*” de representación (expresión más restringida que la de “extensión de los poderes”⁴³) se regirán por la ley del Estado en el que se ejerciten (art. 15.3 CLH 2000). Dos puntualizaciones añade el Informe Lagarde: primera, con la expresión “modalidades de ejercicio” se pretende evitar que el representante en el extranjero pueda pretender actuaciones contrarias al orden público de tal estado (p.ej. autorizaciones de operaciones o pruebas médicas); segunda, “se aplica” la ley extranjera,

³⁹ DOUE L 177, de 4 de julio 2008.

⁴⁰ Y esto porque el R Roma I excluye del ámbito material de aplicación el “estado civil y la capacidad de las personas físicas” (art.1.2.a), así como “la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad asociación o persona jurídica (art.1.2 g) R Roma I).

⁴¹ No se aplican las normas del R Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en lo relativo al contrato de representación, dada la exclusión de su ámbito de las cuestiones relativas a capacidad (art. 1.2.a).

⁴² Vid. J.L. IRIARTE DE ANGEL, “Art.. 10.11”, *Comentario del Código civil*, 2006, t. 1., pp. 218-220.

⁴³ Cf. P. LAGARDE, *Rapport Explicatif cit.* apart. 99

no solo se la toma en consideración. El cambio más relevante deriva de la concreción *ex ante* de las leyes que podrá escoger el autor del poder y la concreción de los aspectos formales en cuanto a la manifestación de la voluntad

31. *Ámbito ley rectora del fondo.* En la ley rectora del contrato de mandato o representación habrá que contrastar, en particular, el alcance de las facultades conferidas al representante, si el poder es válido, suficiente o no, ineficaz y sus consecuencias⁴⁴. De todo ello depende, en definitiva, la posibilidad de vincular al representado frente a terceros⁴⁵.

B) Control sobre la capacidad

32. En cuanto al control de la capacidad de los extranjeros es evidente que la ley nacional debe intervenir (*ex. art. 9.1 Cc*), si bien dado el ámbito de protección en el que se mueve la autorización de estos poderes, se trata de un control material o sustantivo, casi imperativo para la autoridad interviniente. En el acto de autorización el notario procede a un juicio notarial de capacidad, sujeto a la legislación notarial, que supone contrastar la capacidad de las personas otorgantes, que tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate (*art. 167 RN*): “La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes” (*art. 145. 1 RN*).

33. Cuando el control se refiere a las medidas de protección de las personas de cualquier tipo, corresponde al notario autorizante averiguar y establecer sin sombra de duda la verdadera voluntad (también la del autor del poder). El respeto a la voluntad del destinatario de las medidas es un principio vector de la Ley 8/2021 cristalizado en el artículo 249.2 Código civil: “Las personas que presten apoyo deberán actuar *atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera*. Igualmente procurarán que la persona (con discapacidad) pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”. En suma, reconoce el derecho de la persona a tomar decisiones sobre su propia vida (especialmente innovadora en lo que concierne a las personas con discapacidad). Esta disposición es clave y vincula a la autoridad notarial quien tiene, por lo demás, una obligación de informar acerca del contenido del poder y eventualmente de sus consecuencias. En los supuestos de remisión a leyes extranjeras, la cuestión del deber de información es mucho más controvertida, por cuanto que no tiene el deber de conocer el derecho extranjero eventualmente invocado por el poderdante.

C) Validez formal del poder

34. En teoría el poder podrá ser otorgado de manera expresa, verbalmente o por escrito, y en este último caso, en documento público o privado; y en algunos sistemas, se exige incluso que se observen los mismos requisitos formales requeridos para el acto que se va a realizar, junto a otros que no exigen ninguna forma específica⁴⁶. En principio, no es previsible un conflicto de leyes: el interesado se dirige al Notario español con la expectativa puesta en el desarrollo de una actuación jurídica en el marco territorial español. Luego en una mayoría de supuestos se busca la eficacia del poder en España y por tanto la conformidad del poder de con la ley española:

⁴⁴ Cf. M. VIRGOS SORIANO, *Derecho internacional privado. Parte especial*. Eurolex, Madrid, 1995, p. 203.

⁴⁵ Cf. A. BORRAS RODRIGUEZ, “Art. 10.11”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t.I, vol 2º (dir. M. ALBALADEJO), Edersa, Madrid, 1995, p. 794.

⁴⁶ Vid. R. RUEDA VALDIVIA, “La representación voluntaria en la contratación”, *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, (coord. S. SANCHEZ LORENZO), 2013, pp. 1406-1407. Así el art. 1280.5º *in fine* Cc.

35. En los supuestos que nos ocupan la disposición clave es el artículo 255 Código civil que deja bien clara la intervención notarial a dos niveles. En primer término, como autorizante: “Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, *podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo* relativas a su persona o bienes” (art. 255.1 Cc), intervención que se extiende a los poderes preventivos (art. 260 Cc). En un segundo momento, el Notario está obligado a dar traslado al Registro civil: “El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante” (art. 255. 3 Cc) en cuanto a los poderes preventivos que autorice (art. 260.2 Cc).

36. *Validez formal del poder y vinculación con el acto o negocio jurídico a realizar.* El control de la forma va más allá. Dadas las repercusiones que de modo general los poderes pueden tener en el tráfico, en el ordenamiento español se ven sometidos a exigencias formales que actúan como condición de fondo, como requisito de validez del propio acto o negocio jurídico⁴⁷. De ahí que el artículo 1280 Código civil establezca que “deberán constar” en documento público:

“...5º) El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de *cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública*, o haya de perjudicar a tercero.”

Lo relevante es que se establece una *vinculación* entre el poder y el acto para el que se han conferido las facultades (art. 1280, 5º *in fine* Cc), de modo que si la transacción principal requiere documento público el poder debe constar asimismo en documento público. Se prescribe una identidad en la forma, y el poder debe otorgarse en la misma forma que el acto principal⁴⁸. Por su propia redacción (“deberán constar en documento público.”) y por su finalidad, la norma no deja resquicio para la duda acerca de su aplicabilidad y podría calificarse como *internacionalmente imperativa*: una exigencia del derecho material que excluye el juego de las demás conexiones del artículo 11 Código civil⁴⁹. En consecuencia, el poder contenido en documento privado o en cualquier otro soporte documental no sirve. Si el acto o contrato para el que se quiere el poder (p.ej. para la venta de un inmueble sito en España) exige escritura pública (p.ej. para la inscripción en el Registro de la propiedad) también el poder de representación deberá constar en documento público. Se trata de asegurar que el poderdante es capaz y ha dado su consentimiento para la ejecución de las facultades conferidas^{50 51}.

D) Exigencias de publicidad: la inscripción en el Registro Civil

37. Una vez adoptadas las medidas de protección u otorgado el poder, deben ser inscritas el Registro civil (arts. 4 LRC 2011, aparts. 10 y 72 LRC 2011). Siguiendo las reglas generales de competencia “en el Registro civil constarán los hechos y actos que afecten a españoles y los referidos a extranjeros acaecidos en territorio español” (art. 9 LRC 2011) y cualquiera de las Oficinas Generales del Registro civil será competente para la solicitud de la práctica de la inscripción (art. 10 LRC 2011). En el (tam-

⁴⁷ Cf. J.C. ROZAS/S.SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12 ed. Ed. Civitas, Madrid, 2012, p. 330.

⁴⁸ Cf. M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional privado español*, Eurolex, 1998, p. 267.

⁴⁹ M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos...cit.* pp. 270-273

⁵⁰ Otros autores han sostenido el enfoque conflictual y la aplicabilidad del artículo 11 Código civil, incluido su párrafo 2, por el que la validez formal se determinaría por la *ley del fondo del apoderamiento* Cf. GONZALEZ CAMPOS, J.D. *Derecho internacional privado*, Eurolex, 1995, p. 261

⁵¹ E incluso atendiendo a un criterio de conexión no contemplado por el art. 11 Cc aunque sí por el art. 10.11, apart. segundo, como es la *ley del lugar de actuación del poder* o donde se ejerciten las facultades conferidas (Cf. RUEDA VALDIVIA, R. “Régimen jurídico de la forma de los poderes de representación voluntaria en el Derecho internacional privado español”, *Revista de la Corte española de Arbitraje*, pp.177-221, espec. pp. 195-198).

bién) nuevo contexto de un Registro civil individual para cada persona (art. 5 LRC 2011) además de informatizado, queda por salvar el escollo de los extranjeros residentes no inscritos en el Registro civil. Cabe entender que cuando el artículo 5.2 determina que el registro individual se abre con la inscripción del nacimiento “o con el primer asiento que se practique” las medidas de protección sobre un extranjero tendrían cabida en el supuesto.

El sexo de la persona física en Derecho internacional privado: evolución histórica y respuesta normativa (Primera parte)

Sex of Natural Person in Private International Law: Historical Evolution and Normative Response (Part I)

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Cantabria

ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

Recibido: 14.09.2024 / Aceptado: 30.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8950

Resumen: En este trabajo se tratará de analizar cómo y en qué medida el DIPr ha dado respuesta normativa y tratamiento metodológico al sexo y, en su caso, género de la persona física a lo largo de su historia, teniendo en cuenta la propia concepción del sexo imperante en cada época y su evolución desde un sistema de sexo único (el varón) a un sistema binario: sexo-género (hombre/mujer-femenino/masculino). Cuestiones tales como: la condición jurídica de la mujer, y su toma de consideración por parte del DIPr, la teoría de la personalidad de las leyes de Mancini y con ella la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada; la reacción y lucha del movimiento feminista a nivel nacional e internacional contra dicho principio o el gran reto que supuso para la doctrina iusinternacionalprivatista el lento pero firme avance del principio de igualdad jurídica y su incorporación a las normas de conflicto, serán objeto de especial atención.

Palabras clave: Sexo, género, nacionalidad, mujeres, matrimonio, Derechos Humanos, DIPr, conflictos de leyes, puntos de conexión, ley nacional del marido, ciudadanía, SdN, Naciones Unidas, Feminismo.

Abstract: This paper will try to analyze how and to what extent private international law has given normative response and methodological treatment to sex and, where appropriate, gender of the natural person throughout its history, considering the conception of sex prevailing in each era and its evolution from a single sex system (male) to a binary system: sex-gender (male/female/feminine/masculine). Issues such as: the legal status of women, and its consideration by private international law, Mancini's theory of the personality of laws and with it the loss of nationality of married women; the reaction and struggle of the feminist movement at national and international level against this principle or the great challenge that the slow but steady advance of the principle of legal equality and its incorporation into the conflict of law represented for the private international law doctrine, will be the object of special attention.

Keywords: Sex, Gender, nationality, women, marriage, human rights, IPL, conflicts of laws, connecting factors, husband's nationality law, citizenship, LN, UN, Feminism.

Sumario: I. Introducción. II. La condición de la mujer en el desarrollo histórico del DIPr. 1. El DIPr de base doctrinal: la teoría de los estatutos (siglos XIII-XVIII). A) La condición jurídica de la mujer en el Derecho común clásico. B) La doctrina de los estatutos. 2. El DIPr de base legal (Siglo XIX). A) La concepción jurídica de la mujer en el proceso de codificación nacional. B) Savigny y la ley del domicilio del marido. C) Mancini y la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada.

D) El asunto *Bauffremont* y la discriminación por razón de sexo. III. La “*Independent Citizenhip*” y su influencia en el proceso de codificación internacional: el caso de la nacionalidad del marido como punto de conexión de la norma de conflicto. 1. El movimiento feminista y su influencia en las legislaciones nacionales. 2. El principio de unidad de la nacionalidad familiar versus el principio de dualidad de nacionalidades de los esposos. 3. La nacionalidad de la mujer casada y los conflictos de leyes. A) Efectos del matrimonio. B) La nacionalidad de los hijos del matrimonio y la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales. 4. La nacionalidad de la mujer casada en el proceso de codificación del Derecho internacional (periodo de entreguerras: 1918-1939). A) El movimiento feminista a escala internacional B) Organizaciones científicas internacionales y nacionales C) La Sociedad de Naciones: la Conferencia de La Haya de 1930. 5. La nacionalidad de la mujer casada tras la II Guerra Mundial. A) Naciones Unidas y el Convenio de 1957. B) El IDI y el caso de la nacionalidad del marido como punto de conexión. IV. El insólito caso del DIPr español. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Hasta el siglo XVIII, en las sociedades occidentales solo se concebía la existencia de un único sexo¹. Se consideraba que la mujer era una versión imperfecta del varón, siendo considerada por el Derecho como un ser incapaz o con capacidad jurídica limitada, situación ésta que se prolongaba con el matrimonio. La aparición e instauración en la mayor parte de los países de un sistema binario heteronormativo no cambió jurídicamente el tratamiento de las mujeres por parte del Derecho. Algo que avivó las reivindicaciones del movimiento feminista con lentos pero notables resultados tanto en el ámbito del Derecho internacional como de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Alcanzada la igualdad formal entre mujeres y hombres en la esfera del Derecho privado, el sexo de la persona dejó de considerarse un estado civil².

2. La inmutabilidad del sexo y género asignado a la persona al nacer, siguiendo criterios estrictamente biológicos y sociales respectivamente, se vio alterada posteriormente por lo que se vino a denominar “*disforia de género*” y el reconocimiento del derecho a la “*identidad sexual*”. Admitida por la sociedad y por el Derecho la *transsexualidad*, -esto es, el cambio de sexo con el fin de adecuarlo al género socialmente sentido-, se exigió la *reasignación quirúrgica del sexo* al objeto de salvaguardar los roles de género, especialmente por lo que se refiere al matrimonio y la maternidad. De esta forma el binomio sexo/género quedaba,...sigue quedando en algunos casos, garantizado en todos los sentidos, incluido el jurídico³.

3. Los avances en el reconocimiento de derechos humanos promovidos a nivel internacional por el colectivo LGTBIQ+, cristalizados en la jurisprudencia del TEDH y en algunas legislaciones nacionales, entre ellas la Ley trans española, ha venido a romper la estabilidad tradicional del sistema jurídico heteronormativo⁴. El *cambio de sexo registral sin intervención quirúrgica*, la *intersexualidad* y

¹ Vid. M. FOUCAULT, Historia de la sexualidad, vol. 1, La voluntad de saber, Siglo XXI, Buenos Aires, 1977

² Vid. M. V. MAYOR DEL HOYO, “El sexo de la persona: ¿un estado civil en el Derecho español”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 139 (31-56), 2016, pp. 31-55.

³ Vid. M. L. FEMENÍAS, “Del sexo binario a la diversidad de géneros: algunas contribuciones teóricas”, en Z. ASSIS/M. G. DOS SANTOS (COMP.), *Diferencia sexual e desconstrução de subjetividade em perspectiva, Belo Horizonte*, D’Placido, 2015, pp. 165-186; L. FLORES ANARTE, “El pacto sexual y la construcción binaria sexo-género”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2022, núm. 31, versión online disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425158; M. EXPÓSITO GARCÍA, “El devenir del sistema sexo-género. La necesidad de hablar de las mismas cosas”, *CUADERNOS KÓRE*, vol. 1, 2010, nº 2, pp. 72-113; M. GARCÍA-GRANERO, “Deshacer el sexo. Más allá del binarismo varón-mujer”, *ILEMATA. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 2017, nº 25, pp. 253-263; L. A. GUERRA, “Familia y heteronormatividad”, *Revista Argentina de Estudios de Juventud*, 2009-06, pp. 1-17; F. OLSEN, “El sexo del derecho”, en D. KAIRYS (ED.), *The Politics of Law*, Pantheon, New York, 1990, pp. 452-467; L. SALDIVIA, “Reexaminando la construcción binaria de la sexualidad”, *Revista Pensamiento Penal*, 2012, versión en línea: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34131-reexaminando-construccion-binaria-sexualidad>;

⁴ Vid. M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, “Identidad e identificación de la persona”, en T. F. TORRES GARCÍA (DIR.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 83-144; V. J. MARCHANTE NAVARRO, “La autodeterminación de género en la Legislación trans en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, 2023, pp. 417-

el *transgenerismo* plantean importantes desafíos para el Derecho. Instituciones jurídicas como el matrimonio, la maternidad y la paternidad, ya sea natural, mediante técnicas de reproducción humana asistida o adoptiva o el mismo nombre de la persona física, tradicionalmente ligados al binomio sexo/género quedan cuestionados por la aparición de nuevas realidades sociales, nuevos conceptos, nuevos avances científicos, biológicos y médicos, y sobre todo por el lento pero imparable reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o cualquier otra condición personal o social⁵.

4. Sirva este breve excurso, como introducción al presente trabajo, gestado al igual que otros tantos con la pretensión de rendir tributo a mi maestro: el Profesor Alfonso-Luis Calvo Caravaca. Pocas personas pueden por su valía, talento y grandeza marcar el rumbo de otras. El profesor Calvo Caravaca es una de ellas. Aún recuerdo como si fuera ayer sus clases magistrales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Corría el curso 1992/93. Desde entonces hasta hoy el Derecho internacional privado ha formado parte de mi vida. Sin él pocas cosas tendrían sentido. Solo puedo tener palabras de agradecimiento, admiración y profundo respeto hacia una persona de la calidad científica, pero sobre todo humana, de Alfonso-Luis Calvo Caravaca.

5. En este estudio se tratará de analizar cómo y en qué medida el DIPr ha dado respuesta normativa y tratamiento metodológico al sexo y, en su caso, género de la persona física a lo largo de su historia. El trabajo se dividirá para ello en dos partes, teniendo en cuenta la propia concepción del sexo imperante en cada época y su evolución, -condicionada siempre por el contexto social, filosófico, moral, religioso y científico-, desde un sistema de sexo único (el varón) a un sistema binario: sexo-género (hombre/mujer-femenino/masculino) y que se encuentra actualmente en tránsito hacia un sistema no binario (la persona). En esta primera entrega, el foco se pondrá en *la condición jurídica de la mujer*, y su toma de consideración por parte del DIPr desde sus orígenes como ciencia jurídica (siglo XIII) hasta nuestros días, prestando especial atención al periodo comprendido entre finales del siglo XIX y mediados del siglo XX. Una etapa determinante en el desarrollo histórico del DIPr por las importantísimas aportaciones realizadas por la doctrina al perfeccionamiento técnico de nuestra disciplina, pero también, y tal vez sea este el lado más desconocido, por las “perversos” efectos que algunos de estos planteamientos técnicos-jurídicos tuvieron sobre las mujeres. La teoría de la personalidad de las leyes de Mancini y con ella la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada; la reacción y lucha del movimiento feminista a nivel nacional e internacional contra dicho principio, que se expandió como la pólvora por

439; J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, “La identidad de género en el Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *ADF*, 2022, pp. 105-136; ID., “Sexo, género y derechos: Del “Derecho a la orientación sexual y la identidad de género” al “derecho a la libre determinación el género”, *Derechos y Libertades*, núm. 46, 2022, pp. 23-64; J. R. PALOMARES GARCÍA/C. A. ROZO LADINO, “El registro civil de las personas y el modelo no binario”, *Revista Ius et Praxis*, nº 3, 2019, pp. 113-144.

⁵ Vid. M. ALBERTSON FINEMAN, “Fatherhood, feminism and Family Law”, *McGeorge Law Review*, vol. 32, Issue 4, 2001, pp. 1031-1049, disponible en: <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol32/iss4/3>; ; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho Internacional privado (1)”, *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 30, 2021, pp. 115-157; D. BORRILLO, “Mariage por tous et filiation por certains: les résistances à l'égalité des droits pour les couples de même sexe”, *Revue internationale interdisciplinaire*, 2015-1, nº 69, pp. 179-220 versión en línea: <http://journals.openedition.org/droitcultures/3566>; M. CHAABEN, “Le sexe neutre et le paradigme de la binarité des sexes”, *Les Annales de Droit*, 2017, en línea: <http://journals.openedition.org/add/524>; P. DUNNE/J. MULDER, “Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?”, *German Law Journal*, vol. 19, nº 3, 2018, pp. 627-648; A. DUTTA/W. PINTENS, “Private International Law Aspects of Intersex”, en J. M. SCHERPE Y OTROS (EDS), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 415-426; S. L. GOESSL, “From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law: the question whether a person is male, female, or...?”, *Journal of Private International Law*, 2016, pp. 261-280; ID., “Legal Gender Beyond the Binary”, *International Journal of Law, Policy ante the Family*, 2019, 33, pp. 403-429; D. A. GONZÁLEZ-SALZBERG/M. PERISANIDI, “Belonging beyond the binary: from Byzantine eunuchs and Indian hijras to gender-fluid and non binary identities”, *Journal of Law and Society*, 2021, vol. 48, pp. 669-689; B. HAFTTEL, “Identité sexuelle et Droit international privé”, en S. BOLLÉE/E. PATAUT (DIRS.), *L'identité à l'épreuve e la mondialisation*, IRJS, Paris, 2016, pp. 139-148; A. MARGARIA, “Trans men Giving Birth and Reflections on Fatherhood: What to Expect?”, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2020, 34, pp. 225-246; P. ORTEGA PRIETO DE LOS MOZOS, “La identidad de género en el Derecho Internacional privado español”, *REDI*, 2023-2, pp. 346-366; J. T. THEILEN, “Beyond the Gender Binary: Rethinking the Right to Legal Gender Recognition”, *EHRLR*, Issue 3, 2018, pp. 249-257.

casi todas las legislaciones del mundo; o el gran reto, por no decir “cisma”, que supuso para la doctrina iusinternacionalprivatista el lento pero firme avance del principio de igualdad jurídica y su incorporación a las normas de conflicto, serán algunas de las principales cuestiones que centren nuestra atención en las páginas que siguen.

II. La condición jurídica de la mujer en el desarrollo histórico del DIPr

4. La cuestión del sexo de la persona física no ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina en DIPr. Tradicionalmente, se venían a realizar sobre este particular dos afirmaciones de principio: 1ª) el sexo de la persona física era una cuestión que afectaba a la capacidad y el estado de la persona física y, por tanto, se determinaba, sin mayor discusión o debate, conforme a la ley personal, ya fuera esta la ley del domicilio o la ley nacional del sujeto; 2ª) el DIPr, desde sus orígenes y hasta bien avanzado el siglo XX, era una disciplina jurídica más preocupada en resolver los complejos problemas técnicos-jurídicos derivados de los denominados conflictos de leyes, que en las cuestiones materiales que se pudieran debatir en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales.

5. Con estos dos axiomas, el DIPr quedaba al margen -al menos, así se nos ha tratado hacer llegar durante varias generaciones- del gran debate impulsado por el movimiento feminista en casi todos los países del mundo desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX y que se dirigía a eliminar una de las mayores discriminaciones sufridas por las mujeres a lo largo de la historia: la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada. Dicha regla alcanzó carácter universal a propuesta de Pasquale Stanislao Mancini, uno de los grandes maestros de DIPr de todos los tiempos. Siendo esto así resulta, cuando menos, legítimo cuestionarse si realmente el DIPr permaneció siempre ajeno a la cuestión del sexo de la persona física, o si por el contrario coadyuvó en algún momento a través de sus propuestas científicas a conformar la condición jurídica de la mujer.

1. El DIPr de base doctrinal: la teoría de los estatutos (siglos XIII-XVIII)

6. El DIPr, tal y como lo conocemos en nuestros días, hunde sus raíces en la teoría de los estatutos. A partir del siglo X, comienza a instaurarse en Europa un nuevo contexto socio económico, coincidiendo con el sacro imperio y el refortalecimiento de las relaciones comerciales especialmente de las ciudades del norte de Italia, dando lugar a la aparición de nuevos problemas jurídicos. Para dar solución a las nuevas realidades sociales, comienza a construirse el “Ius Comune”, un derecho creado por los juristas europeos de la época, tomando como fuentes el Derecho romano (principalmente, el Digesto y el *Code iuris civilis* de Justiniano), el Derecho canónico y los usos feudales.

7. Paralelamente a este proceso de construcción del Derecho común clásico que se extendió por toda Europa, las ciudades del norte de Italia (Módena, Florencia, Bolonia, Padua, etc...) comenzaron a redactar su propio Derecho consuetudinario. Estas disposiciones se ocupaban principalmente de las relaciones jurídicas de Derecho privado, tales como: obligaciones de comprador y vendedor, relaciones entre los esposos, los testamentos, los legados, etc....Pero, estas recopilaciones municipales de normas o estatutos, a pesar de inspirarse en el Derecho común, diferían de una ciudad a otra. La libertad de movimiento de sus habitantes y el comercio hicieron surgir relaciones jurídicas conectadas con varios lugares y con ellas el problema de la aplicación de las leyes en concurrencia. Es aquí donde comienza la historia del DIPr de nuestros días, de la mano de un nutrido grupo de juristas que, formados en el Derecho común clásico, ofrecieron por primera vez, soluciones concretas al problema anteriormente planteado siguiendo para ello un método unilateral de delimitación del ámbito de aplicación de las normas⁶.

⁶ Sobre el desarrollo histórico del DIPr, *vid.*: B. ANCEL, “Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français”, *RCDIP*, 2011, pp. 21-38; ID. *Éléments d’histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2017; C. CAMPIGLIO, “Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri”, *RDIPP*, n.

8. No se tratará tanto aquí de hacer una exposición exhaustiva de la teoría de los estatutos desde mediados del siglo XIII hasta el siglo XVIII, sino más bien de analizar cuál fue la condición jurídica de la mujer en el Derecho común clásico⁷ y si, de algún modo, influyó en las soluciones técnico-jurídicas ofrecidas por la doctrina estatutaria.

A) La condición jurídica de la mujer en el Derecho común clásico

9. La concepción de la mujer, tomada de la filosofía clásica y de la religión judeo-cristiana fue incorporada a textos jurídicos de relevancia y perpetuada durante siglos a través del Derecho⁸. Durante la Edad Media y la Edad Moderna, el sexo femenino era irrelevante, inexistente. Las mujeres se consideraban, con fundamentos diversos, seres inferiores a los hombres, inhábiles o, en palabras de Santo Tomás de Aquino: “infelices accidentes de la naturaleza”⁹. Lo masculino, por tanto, incluía lo femenino. El Derecho sólo tenía en cuenta a la mujer cuando, por su propia naturaleza, la regla jurídica proyectada llevaba a resultados absurdos¹⁰.

3, 2013, pp. 593-618; E. EATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 2ª ed., Torino, vol. I (*Storia del Diritto internazionale privato*), 1895 y vol. II (*Savigny, la Scuola italiana e gli sviluppi più recenti della dottrina dell'ordine pubblico*), 1902; P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Las concepciones publicista y privatista del objeto del Derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica”, *REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 99-135; C. FOCARELLI, *Introduzione storica al diritto internazionale*, 2012; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Reflexiones sobre los orígenes históricos del DIPr.”, *AEDIP*, 2003, pp. 107-138; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *EJB*, 1995, pp. 1428-1431; ID., “Derecho internacional privado”, *EJB*, 1995, pp. 2311-2316; ID., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Homenaje A. Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *RCADI*, 1929-IV, t. 29, pp. 287-400; E. JAYME, “Il Diritto internazionale privato estense”, *RDIPP*, 1996, pp. 5-18; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), París, 1888, concr. pp. 273-279; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; E. M. MEIJERS, “L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l’Europe occidentale”, *RCADI*, 1934, vol. 49, pp. 543-686; ID., *Étude d’histoire du droit international privé*, Centre Nationale de la recherche scientifique, París, 1967; R. DE NOVA, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *RCADI*, 1966-II, t. 118, pp. 435-619, concr. pp. 441-477; F. STURM, “Comment l’Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?”, *JDI*, 106, 1979, pp. 259-273; H. E. YNTEMA, “The Historic Bases of Private International Law”, *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317.

⁷ Vid. A. M. HESPANHA, “El estatuto jurídico de la mujer en el Derecho común clásico”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, pp. 71-87; E. DE HINOJOSA, M. MARTÍNEZ NEIRA (ED. LIT.), *La condición de la mujer casada en el Derecho español antiguo y moderno*, Dykinson, Madrid, 2020; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, “Evolución histórica de los derechos de la mujer”, *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, nº 12-13, 1994-1995, pp. 313-336.

⁸ En los escritos de los filósofos clásicos, como, por ejemplo, el *Tratado de la generación de los animales* de Aristóteles, los *Aforismos* de Hipócrates o los textos de Platón, la mujer se consideraba, tomando como referencia el acto de la generación, como un ser claramente inferior al hombre. A este le correspondía fisiológicamente la capacidad y decisión de procrear, moldeando a la mujer -mero receptor pasivo y frágil- a su voluntad. En otras palabras, si la existencia de la humanidad dependía del hombre a este correspondía de igual modo la toma de decisiones y un papel preponderante en la sociedad.

⁹ En la tradición judeo-cristiana la inferioridad de la mujer hunde sus raíces en el relato de la creación, en la participación de Eva en el pecado original y en la consecuente condena por Dios (Génesis, I, 2, 3, 18).

⁹ En la *Summa Theologica*, Santo Tomás de Aquino manifiesta la siguiente opinión: “Debe decirse que por la naturaleza particular la mujer es algo deficiente y ocasional. Pues la virtud activa que reside en el semen del varón, tiende a producir un efecto semejante a sí mismo de sexo masculino. Entre tanto, si se generó una mujer esto aconteció por causa de debilidad de la virtud activa o por alguna indisposición o aún por alguna mudanza extrínseca como los vientos del sur, que son húmedos”. Vid. A.M. HESPANHA, *loc. cit.*, p. 77; O. H. PESCH, *Tomás de Aquino. Límite y grandeza de una teología medieval*, trad. Esp. Barcelona, Heder, 1992, pp. 246-271.

¹⁰ Agustín Barbosa, un célebre canonista del siglo XVII, ofrece varios ejemplos en relación con el término hijos/hijas (*Tractatus varii. De apelativa verborum utriusque iuris significatione, Lugduni*, 1644, V., *Filius*, ns. 48-70.). Así, en materia testamentaria, según el autor, resultaba absurdo aplicar el régimen jurídico genérico a hijos e hijas. Solo los primeros podían heredar bienes por causa de dignidad y conservación de la memoria familiar. También quedarían excluidas las hijas de la ley que manda penar a los hijos por el crimen del padre, en tanto que en estas se pierde la memoria de la familia, al ganar, por casamiento otra familia y porque por causa de flaqueza del sexo son menos osadas. Sería absurdo imponer una pena a las hijas por este delito, porque nunca serían portadoras de la memoria familiar. En el supuesto del delito de lesa majestad, sería inútil imponer una pena a las hijas, en tanto que su carácter frágil y débil sirve de prevención suficiente. Por el contrario, si se trata de herejía la pena del padre debería pasar a las hijas porque “en la herejía, **el peligro es mayor en las mujeres por causa de la imbecilidad de su intelecto**” (la negrilla, es nuestra). Vid. A.M. HESPANHA, *loc. cit.*, pp. 74-75.

10. La mujer, por tanto, se consideraba *ipso natura sua*: a) *Menos digna que el hombre*. Algo que la incapacitaba para las funciones de mando o ejercicio de prerrogativas políticas¹¹; b) *Frágil y débil*. Los juristas eran unánimes en considerar que la mujer carecía de capacidad suficiente para regirse por sí misma¹². En este sentido, las mujeres eran equiparadas por su ignorancia natural a los niños. De ahí que necesitaran estar sometidas a tutela de alguien, primero del padre y después del marido¹³. c) *Perversa y lasciva*. De nuevo aquí, con base en el relato del Edén, se consideraba que la mujer representaba el mal, la lujuria y la astucia. Es por ello que para paliar estos “defectos”, quedara sometida a constante vigilancia y confinada al mundo doméstico. Y por supuesto, no podía mezclarse con hombres por docta que fuera. La regla del pudor y la “honestidad” de las mujeres así lo imponía¹⁴

11. Esta era la imagen de la mujer que imperó en el mundo medieval y moderno, tributaria de la filosofía clásica, reflejada en las principales fuentes del Derecho común europeo (Derecho civil y Derecho canónico) y proyectada en las normas de los diversos reinos y territorios con algunas e importantes diferencias y limitaciones basadas en las tradiciones y costumbres particulares de cada uno de ellos¹⁵. Estas divergencias se hacían sentir especialmente en materia de régimen económico matrimonial.

¹¹ Así queda reflejado en un fragmento de Ulpiano, insertado en el Digesto e incluido en el *Corpus Iuris Civilis*, obra central de la tradición jurídico romana, al disponer que “las mujeres están apartadas de todos los oficios civiles o públicos; y, por esto, no pueden ser jueces, ni desempeñar magistraturas, ni abogar, ni dar fianzas, ni ser procuradores” (D. 50.17,2). Por su parte, el Decreto de Graciano, compilación de cánones y doctrina canonista del siglo XII, incluida en el *Corpus Iuris Canonici*, coincidía con el Derecho civil en esta concepción de la mujer al realizar la siguiente afirmación: “Constátese que la mujer está sujeta al dominio del hombre, no teniendo, por esto, autoridad alguna para poder enseñar, ni ser testamentaria, ni dar fianzas, ni juzgar: mucho menos puede ejercer el imperio” (II, C, 34, q. V, c. 17). El fundamento de dicha incapacidad o inferioridad de la mujer con respecto al hombre también queda recogido: “Fue Adán quien fue engañado por Eva y no Eva por Adán. Fue la mujer quien lo atrajo para la culpa, por lo que es justo que sea él el que asuma la dirección, para que, por causa de la facilidad de las mujeres, no vuelva a caer” (II, C, 34, q. V, c. 18). Este principio de incapacidad política de la mujer fue asumido por el Derecho común clásico, con algunas excepciones y limitaciones impuestas por los usos o costumbres feudales. Vid. A.M. HESPANHA, *loc. cit.*, p. 80.

¹² *Ibidem* pp. 81 y 82.

¹³ De nuevo aquí, Santo Tomás de Aquino en su *Summa Theologica* (Ia,92, 1 ad 2) ofrece un triple fundamento de esta situación: 1º) la mujer está sometida al hombre después del pecado; 2º) En el hombre abunda más, por naturaleza, la prudencia de la razón; 3º) En todo acto de generación se requiere un poder activo y otro pasivo. Donde, como en todo cuanto respecta al sexo, la virtud activa está en el macho, la virtud pasiva, sin embargo, en la hembra (I,98, 2 resp. 3). Por todo esto, en las mujeres todo se pierde: la familia, el estado, el nombre y la memoria. Este principio se asumió como un dogma en el Derecho común. Vid. A.M. HESPANHA, *loc. cit.*, p. 82.

¹⁴ Vid. A.M. HESPANHA, *loc. cit.*, pp. 83-86.

¹⁵ Este concepto social, pero también jurídico, de la mujer quedó recogido, a su vez, en una obra literaria: el *Roman de La Rose, l'art d'aimer aur Moyen Age*, fruto del trabajo de dos autores: Guillaume de Lorris, quien escribió, en 1225, los 4000 primeros versos, y Jean de Meung, que tras la muerte del primero prolongó el libro, entre 1225 y 1280, en unos 18.000 versos más. Es precisamente en esta segunda parte de la obra, un auténtico *best seller* que se extendió por toda Europa hasta bien entrado el siglo XVIII, donde se fabula no solo sobre la dignidad, la debilidad, la avaricia y la infidelidad de las mujeres sino también sobre su capacidad intelectual, de raciocinio y su situación social y política. El libro, rodeado siempre de cierta polémica, dio lugar al movimiento denominado “*la querella de las mujeres*” (más conocido por su denominación en francés: *querelle des femmes*), un debate literario y académico que tuvo lugar a lo largo de varios siglos, desde la Baja Edad Media (finales del siglo XIV) hasta la Revolución francesa (siglo XVIII). “La querella de las mujeres” surgió para rebatir que la inferioridad de la mujer respecto al hombre fuera una cuestión de naturaleza sino más bien de costumbre social y para defender no solo la capacidad intelectual de las mujeres, sino también su derecho a acceder a la universidad y a la política.

La primera mujer que participó en este debate fue una escritora italiana afincada en Francia, Christine de Pizan (1364-1430) publicando en 1405 *La Ciudad de las Damas*, el primer libro escrito en francés en clave feminista. Su esfuerzo no sirvió, sin embargo, para frenar el antifeminismo de final de la Edad Media, basado en la filosofía oficial de la Iglesia y en la aparición del fenómeno burgués, y que desembocó en el Renacimiento. Esta época de tránsito a la Edad moderna supuso un triple triunfo: el triunfo del ideal masculino heredado de la Antigüedad, el triunfo de la moral religiosa y el triunfo de la reclusión de la mujer en el convento, en la casa o en la cárcel. Vid. A. ARRANZ AGUILERA, “Referencias a la mujer en la Edad Media”, 23 de noviembre de 2015, <https://sociedadfeudalmujer.blogspot.com/id, 2015/11/la-mujer-en-la-edad-media.html>; C. JONES, “Christine de Pizan and the “Querelle des femmes”, *HerStoria*, 21 julio 2012 <https://web.archive.org/web/20161225214353/http://herstoria.com/?p=529>. Consultado el 15 de agosto de 2024; C. MAYORDOMO, “La reivindicación feminista en el siglo XV”, *Crónica Libre*, 16 de junio de 2023, <https://www.cronicalibre.com/feminismo-y-sociedad/feminismo-en-el-siglo-xv/>; A. PALUMBO, “Christine de Pizan una feminista del siglo XV”, *Historia. National Geographic*, actualizado a 5 de septiembre de 2023, https://historia.nationalgeographic.com.es/a/christine-pizan-feminista-siglo-xv_14729; A. VARGAS MARTÍNEZ, *La Querella de las Mujeres. Tratados hispánicos en defensa de las mujeres (siglo XV)*, Fundamentos, Madrid, 2016.

B) La doctrina estatutaria

12. Los estatutarios trataron de solucionar el problema de la concurrencia de leyes delimitando unilateralmente el ámbito de aplicación espacial de las normas y costumbres locales. Para ello, clasificaron los distintos estatutos en *personales* -seguían a la persona y eran de aplicación extraterritorial, *reales* -relativos a las cosas y aplicables territorialmente y *mixtos* -aplicables a los actos realizados en el lugar de su celebración. Otra clasificación propuesta fue aquella que distinguía entre los estatutos que establecían prohibiciones no penales y los estatutos que conferían facultades (Bartolo de Sassoferrato). Entre las prohibiciones podía haber algunas que afectaran a la forma, al fondo o a las personas. Respecto a las personas se distinguían según las prohibiciones fueran favorables u odiosas. En el primer caso, los estatutos se aplicaban más allá del territorio porque tenían por finalidad proteger a la persona (por ejemplo, la incapacidad de los menores de edad). En el segundo supuesto, el estatuto no podía aplicarse más allá del territorio. Como ejemplo, se ponía “la prohibición de las hijas a heredar”, que no podía aplicarse más allá del territorio porque podría afectar a bienes situados en otros lugares¹⁶.

13. En materia de régimen económico matrimonial, las importantes diferencias existentes en las regulaciones de los distintos territorios hicieron aflorar pronto el problema de la concurrencia de leyes, especialmente respecto a los efectos patrimoniales del matrimonio. En un principio, la doctrina estatutaria resolvió la cuestión aplicando la ley del domicilio del marido sin considerar la situación de los bienes. No obstante, la teoría de los estatutos, que se extiende del siglo XII al XVIII, fue evolucionando y pronto surgieron soluciones alternativas que fueron desde la aplicación de la ley del primer domicilio matrimonial o la ley del domicilio conyugal actual, para evitar así los posibles cambios fraudulentos de domicilio por parte del marido, hasta el principio de autonomía de la voluntad para el régimen convencional pactado. Según este principio, los cónyuges podrían elegir la ley aplicable al régimen matrimonial, pudiendo ser dicha elección expresa o tácita, presumiéndose en este último caso, no la ley del lugar de celebración del contrato matrimonial sino la ley de primer domicilio de los cónyuges, que normalmente era el domicilio del marido en el momento de celebración¹⁷.

14. A pesar de que los estatutarios propusieron en materia de régimen económico matrimonial soluciones alternativas a la ley del domicilio del marido, -fiel reflejo de la subordinación de la mujer al marido en la sociedad de la época-, lo cierto es que dicha regla gozaba de gran peso doctrinal. Puede decirse que los estatutarios centrándose más en resolver el arduo problema de la concurrencia de diferentes leyes, se limitaron a reflejar el *status* de la mujer en las soluciones propuestas.

2. El DIPr de base legal (siglo XIX)

15. El proceso de codificación del Derecho civil iniciado con el Código prusiano de 1794, pero muy especialmente con el Código de Napoleón de 1804, que influyó en todos los países de Europa, tuvo importantes consecuencias para el DIPr: 1º) Fraccionó el Derecho internacional privado común existente con anterioridad en una diversidad de sistemas de DIPr nacionales; 2º) Cambió el DIPr de base consuetudinarias, doctrinal y jurisprudencial en DPI legal. Algo que hizo desaparecer su carácter vago, pero que tuvo como contrapartida la rigidez de toda norma escrita; 3º) La existencia de diferentes Códigos nacionales reflejaba las diferencias morales, políticas, sociales y económicas de cada uno de los Estados; 4º) El DIPr del siglo XIX mostró progresos muy importantes gracias a las aportaciones de autores como Savigny y Mancini, que se vieron reflejadas en los Códigos nacionales.

16. El proceso de codificación nacional, fruto de las Revoluciones liberales, influyó indudablemente en la condición jurídica de la mujer, pero no en la línea esperada. A diferencia de la época ante-

¹⁶ M. GUTZWILLER, “Le développement historique...”, p. 319.

¹⁷ H. VALLADÃO, “Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage” *RCADI*, T. 105, 1962-1, pp. 69-171, esp. pp. 79-82.

rior, en la que el DIPr actuó como mera caja de resonancia de las normas materiales existentes, en esta ocasión coadyuvó a conformar y universalizar la subordinación de la mujer al marido.

A) La concepción jurídica de la mujer en el proceso de codificación nacional

17. El Código de Napoleón (1804) a pesar de ser tributario de la Revolución francesa que proclamaba los valores de igualdad, libertad y fraternidad de todos los hombres, no supuso un avance en la condición jurídica de la mujer. Si bien es cierto que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional, el 26 de agosto de 1789, proclamaba los derechos fundamentales de “todos” los ciudadanos, no lo es menos que en esa proclamación se excluía a las mujeres¹⁸. La razón era simple y sencilla: la mayoría de los ilustrados de la época consideraba que las propuestas de igualdad, razón y libertad, principios esenciales del ideario liberal, no eran pertinentes cuando se trataba de aplicarlos a las mujeres. Las mujeres por naturaleza se consideraban seres inferiores, incapaces, irracionales y no cultivados que debían quedar excluidos de la esfera pública y relegados al ámbito doméstico/privado¹⁹.

18. Pero, junto a esta concepción de la ciudadanía y de los derechos, que distinguía en función del sexo, se forjó y defendió en el mismo periodo de la Revolución Francesa, otro concepto de ciudadanía realmente universal e incluyente, y mucho más acorde con el ideario liberal. Esta concepción que representa el germen del movimiento feminista se vio plasmada en la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, documento elaborado por Olympe de Gouges, seudónimo de Marie Gouze, y que fue presentado a la Asamblea Legislativa, el 28 de octubre de 1791²⁰. Durante los años posteriores

¹⁸ La quiebra del Antiguo Régimen y de sus instrumentos de legitimación (el privilegio, la voluntad divina, etc) condujo, en un momento de cambios sociales radicales y revolucionarios, a una reconceptualización de la mujer y de su función en la nueva sociedad. El ideario liberal forjó nuevos conceptos, tales como ciudadanía, derechos políticos y civiles, esfera pública y privada, Estado o Constitución. Los primeros liberalismos, sin embargo, no fueron “universalistas” sino excluyentes, y no sólo en función del sexo, sino también en función de la renta, las propiedades, etc.. Pero a diferencia del resto de las exclusiones que en la sociedad burguesa podían superarse por méritos individuales, la exclusión de las mujeres de la esfera pública y de la ciudadanía se entendía como perpetua y no modificable, por derivar de la naturaleza y de las diferencias esenciales y naturales entre mujeres y hombres, y que hacían de las primeras seres no independientes, no autónomos y casi no racionales. De esta forma, la diferencia de sexos biológicamente reconocida ya en el siglo XVIII marca un punto de inflexión entre quienes pueden participar de la igualdad y ser reconocidos como ciudadanos y quienes no. Los derechos del hombre solo podían ser los derechos del hombre varón en tanto que solo podía ser ciudadano el individuo jurídicamente independiente, dueño de sí mismo y con capacidad para decidir y consentir. Especialmente elocuente resulta el concepto de ciudadano que defendía Rousseau: varón, propietario y padre de familia. El concepto de ciudadanía queda así articulado además en torno a la familia, institución basada en la autoridad marital (el jefe de familia) y en la dependencia y subordinación de la mujer. Claro ejemplo de este primer racionalismo ilustrado fue la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano (1789). Vid. A. AGUADO, “Ciudadanía, mujeres y democracia”, *Historia Constitucional*, n.6, 2005, pp. 11-27, <https://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/articulo/view/61>; CH FAURÉ (DIR.), *Enciclopedia histórica y política de las mujeres, Europa y América*, Akal, Madrid, 2010, pp. 163 y 164; B. CAINE/G. SLUGA, *Género e historia: mujeres en el cambio sociocultural europeo*, de 1780 a 1920, Narcea, Madrid, 2000, p. 27.

¹⁹ Destacan como máximos representantes de esta concepción que gozó de un gran respaldo, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804). Como honrosas excepciones a este pensamiento, cabe mencionar a Jean le Rond D’Alembert (1717-1783), François Boissel (1728-1807) y Nicolás de Condorcet (1743-1794). En la primera etapa de la Revolución Francesa, resultan especialmente significativas por la defensa de los derechos de las mujeres y su inclusión en la ciudadanía las publicaciones de Condorcet y Boissel: *Sobre la admisión de las mujeres a los derechos ciudadanos* (1790) y *El Catecismo del género humano* (1789), respectivamente. Vid. A. H. PULEO (ED.), *Condorcet, De Gouges, De Lambert y otros. La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos, Barcelona, 2011.

²⁰ La *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* (1791) de Olympe de Gouges, y la *Vindicación de los derechos de la mujer* (1792) de Mary Wollstonecraft constituyen el germen del movimiento feminista a finales del siglo XVIII. Ambos documentos proponen de forma sistemática, por primera vez en la historia, la emancipación femenina reclamando la igualdad de derechos o equiparación jurídica y legal entre las mujeres y los hombres. En ambos se trata de poner de manifiesto que las mujeres no son inferiores a los hombres por naturaleza sino más bien porque no reciben la misma educación ni el mismo trato. Tanto hombres como mujeres deberían ser tratados por igual como seres racionales. Vid. sobre el origen del movimiento feminista: C. AMORÓS PUENTE, “El feminismo: senda no transitada de la Ilustración”, *Isegoria. Revista de Filosofía Moral y Política*, 1990, n° 1, pp. 139-150; S. AUFFRET, *La gran historia del feminismo. De la Antigüedad hasta nuestros días*, La Esfera de

(1791-1792), los clubs femeninos desarrollaron una gran actividad, consiguiendo entre otras cuestiones que en 1792 gran parte de sus reivindicaciones fueran recogidas en el primer proyecto de Código civil presentado por Jean Jacques Régis de Cambacérès (derecho al divorcio, matrimonio entre iguales, etc.)²¹. Todos estos avances, y la posibilidad de instaurar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, se vieron truncados en la segunda etapa de la Revolución Francesa. En 1793, se ordenó el cierre de los clubs femeninos; se prohibió que más de cinco mujeres se reunieran en vía pública por considerarse subversivo contra el orden y, la nueva Constitución proclamó el sufragio “universal” solo para los hombres. En noviembre de ese mismo año, Olympe de Gouges fue guillotizada. A partir de ese momento, en la nueva sociedad liberal, las mujeres quedaron excluidas del espacio público y de la ciudadanía. Las mujeres no podían participar en los asuntos públicos porque “por su naturaleza” eran seres domésticos y diferentes, y la igualdad solo podía darse entre iguales, esto es, entre varones. Pronto se les asignó unas funciones y unos roles sociales más acordes con su “naturaleza” y su sexo: ser esposa y madre al servicio de la familia con la función de tener hijos para la Patria y educarlos como buenos ciudadanos²².

19. La evolución de las ideas feministas bajo la Revolución (1792-1799) se reflejó en varios proyectos de Código civil. Así, si en el primer proyecto presentado por Jean Jacques Régis de Cambacérès en 1792 se hablaba de restablecer a las mujeres en sus derechos naturales, los proyectos sucesivos presentados por el mismo Cambacérès en 1794 y en 1796 supusieron una regresión en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, pasando de la igualdad de los esposos en el matrimonio a la autoridad marital como fundamento “natural” del orden social. Este retroceso en el reconocimiento de los derechos de las mujeres se acentuó bajo el Consulado. Napoleón cuya intervención fue decisiva en la terminación del Código civil influyó con sus opiniones en diversas cuestiones, entre ellas la condición jurídica de la mujer. Ante el Consejo de Estado manifestó su pensamiento en los siguientes términos: “la naturaleza ha hecho de nuestras mujeres nuestras esclavas. El marido tiene derecho de decir a su mujer: “Señora no saldréis; Señora, no iréis a la Comedia; Señora, no veréis a tal persona; es decir, Señora, me pertenecéis en cuerpo y alma”²³.

20. La opinión de Emperador sobre este particular no encontró resistencia, reflejaba el sentir general de la sociedad francesa. En este contexto, el Código civil francés de 1804, que sirvió de inspiración a números países europeos y americanos, vino a dar forma jurídica a la concepción republicana de la mujer finalmente triunfante, proclamando la sujeción de ésta al marido, resucitando bajo una nueva forma la primitiva sujeción a la *manus* del Derecho romano e institucionalizando la función del marido como jefe de familia²⁴.

21. De esta situación se extraían tres consecuencias jurídicas muy importantes, que perdurarán en muchos países hasta bien entrado el siglo XX: 1º) la mujer estaba sometida al marido para el gobierno de su propia persona; 2º) la mujer era jurídicamente incapaz; 3º) el régimen general de los bienes del matrimonio quedaba a disposición del marido.

Los Libros S.L., Madrid, 2020; G. DUBY/M. PERROT (DIRS.), *Historia de las mujeres en Occidente*, Taurus, Madrid, 1991; M. MADRUGA BAJO, *Feminismo e Ilustración, Un seminario fundacional*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2020; J. S. PÉREZ GARZÓN, *Historia del Feminismo. La revolución de las mujeres: De la Ilustración a la globalización*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2024; A. VALCÁRCEL, *La política de las mujeres*, 3ª ed., Ediciones Cátedra, Madrid, 2004.

²¹ El primer club exclusivamente femenino de la historia de Francia fue la *Sociedad Patriótica y de la Beneficencia de las Amigas de la Verdad*, creado en marzo de 1791 por Etta Palm d’Alders. También destacó, especialmente por sus reivindicaciones políticas, el club de las *Ciudadanas Republicanas Revolucionarias*, fundado en mayo de 1793, por Pauline León y Claire Lacombe, si bien su actividad duró poco al ser prohibidos el 30 de octubre de 1793 por la Convención.

²² Sobre las mujeres en la Revolución Francesa, *vid.*: J. ABREY, “Feminism in the French Revolution”, *The American Historical Review*, vol. 80, 1975-1, pp. 43-62; M. L. P. CAVANA, “Las mujeres y la Revolución francesa. El paradigma de la igualdad de derechos”, en A. H. PUELO GARCÍA (COORD.), *Papeles sociales de mujeres y hombres*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1995, pp. 51-58; O. HUFTON, “Women in Revolution 1786-1796”, *Past & Present*, nº 53, 1971, pp. 90-108; J. LANDES, *Women and the Public Sphere in the age of french Revolution*, Cornell University Press, Ithaca/Londres, 1988; A. ROSA, *Citoyennes, Les femmes et la Révolution Française*, Messidor, Paris, 1988.

²³ *Vid.* D. ESPIN CANOVAS, *Capacidad jurídica de la mujer casada. Discurso pronunciado en la solemne apertura del Curso Académico 1969-1970*, Universidad de Salamanca, 1969, pp. 15-18, esp. p. 16.

²⁴ El art. 213 CC francés (1804) establecía: “el marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido”.

22. Concretamente, y por lo que respecta a la subordinación de la mujer al marido implicaba para este último la facultad de controlar la correspondencia de la esposa, de autorizarla o no para el ejercicio de una profesión, decidir sobre el lugar de residencia incluso si estaba situada en el extranjero. También suponía la pérdida de la nacionalidad de la mujer cuando contraía matrimonio con un extranjero en tanto que correspondía al marido como jefe de familia decidir la clase de vida del hogar, sus relaciones y sus gastos.

23. Con este telón de fondo, no es de extrañar que las dos grandes aportaciones realizadas por Savigny y Mancini al DIPr a mediados del siglo XIX quedaran imbuidas en esta concepción machista de la mujer.

B) Savigny y la ley del domicilio del marido

24. Desde el punto de vista metodológico la teoría de Savigny vino a dar un giro copernicano al DIPr. Desde entonces, los conflictos de leyes dejaron de afrontarse a partir de las normas, tal y como venían proponiendo los estatutarios, para centrarse en las relaciones jurídicas. La norma de conflicto, expediente normativo propuesto por F. C. Savigny en su obra *Sistema de Derecho romano actual*, vol. VIII (1849) y que llega hasta nuestros días, solventaba el problema de Derecho aplicable localizando la relación jurídica considerada en uno de los diversos ordenamientos jurídicos conectados con la misma.

25. Para todos los aspectos del Derecho de familia relativos al matrimonio, sus efectos y su disolución, Savigny fijó un principio general de base: *el domicilio del marido*. Y ello por dos razones: 1º) este lugar era donde debían cumplirse las obligaciones derivadas del matrimonio; y 2º) el marido se consideraba, “según el Derecho de todos los pueblos y de todos los tiempos”, el jefe de familia²⁵. Este principio, sin embargo, fue desplazado pronto por la teoría de la personalidad de las leyes de Mancini.

C) Mancini y la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada

26. Según P. S. Mancini, el Derecho internacional debía fundamentarse en la coexistencia de las diferentes nacionalidades. Su teoría general se basaba en un principio supremo y único: *la nacionalidad*. Ésta servía no sólo para fundamentar la existencia del Estado sino también el ámbito de sus leyes, que representan la voluntad general de los ciudadanos. La nacionalidad debía regir, por aplicación de la ley nacional, el estado y la capacidad de las personas, las relaciones de familia y las sucesiones.

27. En la teoría de la personalidad de las leyes de Mancini resultaba necesario que todos los aspectos relacionados con el matrimonio quedaran sometidos a una única nacionalidad, a una única ley, que no podía ser otra que la ley nacional del marido. La mujer debía adquirir por el matrimonio la nacionalidad del esposo en caso de no coincidir. El principio de unidad de nacionalidad de los esposos no sólo evitaba posibles conflictos entre naciones, sino que además se adaptaba a la naturaleza del matrimonio, a su misma esencia: si los esposos compartían el nombre y el mismo domicilio, también debían tener la misma nacionalidad. En esta situación debía prevalecer la nacionalidad del marido por considerarse históricamente el jefe de familia, y por naturaleza un ser más fuerte. Esta es la razón por la que la personalidad de la mujer debía quedar absorbida en aquella del marido²⁶.

28. Mancini dio a conocer sus ideas en la Catedra de Derecho internacional de la Universidad de Turín, el 22 de enero de 1851, cuando pronunció la lección inaugural, bajo el título “*Della nazionalità*”

²⁵ M. GUTZWILLER, “Le développement...”, p. 358; H. VALLADÃO, “Conséquences...”, pp. 83-85.

²⁶ *Vid.* H. VALLADÃO, “Consequences...”, pp. 85-89.

*come fondamento del diritto delle genti*²⁷. Poco después su teoría quedó consagrada en el Código civil italiano de 1865, recogiendo el principio supremo y único de la ley nacional y, por supuesto, la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada, incluso en el caso de que el marido se naturalizara en otro país (art. 9-). Si bien es cierto que esta regla se encontraba ya positivizada en otros Códigos civiles anteriores, como el Código civil francés (1804), no lo es menos que la gran aportación de Mancini fue contribuir a la universalización de dicho principio.

29. Desde 1861, Mancini intentó expandir su doctrina desde distintos ámbitos. A nivel político, como diputado, impulsó la conclusión de tratados entre Italia y otros países con el fin de hacer uniformes las reglas esenciales del derecho internacional privado. Desde el ámbito doctrinal, Mancini fundó con otros autores, el Instituto de Derecho Internacional (IDI) en 1873, siendo el primer presidente de la organización.

30. El IDI en su primera sesión de 1874 incluyó como punto del orden del día “la utilidad de hacer obligatorios para todos los Estados, bajo forma de uno o varios tratados internacionales, un cierto número de reglas generales de DIPr, para asegurar la decisión uniforme de los conflictos entre las diferentes legislaciones nacionales”²⁸. Pero no será hasta la sesión de Oxford (1880) cuando se apruebe la Resolución sobre los “Principios generales en materia de nacionalidad capacidad, sucesión y orden público” que, entre otros principios, proclamaba: la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada. Dicha Resolución establecía, literalmente: “*La femme acquiert par le mariage la nationalité de son marié*”²⁹. Principio general del DIPr que fue aprobado por unanimidad y sin discusión alguna dando ámbito internacional al principio de la subordinación completa de la mujer al marido en materia de nacionalidad. Dicho principio fue admitido en todos los Códigos y leyes europeas (entre otros, el Código civil español 1889, el BGB alemán de 1896).

31. Desde entonces, tanto doctrina, tribunales y legisladores nacionales asumieron como axioma la regla general de la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada, y la sujeción del estatuto familiar (efectos del matrimonio, relaciones paternofiliales, etc...) a la ley nacional del marido, sin plantearse otra posibilidad. Tampoco se abordó el problema real que suponía el cambio unilateral de nacionalidad por el marido después del matrimonio, en perjuicio de la mujer, sobre todo para obtener el divorcio. Se habló entonces de “conflicto deplorable” sin que se ofreciera por la doctrina ninguna solución. Incluso se llegó a rechazar que la mujer casada, aun estando separada judicialmente, pudiera naturalizarse sin permiso del marido. El célebre asunto de la Princesa de *Bauffremont* es un fiel reflejo de esta situación³⁰.

D) El asunto *Bauffremont* y la discriminación por razón de sexo

32. El asunto *Bauffremont* (Sentencia, *Cour Cassation*, 18 marzo 1878), *Leading Case* del fraude de ley internacional, es en DIPr por todos conocido³¹. Dicho caso se planteó en Francia en una época

²⁷ Vid. E. JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini. Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, 1980. Vid. también, H. BATHIFOL/P. LAGARDE, *DIPrivé*, I, 1993, pp. 388-394.

²⁸ En esta primera reunión el IDI, Mancini y Asser presentaron un informe muy extenso con todas las reglas generales de DIPr que debían someterse a debate y aprobación. Pero, la entrega tardía de dicho informe impidió que fuera posible examinarlo detenidamente. Por ello, el IDI se limitó a aprobar el proyecto en términos generales, reservando el examen separado de los principios para más adelante. Aunque este punto estaba incluido en el orden del día de la Sesión de La Haya de 1875, tuvo que ser postpuesto de nuevo por la ausencia de Mancini, hombre de Estado muy ocupado y que además presentaba problemas de salud. Los principios generales de DIPr en materia de nacionalidad, capacidad, sucesión y orden público no fueron aprobados hasta la Sesión de Oxford de 1880. Vid. *Annuaire IDI*, Tomo 1, 1877: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/04/1877-vol_1_Sessions-de-Genève-1874-et-de-La-Haye-1875.pdf

²⁹ Vid. Texto Resolución IDI, Sesión de Oxford 1880 en el siguiente enlace: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1880_oxf_01_fr.pdf.

³⁰ Vid. H. VALLADÃO, “Conséquences...”, pp. 88-89.

³¹ Sobre el fraude de ley internacional, vid.: A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 616-630; E. BARTIN, “Les dispositions d’ordre public (la théorie de la fraude a la loi et l’idée de communauté internationale)”, *Études de droit international privé*, París, 1899, pp. 189-210; E.

en la que: a) el divorcio estaba prohibido en aquel país³²; b) la mujer extranjera que casaba con un ciudadano francés devenía francesa perdiendo su nacionalidad de origen (art. 12 Código civil francés 1804); y c) el marido, pero no la esposa, podía cambiar de nacionalidad constante el matrimonio, extendiendo su nueva ley personal a la mujer, incluso en contra de su voluntad (art. 19 Código de Napoleón 1804). Es en este contexto donde tuvieron lugar los siguientes hechos:

33. La condesa Valentina Caraman Chimay, nacional belga contrajo matrimonio en Francia en 1861 con el Príncipe de *Bauffremont*, deviniendo francesa por su matrimonio con un ciudadano francés. Tiempo después, la Princesa de *Bauffremont* solicitó ante los tribunales franceses la separación de cuerpos, siendo concedida dicha petición por sentencia de 1 de agosto de 1874. *Prohibido* el divorcio por la ley francesa y deseosa de recobrar su libertad, la Princesa de *Bauffremont* se traslada al Ducado de Sajonia-Altenburgo donde consigue la *nacionalidad* de este Estado alemán. La naturalización le permite, el 3 de mayo de 1875 y al amparo de su nueva ley personal, convertir la separación de cuerpos en divorcio, de conformidad con la ley sajona que equipara, para los católicos, la separación de cuerpos al divorcio. Así jurídicamente desvinculada del Príncipe de *Bauffremont*, contrae nuevas nupcias en Berlín con el Príncipe *Bibesco*, de nacionalidad rumana, el día 24 de octubre de 1875. Pasado el tiempo este último es destinado a Francia, haciendo que la Princesa de *Bauffremont*, ahora Princesa Bibesco regresara al país galo. En París, la situación del Príncipe de *Bauffremont* resultaba paradójica, por no decir embarazosa: conforme a la ley francesa, *permanecía* casado con una mujer que había contraído legalmente matrimonio con otro hombre, por tanto, era bígama. Es, por ello, que el Príncipe de *Bauffremont* decidió actuar en justicia y solicitar, por una parte, la nulidad de la naturalización de la Princesa y, por otra, la nulidad del matrimonio contraído con el Príncipe *Bibesco*.

34. Los tribunales franceses, en las distintas instancias, dieron la razón al Príncipe de *Bauffremont* al considerar que la Princesa había cambiado de nacionalidad sin contar con la autorización de su marido. Bien es cierto que la *Cour de Cassation* no fue tan explícita en su argumentación y recurrió al “fraude de ley” para declarar inoponibles en Francia los actos realizados en el extranjero por la Princesa de *Bauffremont*³³.

CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la Loi: Étude de droit international privé de la famille*, París, 2006; G. DE LA PRADELLE, “La fraude a la loi”, *TCFDIP*, 1971-1973, 1974, pp. 117-145; G. A. LANG, *La fraude à la loi en Droit international privé suisse*, Lausanne, 1983; P. LOUIS-LUCAS, “La fraude à la loi étrangère”, *RCDIP*, 1962, pp. 117; G. S. MARIDAKIS, “Réflexions sur la question de la fraude a la loi d’après le droit international privé”, *Mélanges offerts à J. Maury*, vol. I, Dalloz & Sirey, París, 1960, pp. 231-242; J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente: l’ordre public international et la fraude a la loi*, Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, Valladolid, 1952; J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en Droit international privé*, París, 1938; ID., “Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in Private International Law”, *RHDI*, 1958, pp. 264-285; J. VIDAL, *Essai d’une théorie générale de la fraude à la loi en Droit français*, París, 1957

³² La Ley de 20 de septiembre de 1792 introdujo el divorcio en las primeras etapas de la Revolución Francesa. Posteriormente, y a pesar del concepto de familia introducido por Napoleón en el Código civil de 1804, el divorcio se mantuvo, pero introduciendo restricciones en cuanto a las causas de disolución. Años más tarde en la época de la Restauración, la conocida como Ley Bouard, de 8 de mayo de 1816, supuso la abolición del divorcio en Francia. No será hasta 1884, cuando la Ley Naquet vuelva a introducir el divorcio en el país galo. *Vid.* E. PISIER/S.BRIMO, *Le droit des femmes*, Dalloz, París, 2007, esp. pp. 65-68.

³³ El 10 de marzo de 1876, el Tribunal del Sena dio la razón al Príncipe de *Bauffremont*, indicando que la naturalización carecía de validez al no constar la autorización marital, por tanto, siendo francesa y casada, la Princesa no había podido contraer válidamente un segundo matrimonio. La Princesa se opuso a tal decisión y recurrió en apelación ante la *Cour de Paris* que, en sentencia de 17 de julio de 1876 falló que: 1º) No era competente para pronunciarse sobre la validez de la naturalización sino tan sólo sobre los efectos legales de la misma en Francia; 2º) Al carecer de autorización marital para adquirir otra nacionalidad, ésta no produce efecto alguno en Francia y no puede modificar su estatuto personal que seguía sometido a la ley francesa y, por tanto, continuaba casada con el Príncipe de *Bauffremont*. En desacuerdo con esta sentencia, la Princesa recurre ante la *Cour de Cassation* reivindicando, por un lado, la regularidad y la efectividad de su naturalización conforme al Derecho alemán, y consecuentemente con lo anterior, su capacidad para contraer un segundo matrimonio. El Alto Tribunal rechaza el recurso en los siguientes términos: “La demandante no puede invocar la ley del Estado de su nueva nacionalidad al amparo de la cual, transformando su condición de mujer separada en la de divorciada, se sustraía a la ley francesa que rige con exclusividad los efectos del matrimonio de sus nacionales y declara la indisolubilidad de tal vínculo. La demandante habría solicitado y obtenido esta nueva nacionalidad, no para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que de ella se deducen sino con la única finalidad de eludir las prohibiciones de la ley francesa a la hora de contraer un segundo matrimonio e, inmediatamente después, abandonar dicha nacionalidad tan pronto lo hubiera conseguido” *Vid.* Arrêt de la Cour de Cassation (Ch. Civ.) de 18 de marzo de 1878,

35. El fraude de ley internacional, perfilado posteriormente por la doctrina iusinternacionalprivatista como problema de aplicación de la norma de conflicto, y positivizado en algunas legislaciones nacionales como el Código Civil español (art. 12. 4 CC), surgió así para justificar una clara discriminación por razón de sexo en materia de nacionalidad -adquisición, modificación, transmisión y pérdida-, recogida en una diversidad de normas jurídicas que plasmaban el concepto patriarcal de la familia y la subordinación de la mujer al marido. En este asunto se impidió a la Princesa invocar su nueva ley nacional, adquirida voluntariamente, por estar sujeta a la nacionalidad que se le impuso *ex lege* por matrimonio y que no era la suya de origen. Conviene señalar, que según la normativa vigente en aquella época el marido podía cambiar de nacionalidad constante matrimonio, y extender la nueva ley nacional a la esposa. Pero, aún hay más...La *Cour de Cassation* fundamentó la *intención fraudulenta* de la Princesa de *Bauffremont* en el hecho de haber renunciado ésta “rápidamente” a la nueva nacionalidad. Hecho este que demostraba, según el alto tribunal, que la alteración del punto de conexión de la norma de conflicto francesa, efectuada por la Princesa, era *artificial*, en tanto que evidenciaba que no había adquirido la nacionalidad alemana para asumir las consecuencias derivadas de tal acto sino solo para conseguir el divorcio. Este razonamiento hubiese gozado de total validez de no haber sido por un dato: la Princesa de *Bauffremont* no renunció voluntariamente a la nueva nacionalidad, más bien la perdió *ex lege* al contraer nuevo matrimonio con el Príncipe *Bibesco*, de nacionalidad rumana³⁴.

III. La “*Independent Citizenchip*” y su influencia en el proceso de codificación internacional: el ocaso de la nacionalidad del marido como punto de conexión

36. Las primeras reivindicaciones feministas que tuvieron lugar a finales del siglo XVIII, tanto en Francia como en el Reino Unido, no alcanzaron la repercusión legal pretendida, más bien todo lo contrario. Habrá que esperar a mediados de siglo XIX³⁵ para que el surgimiento de lo que ha venido a denominarse la “primera ola”³⁶ del movimiento feminista y que se prolonga hasta el primer tercio del pasado siglo, vea reflejadas en leyes sus principales aspiraciones.

(*Princesse de Bauffremont c. Prince de Bauffremont*), Sirey.1878.1.193; B.ANCEL/Y.LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, 2ª edición, Sirey, Paris, 1992, pp. 42-52.

³⁴ Vid. E. PATAUT, “Femmes et nationalité: une longue histoire de discriminations”, en J. HOUSSIER/M.SAULIER, *Les femmes et le droit. Les discriminations invisibles*, Dalloz, Paris, 2024, <https://shs.hal.science/halshs-04434853>; H. VALLADÃO, “Conséquences...”, p. 89.

³⁵ La Revolución Industrial, iniciada a finales del siglo XVIII en Inglaterra, y que posteriormente se extendió a Europa y América del Norte no solo trajo consigo importantes transformaciones económicas y tecnológicas sino también sociales. La aparición de nuevas clases sociales: el proletariado urbano, integrado por hombres, mujeres y niños procedentes del campo y convertidos ahora en mano de obra barata en las ciudades, y la burguesía industrial, propietaria de los medios de producción y del capital, pero muy especialmente la incorporación de las mujeres al trabajo en las fábricas, supuso un reto a las ideas tradicionales sobre el lugar que debía corresponder a una mujer en la sociedad en la segunda mitad del siglo XIX. En Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Rusia, se utilizó el término “*The woman question*”, heredero de la “*querelle de femmes*”, para referirse al cambio social que cuestionaba el papel de las mujeres en la sociedad y sus reivindicaciones centradas en el sufragio femenino, el derecho a la educación, los derechos de propiedad o la igualdad de los esposos dentro del matrimonio. Vid. L. DELAP, “The “Woman Question” and the origins of feminism”, en G. STEDMAN JONES/G. CLAEYS (ED.), *The Cambridge History of Nineteenth-Century Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 319-348; M. EVANS (ED.), *The Woman Question*, 2ª ed., SAGE Publications, London/Thousand Oaks/New Delhi, 1994; E. K. HELSINGER/R.LAUTERBACH SHEETS/W. VEEDER, *The Woman Question. Defining Voices 1837-1883*, Vol. I, Manchester University Press, 1983; F. PARKMAN, “The Woman Question”, *The North American Review*, 1879, vol. 129, n° 275, pp. 303-321; TH. STANTON (ED.), *The Woman Question in Europe: A Series of Original Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; M. SPONGBERG, “Women’s History and the “Woman Question””, en *Writing Women’s History since the Renaissance*, Palgrave, London, 2002, pp. 130-149.

³⁶ La metáfora de las olas como representación de las distintas etapas del feminismo a lo largo de la Historia, comenzó a utilizarse en 1968 cuando Martha Weinman Lear publicó un artículo en el *New York Times*, titulado “La segunda ola feminista”. En dicha publicación la autora conectaba el movimiento sufragista del siglo XIX con los movimientos feministas de la década de los años 60. A partir de ese momento, se admite comúnmente la existencia de cuatro olas del feminismo, marcada cada uno de ellas por unos objetivos y reivindicaciones bien definidos. Así, la primera ola del feminismo abarcó desde mediados del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX. Aunque algunos autores sitúan esta etapa en una época anterior, lo cierto es que, si entendemos el feminismo como un movimiento social, la primera acción colectiva organizada en defensa de los derechos de las mujeres y que, a partir de ahí se extendió a todos los rincones del planeta, hunde sus raíces en la *Convención de los Derechos de las Mujeres*, cele-

37. Junto al derecho al sufragio y el reconocimiento de derechos civiles, especialmente dentro del matrimonio, el movimiento sufragista marcó, desde principios del siglo XX, como uno de sus principales objetivos, el derecho a la nacionalidad independiente de la mujer casada. Se trataba, en definitiva, de impedir que la mujer al contraer matrimonio con ciudadano extranjero perdiera la nacionalidad de origen, y con ello en su caso el derecho al voto. La efectividad de dicha aspiración requería de un respaldo internacional, capaz de influir como en su momento lo hiciera la regla contraria de Mancini, en todas las legislaciones nacionales. El movimiento feminista comenzó así una fascinante “lucha”, silenciada a lo largo de la historia, ante las principales organizaciones de codificación internacional, con importantes repercusiones en los ordenamientos jurídicos nacionales.

1. El movimiento feminista y su influencia en las legislaciones nacionales

38. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la mayor parte de los países de Europa y de los Estados de ultramar, sancionaron el principio de la unidad de la nacionalidad de los esposos: la mujer perdía su nacionalidad y adquiría la de su marido por el solo hecho del matrimonio. Antes de la I Guerra Mundial (1914-1918), el principio de la unidad de la nacionalidad de los esposos fue admitido en todos los países del mundo, con alguna rara excepción³⁷.

39. En Francia, este principio fue introducido en el Código civil de 1804 (arts. 12 y 19), y todos los países que adoptaron dicho Código o se inspiraron en él introdujeron el mismo principio en sus legislaciones. En los países de derecho anglo-americano, el principio se adoptó mucho más tarde. Según el *Common Law*, se admitía que la mujer casada no perdiera la nacionalidad por matrimonio. En Inglaterra, fue una ley de 1844 la que dispuso que una mujer extranjera que casaba con un sujeto británico adquiría la nacionalidad de éste, y en 1870 se introdujo la regla según la cual una inglesa perdía su nacionalidad por el hecho de su matrimonio con un extranjero (Ley de 12 de mayo de 1870)- En Estados Unidos, la ley de 10 febrero de 1855 dispuso que toda mujer que casara con un nacional de Estados Unidos sería considerada como nacional. Habrá que esperar a 1907, para que las mujeres americanas que contrajeran matrimonio con extranjeros perdieran su nacionalidad de origen (Ley de 2 de marzo de 1907)³⁸.

brada los días 19 y 20 de julio de 1848 en la ciudad de Seneca Falls, Nueva York. En dicha Convención, organizada por Lucretia Mott y Elisabeth Cady Staton, se aprobó la “Declaración de Sentimientos”, más conocida como “*Declaración de Seneca Falls*”, que a semejanza de la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana” de Olympe de Gouges, proclamaba la igualdad entre hombres y mujeres y abogaba por el reconocimiento de derechos civiles para todos (acceso a la educación, derecho a la propiedad, igualdad en el matrimonio...). No obstante, después de esta primera Convención, el creciente movimiento feminista, convencido de que muchos de esos objetivos no se alcanzarían sin el derecho al voto, priorizó el sufragio universal como reivindicación primordial. Reconocido tal derecho por la mayoría de las legislaciones nacionales de los países occidentales, *la segunda ola feminista* que abarca desde 1950 a 1980, cuestionará los roles de género y de la familia y centrará sus reivindicaciones en el acceso a la educación superior y, por ende, a cualquier profesión; la mejora de las condiciones salariales; la sexualidad libre y los derechos reproductivos. Máximas representantes de esta época son Simon de Beauvoir y su ensayo, *El segundo sexo* (1949), y Betty Friedan con *La mística de la feminidad* (1963). También surgen en esta época distintas corrientes: el feminismo liberal, el feminismo, radical y el feminismo socialista. Tras una desmotivación generalizada en la década de los años 80, el movimiento feminista se intensificó de nuevo en los años 90 como respuesta a la globalización, surgiendo así *la tercera ola*. En este periodo se abren paso nuevas teorías que tratan de dar respuesta a nuevas realidades sociales, tales como el transfeminismo o la teoría *queer*. También se pone de manifiesto que el feminismo no es un movimiento homogéneo y que no existe una sola idea de mujer. Finalmente, *la cuarta ola* que llega hasta nuestros días, arranca en el movimiento #MeToo que tuvo lugar en EEUU en 2017 y se expandió a nivel mundial en la manifestación del 8 de marzo de 2018 con motivo del Día Internacional de la Mujer. Las principales demandas de las mujeres en la actualidad adquieren dimensión pública y se entran en: por un lado, la lucha contra la violencia machista y contra la violencia sexual, por otro lado, la democracia paritaria. *Vid.*: C. GARRIDO-RODRÍGUEZ, “Repensando las olas del Feminismo. Una aproximación teórica de la metáfora de las “olas”, *Revistas de Investigaciones Feministas*, 2021-2, nº 12, pp. 483-492.

³⁷ En el continente europeo, la legislación serbia constituía una excepción. Según el art. 48 del CC 1844, la mujer serbia o extranjera no perdía su nacionalidad por matrimonio salvo que la legislación de la otra parte así lo previera. No obstante, y teniendo en cuenta que la mayor parte de los países acogían el principio de unidad de nacionalidad de los esposos, la repercusión práctica de esta disposición era muy reducida.

³⁸ *Vid.* L. GUERRY, “La nationalité des femmes mariées sur la scène internationale (1918-1935)”, *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2016, nº 43, pp. 73-93. Disponible en línea: <https://journals.openedition.org/clio/13163> (Consultado el 1 junio 2024); A. N. MAKAROV, “La nationalité de la femme mariée”, *RCADI*, vol. 60, 1937-II, pp. 111-147, esp. pp. 117-138

40. El cambio legislativo operado en EEUU a través de la Ley de 2 de marzo de 1907 instaurando la pérdida de la nacionalidad por el matrimonio con un extranjero, marcó el inicio de la movilización americana contra la privación de este derecho. Las sufragistas percibieron que con este cambio se ponía en peligro el derecho al voto, aún no conquistado, y se debilitaba con ello la consecución de la ciudadanía plena, al quedar relegada al ámbito doméstico, haciéndola depender de la nacionalidad del jefe de familia³⁹. Comienza así una reivindicación que se extenderá a otros países, pero que no verá recogidos sus frutos en las legislaciones nacionales hasta después de la I Guerra Mundial.

41. Los dos primeros Estados en proclamar vía legislativa el principio de dualidad de nacionalidad de los esposos fueron Rusia⁴⁰ y EEUU⁴¹. No obstante, aunque la reforma llevada a cabo por la ley americana fue posterior a la normativa soviética, tuvo mayor repercusión pudiéndose decir que tras la aprobación de la ley de 22 de septiembre de 1922, más conocida como la “*Cable Act*”, el problema de la nacionalidad de la mujer casada adquirió dimensión internacional⁴².

42. Algunos países ofrecieron una solución de compromiso, menos radical, a este problema supeditando el cambio de la nacionalidad de la mujer casada a una diversidad de condiciones⁴³. En algunos casos, cuando una nacional contraía matrimonio con un extranjero, se hacía depender el cambio de nacionalidad de la mujer de lo dispuesto en este sentido por la legislación del país de su marido, o bien del contenido de la legislación del país de la mujer, cuando una extranjera se casaba con un nacional. Otros Estados optaron por subordinar el cambio de la nacionalidad de la mujer casada al cambio de domicilio o a una manifestación de voluntad. También hubo países que combinaron en sus legislaciones los principios de unidad y de dualidad de nacionalidades de los esposos. En su forma pura, este sistema se siguió en Turquía⁴⁴.

³⁹ Algunas fuentes sitúan el surgimiento de esta reivindicación con anterioridad, concretamente en 1905 en el seno del CIM (Consejo Internacional de Mujeres), organización creada en 1888 en Washington. Dicha organización mostró especial interés por este tema con motivo de la firma de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) relacionados con los efectos del matrimonio: el Convenio de La Haya de 12 junio 1902 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación de cuerpos y el Convenio de la Haya de 17 julio 1905 sobre ley aplicable a los efectos del matrimonio. *Vid.* L. GUERRY, “La nationalité des femmes mariées...”, loc. cit., p. 75, nota 15.

⁴⁰ Rusia fue el primer país en declarar por ley la independencia absoluta de los esposos en cuanto a la nacionalidad. Según la legislación soviética, el matrimonio no ejercía ningún efecto sobre la nacionalidad de los cónyuges. Si bien, cualquiera de ellos podía cambiar e nacionalidad si así lo solicitaba, para lo cual se preveía un procedimiento simplificado. Este principio estrechamente ligado a la igualdad jurídica del marido y la mujer, fue promulgado por primera vez en el Código de Familia de 1918 (art. 103) y recogido en las sucesivas leyes de nacionalidad (ley de 24 de octubre de 1924 (art. 5), ley de 13 de junio de 1930 (art. 8), ley de 22 de abril de 1931 (art. 8).

⁴¹ Los ataques recibidos en los Estados Unidos al principio de la unidad de la nacionalidad de los esposos fueron particularmente virulentos al finalizar la I Guerra Mundial. Las organizaciones feministas incluyeron en su programa la autonomía de la nacionalidad de la mujer casada y tras mucha presión, consiguieron finalmente que dicho principio fuera aceptado por los dos principales partidos políticos, -republicanos y demócratas-, durante las elecciones presidenciales de 1920. Dicha unidad política contribuyó a facilitar la adopción de la ley de 22 de septiembre de 1922 sobre la nacionalidad de la mujer casada (arts. 2 y 3). Estas disposiciones de la legislación de los Estados Unidos se basaban en el principio de la igualdad absoluta entre los dos sexos. La misma terminología utilizada (“toda persona”) demostraba de manera convincente que el marido y la mujer eran absolutamente iguales en lo que respecta a su derecho a cambiar de nacionalidad invocando el hecho del matrimonio. Al igual que la legislación soviética, la legislación de Estados Unidos, preveía un procedimiento simplificado de naturalización a favor de las personas de nacionalidad extranjera que contraen matrimonio con los nacionales americanos. La igualdad de sexos está plenamente reconocida en Estados Unidos en este aspecto.

⁴² *Vid.* L. GUERRY, “La nationalité des femmes mariées sur la scène internationale (1918-1935)”, *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2016, n° 43, pp. 73-93. Disponible en línea: <https://journals.openedition.org/cliio/13163> (Consultado el 1 junio 2024)

⁴³ *Vid.* A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 126-137.

⁴⁴ La Ley turca de 12 de junio de 1928 establecía en su art. 13 que una mujer extranjera que se casaba con un turco adquiría por el hecho del matrimonio la nacionalidad del marido. (principio de unidad de la nacionalidad de los esposos). Pero, esta misma disposición establecía que la mujer turca casada con extranjero conservaba su nacionalidad (principio de dualidad de nacionalidades). Esta combinación de principios, estableciendo un ámbito de aplicación unilateral a cada uno de ellos, se dirigía a favorecer el crecimiento de nacionales turcos. (Cita)

2. El principio de unidad *versus* principio de dualidad de nacionalidades de los esposos

43. El reconocimiento del principio de dualidad de nacionalidades por parte de algunos países tras la I Guerra Mundial hizo surgir un apasionante debate en la doctrina entre los aguerridos defensores del principio de unidad familiar y los incipientes valedores del principio de igualdad⁴⁵.

44. Para los defensores del *principio de unidad de nacionalidad de los esposos* existían importantes argumentos para seguir manteniendo dicha regla, entre ellos: 1º) *El matrimonio y la dualidad de patrias eran dos ideas incompatibles*. El hecho de que la nacionalidad de la mujer fuera diferente de aquella del marido podría provocar conflictos irresolubles entre el amor por la patria y el amor por el marido. De igual forma, que la fidelidad hacia la patria podría entrar en conflicto con el deber de obediencia hacia el marido. Por ello, la vinculación a dos patrias diferentes corría el riesgo de convertirse en un elemento de discordia entre los esposos, correspondiendo al legislador evitar toda medida susceptible de enturbiar la paz del hogar. 2º) *El principio de la unidad de la nacionalidad de los esposos permitía asegurar la unidad de la nación*, en tanto que permitir a la mujer que conservara su nacionalidad anterior al matrimonio contribuiría a organizar en el seno de la nación verdaderos “islotos extranjeros”; 3º) La aplicación del nuevo principio conduciría, además, a crear *conflictos de nacionalidad positivos y negativos*: doble nacionalidad y apatridia, respectivamente; 4º) Los adversarios del principio moderno alegaban también inconvenientes en el ámbito del Derecho público y del Derecho privado: en el primer caso, respecto a la transmisión de la nacionalidad a los hijos, en el segundo, respecto a la ley aplicable a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, la separación y disolución y también respecto a la filiación y las relaciones paternos-filiales. Según estos autores, si se seguía el principio de la nacionalidad independiente de la mujer casada, estos problemas quedarían sin solución, eran irresolubles⁴⁶.

45. Los defensores del principio de independencia esgrimían los siguientes argumentos: 1º) El principio clásico de la unidad de los esposos parte de una máxima antigua sustentada sobre la naturaleza del matrimonio, que de dos seres hace uno, otorgando preminencia al marido sobre la mujer. Sin embargo, esta máxima no se corresponde a la concepción moderna del matrimonio. La familia ya no se concibe como un grupo constituido por un jefe de familia y sus miembros. El cambio de la situación de la mujer en el matrimonio está estrechamente ligado al cambio de su situación en la vida social, política y económica. En un número considerable de países, la mujer ha comenzado a alcanzar derechos políticos, incluido el derecho al voto. 2º) Los problemas derivados de los conflictos de nacionalidades (doble nacionalidad y apatridia) no provienen en sí del principio de nacionalidad independiente sino de la diversidad o concurrencia de este principio con el principio clásico en las diversas legislaciones nacionales. Estos inconvenientes, se podrían considerar pasajeros en tanto que disminuirían o desaparecerían en el momento en que perdiera terreno la regla antigua⁴⁷.

⁴⁵ Vid. A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 165-170.

⁴⁶ Vid. E. AUDINET, *La nationalité française*, 1928, p. 30; F. PELLETIER, *La nationalité de la femme mariée*, 1925, p. 9 y p. 32; G. SAUSER-HALL, *La nationalité de la femme mariée*, 1933, p. 31 y ss.; A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, 9ª ed, Paris, 1925, p. 164.

⁴⁷ Tras la primera guerra mundial, la igualdad de sexos comenzó a expandirse en la vida cotidiana. Dicha igualdad encontró también su consagración legislativa. Así, por ejemplo: la *Sex Disqualification (Removal) Act* de 1919, la ley sueca de 1920 que permitía a la mujer casada crear un domicilio independiente, la ley italiana de 1919 que reconocía a la mujer casada la capacidad de obrar de la que había sido privada con anterioridad, etc.. La concesión a la mujer casada de una nacionalidad independiente respondía a esta misma tendencia de reconocerle igualdad jurídica. Aunque las razones que motivaron a los distintos países a adoptar el principio de la nacionalidad independiente de la mujer casada podían variar de un Estado a otro, lo cierto es que este principio correspondía a exigencias políticas, sociales, y sobre todo morales. No se puede negar, es más debe recordarse, que en muchos casos fueron las dolorosas experiencias sufridas por las mujeres durante la I Guerra Mundial, las que posteriormente provocaron la revisión de las disposiciones legislativas sobre la nacionalidad de la mujer. Las medidas de guerra dirigidas por los Estados beligerantes contra la propiedad privada tuvieron nefastas consecuencias para las mujeres casadas. Las mujeres que habían contraído matrimonio con nacionales de un Estado enemigo fueron tratadas como enemigas en su propio país de origen y arruinadas por el secuestro de sus bienes. Fueron expulsadas de su propio país por razones de nacionalidad. Estas terribles consecuencias del principio de la unidad de la nacionalidad de los esposos contribuyeron sin alguna duda a consolidar en diversos países el principio de dualidad de nacionalidades.

46. Uno de los principales argumentos utilizados por los adversarios del principio de dualidad de nacionalidades fue, precisamente, las dificultades que presentaba dicho principio en materia de conflicto de leyes.

3. La nacionalidad de la mujer casada y los conflictos de leyes

47. En la época en que se planteó este debate, perduraba aún una concepción publicista del DIPr. Según esta concepción, el DIPr tenía por objeto resolver los conflictos de poderes soberanos, concretamente los conflictos de competencias legislativas entre Estados. Con el principio de personalidad de las leyes, heredado de Mancini, en los asuntos de Derecho de familia, se evitaban los conflictos positivos y negativos de leyes. Cada Estado tenía sus propios nacionales que quedaban sometidos a su propia ley nacional. En el caso de matrimonios de distinta nacionalidad, el problema quedaba resuelto a través del principio de unidad familiar y por tanto de unidad de nacionalidad de los esposos...Reinaba así en DIPr la paz que el principio de la independencia de la nacionalidad de la mujer venía ahora a enturbiar.

48. El derecho atribuido a la mujer casada de conservar su propia nacionalidad complicaba esencialmente la determinación de la ley aplicable a las relaciones jurídicas familiares (efectos del matrimonio, filiación, relaciones paterno-filiales, etc.). Desde el punto de vista conflictual, la cuestión no era baladí. Si dichas relaciones debían quedar sometidas a leyes nacionales distintas: ¿qué hacer cuando ambas leyes diferían?, ¿podrían aplicarse cumulativamente?, o, por el contrario, ¿sería necesario aplicar solo una?, y, en su caso, ¿cuál de ellas?. La doctrina iusinternacionalprivatista se encontraba fuertemente dividida. El debate se centraba, principalmente, en la aplicación de una única ley o en la concurrencia de varias leyes nacionales en asuntos tales como los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y las relaciones paterno-filiales⁴⁸.

A) Efectos del matrimonio

49. Respecto a los efectos del matrimonio, la doctrina propuso diversas soluciones para afrontar el problema que suponía la aceptación del principio de dualidad de nacionalidades de los esposos en DIPr, distinguiendo para ello entre los efectos personales y los efectos patrimoniales del matrimonio.

a) Efectos personales del matrimonio

50. Las propuestas doctrinales para determinar la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio giraban en torno a dos posiciones: por un lado, quienes partían de la nacionalidad como punto de conexión de la norma de conflicto, y por tanto abogaban por una aplicación concurrente de dos leyes nacionales; por otro, los que consideraban que esta materia debía quedar regida por una única ley, ya fuera la ley nacional de cualquiera de los cónyuges o cualquier otra ley.

51. a') *Aplicación concurrente de las dos leyes nacionales*. Cierta sector de la doctrina consideraba que los deberes y obligaciones de cada esposo con respecto al otro debía regirse por su propia ley nacional (Zitelmann, FrankKestein). Los efectos personales del matrimonio debían quedar regidos, por tanto, por dos leyes. Estos autores diferían, sin embargo, en la forma de aplicación. Algunos defendían la aplicación distributiva de la ley nacional de los esposos, y en caso de discrepancia entre ambas leyes consideraban que el conflicto no tenía solución por parte del DIPr (A. PILLET, G. DREYFFUS, E. FRANKESTEIN)⁴⁹. Otro sector de la doctrina, proponía la aplicación cumulativa de las dos leyes

⁴⁸ Vid. A. N. MAKAROV, "La nationalité...", pp. 187-233; H. VALLADÃO, "Conséquences...", pp. 142-155.

⁴⁹ Esta solución, sin embargo, tal y como apuntaba Pillet sólo era satisfactoria en aquellos casos en los que ambas leyes

nacionales en concurrencia, dando prioridad en caso de discordancia a la más restrictiva (AGO, ARMINJON, CHÉRON)⁵⁰.

52. b') Aplicación de una única ley. Las propuestas en este sentido fueron muy variadas. Quienes partían de la nacionalidad como punto de conexión se debatían en dar primacía a una de las dos leyes en presencia: la ley nacional del marido (MONACO, MEIJERS, MARIDAKIS)⁵¹ o ley nacional de la mujer (AUDINET)⁵². No faltaron voces, que apartándose de la ley nacional, realizaron propuestas alternativas como la aplicación de la *lex fori* (VAREILLES-SOMMIÈRES, NUSSBAUM)⁵³, la ley del lugar de celebración del matrimonio (VALERY) o la ley del domicilio conyugal (VALLADAO)⁵⁴.

53. En cualquier caso, y a pesar de la diversidad de propuestas doctrinales, la ley nacional del marido seguía siendo la solución preponderante desde el punto de vista doctrinal, no solo en los países que adoptaban en su legislación el principio de unidad de nacionalidad de los esposos, como Alemania, sino también en los países que concedían en cierta medida a la mujer casada el derecho de conservar su nacionalidad antes del matrimonio, como Francia, Bélgica, Italia, Grecia, Yugoslavia, Rumanía, Brasil.

54. La preponderancia de la ley nacional del marido se encontraba también en el Código de Bustamante⁵⁵. La misma solución se alcanzó en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1928, cuando se revisaron los Convenios de 1902 y 1905. Todos los Gobiernos estuvieron de acuerdo en completar los textos convencionales cuando los esposos no tenían la misma nacionalidad. Al igual

perseguían los mismos intereses y no divergían. En el supuesto contrario, el conflicto no tendría solución por parte del DIPr. El problema era simplemente “insoluble”. Más tarde, E. Frankenstein al afrontar este mismo problema decía que era uno de los más difíciles, y además añadía que una relación jurídica unilateral donde solamente está vinculada una de las partes era monstruoso, y llegó a una conclusión muy similar a la de Pillet, asegurando que “Desde el punto de vista de la ciencia no se puede dar preferencia a ninguno de los dos ordenamientos jurídicos, especialmente a aquel del marido...”. Estos autores parten de la ley nacional como principio absoluto, y no conciben ninguna otra posible solución. De ahí que lleguen a la decepcionante conclusión de que no hay solución al problema planteado. *Vid.* H. VALLADÃO, “Conséquences...”, pp. 142-143.

⁵⁰ Según esta fórmula, el derecho de uno de los interesados frente al otro solo sería reconocido si era admitido por ambas leyes. Pero, como el problema se presentaba precisamente porque ambas leyes estaban enfrentadas, el sistema no podía ofrecer una solución. Desde esta perspectiva, se llegó a la aplicación de la ley más restrictiva, o más rigurosa, rechazando por ejemplo el divorcio si una de las leyes no lo admitía.

⁵¹ Un sector de la doctrina seguía insistiendo en aplicar la ley nacional del marido apoyándose en el argumento de que era ante todo el “jefe de familia”, razón que no convencía en tanto que la cuestión de saber si el marido ostentaba dicha cualidad, no dependía del DIPr, sino del derecho sustantivo de cada Estado, de tal forma que podría darse el caso de que por su ley nacional el marido no fuera considerado jefe de familia, pero que si se le atribuyera dicha condición por la ley de su mujer. Además, en la época de estas propuestas doctrinales, el principio tradicional y clásico de la ley nacional del marido consecuencia o fiel reflejo de la subordinación de la mujer al marido dentro la familia es contraria al principio de plena igualdad jurídica de los sexos. Los autores que seguían defendiendo la aplicación de la ley nacional del marido, curiosamente pertenecían a Estados donde la mujer seguía perdiendo la nacionalidad por matrimonio (MONACO/Italia, MEIJERS/Alemania, MARIDAKIS/Grecia).

⁵² La aplicación de la ley nacional de la mujer ganó fuerza entre la doctrina conforme los ordenamientos jurídicos nacionales iban contemplando la conservación de la nacionalidad de la mujer cada con extranjero. Esta propuesta tuvo pocos seguidores, entre ellos F. Surville (*Cours élémentaire de droit international privé*, 7ª ed., Paris, 1925, pp. 432-433). No obstante, esta solución (la aplicación de la ley nacional de la mujer casada) incurría al igual que la ley nacional del marido en una solución injusta por discriminatoria.

⁵³ Según estos autores, cuando ninguno de los cónyuges tenía la nacionalidad del país cuyos tribunales resultaban competentes, el conflicto debía ser resuelto mediante la aplicación de la *lex fori*.

⁵⁴ Esta solución fue propuesta por Joseph Champcommunal. Según este autor, en caso de conflicto entre dos leyes nacionales de esposos, debe ser a ley del domicilio conyugal la que debe recibir competencia para regular los efectos del matrimonio. Y no solamente en el caso de que los esposos hayan establecido el domicilio en el país de uno de ellos, sino también en el supuesto en el que los esposos tienen diferente nacionalidad y establecen su domicilio en un país tercero. Esta fue la tesis seguida mayoritariamente por la doctrina (Cassin, Audinet, Goulé, Valladao, Niboyet). *Vid.* A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, p. 196.

⁵⁵ El art. 43 del Código de Bustamante establecía que: “la ley personal de los esposos, y, si esta es diferente, la ley nacional del marido, se aplica a todo lo concerniente a los deberes respectivos de protección y de obediencia, la obligación de la mujer de seguir o no a su marido cuando cambia de residencia, la disposición y administración de los bienes comunes y los otros efectos especiales del matrimonio. Por el contrario, la ley personal de la mujer debía aplicarse a la disposición y administración de sus bienes y a su derecho a litigar (art. 44). Según el art. 45 se sometía al derecho local la obligación de los esposos de vivir juntos, el deber de fidelidad y de socorrerse mutuamente.

que estuvieron todos ellos de acuerdo en que la ley que debía aplicarse en tal supuesto era la ley nacional del marido. Consecuentemente, la Conferencia propuso añadir al primer párrafo del art. 1 de la Convención de La Haya de 1905 sobre los efectos del matrimonio la siguiente frase: “Si los esposos no han tenido nunca la misma nacionalidad, sus derechos y deberes se regirán por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio”.

b) Efectos patrimoniales del matrimonio

55. En ausencia de capitulaciones, la tesis mayoritaria era la aplicación de la ley nacional del marido al régimen legal, así lo recogía el art. 2. 1 del Convenio de La Haya de 1905. Y la mayoría de las legislaciones. Pero, también hubo partidarios de la aplicación de la concurrencia de la ley nacional de cada uno de los esposos. El primer autor que expuso esta tesis fue Zitelmann en Alemania. Pero, fuera de su país no tuvo seguidores. A diferencia de lo que sucedía con los efectos personales del matrimonio en el que bien pudiera aplicarse dos leyes distintas a cada uno de los cónyuges, en el caso del régimen económico matrimonial resultaba imposible, salvo que ambas leyes dispusieran lo mismo. Caso contrario, por esta vía se imponía el régimen de separación de bienes.

56. En el caso del régimen pactado, se planteaban diversas cuestiones de ley aplicable a la capacidad, a la forma y al fondo. Respecto a la capacidad, la mayoría de los países se decantaban en someterlo a la ley nacional del marido, la CH también. En algunos países, sin embargo, se decantaron por la aplicación concurrente de ambas leyes, a cada cónyuge la suya. Esta última solución resultaba difícil o imposible de adaptar, en el caso de la forma, imponiéndose la regla *locus regit actum*: la forma del contrato se rige por la ley del país donde se celebra. Respecto al contenido de las capitulaciones, al existir importantes diferencias entre las legislaciones de los diferentes países, surgía de nuevo aquí el problema de determinar la ley aplicable a un matrimonio de distinta nacionalidad. Muchos países se decantaron por la ley nacional del marido, incluida la CH art. 5. 1 Convenio de 1905 añadido en 1928⁵⁶.

57. En el caso del divorcio, la mayoría de la doctrina y las legislaciones nacionales se decantaban también por la ley nacional del marido. Pero, no faltaron voces que propusieron soluciones alternativas como la aplicación cumulativa en dos sentidos: aplicar las dos leyes nacionales siempre y cuando ambas aceptaran la disolución del matrimonio, o aplicar las dos leyes con independencia de lo que dijera la otra. También se defendió la aplicación de la *lex fori*⁵⁷

B) La nacionalidad de los hijos del matrimonio y la ley aplicable a las relaciones paternofiliales

58. El problema de la determinación de la ley aplicable a la filiación y a las relaciones paternofiliales, materia esta tradicionalmente sometida también a la ley nacional del padre -jefe de la familia-, resultaba aún más complicado de resolver. De hecho, uno de los argumentos esgrimidos por los detractores del principio de dualidad de nacionalidades fue precisamente el problema de la nacionalidad de los hijos de los matrimonios mixtos. Como lo señaló con razón la delegada de los Estados Unidos en la

⁵⁶ El ideal de la uniformación del Derecho internacional privado, preconizado por Mancini fue posible en Europa gracias a su discípulo ASSER, quien propulsó la creación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1893, evidentemente bajo el manto de la doctrina de la nacionalidad. Fruto de las primeras Conferencias (1893, 1894, 1900 y 1904) fueron el Convenio sobre ley aplicable al divorcio y a la separación de cuerpos de 12 de junio de 1902 (arts. 2, 4, 5.2 y 8) y el Convenio de 17 de julio de 1905 sobre la ley aplicable a los efectos del matrimonio (arts. 1, 2, 5 y 9). Los debates de la Haya en torno a la nacionalidad de la mujer casada estuvieron muy influidos por el clima del momento en Europa, por los principios de la escuela italo-franco-belga y por las resoluciones del IDI de 1880/1888, consagradas en el nuevo Código civil del Imperio Alemán de 1896. Tanto por su espíritu como por su redacción ambas Convenciones parecían pertenecer más al siglo XIX que al siglo XX. Tras la primera GM, en la sexta y séptima Conferencia de La Haya, en 1925 y 1928 se volvió a retomar el debate de la nacionalidad de la mujer casada, con notables resistencias al reconocimiento del principio de igualdad.

⁵⁷ Vid. A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 215-229.

Conferencia de La Haya de 1930, la Sra. Shipley “el problema de la nacionalidad de las mujeres casadas y aquel de los hijos no constituyen problemas distintos sino uno solo”.

59. De nuevo aquí, las posibles soluciones que se pudieran proponer desde el DIPr tomando como referencia la nacionalidad como punto de conexión para regir las relaciones familiares, se hacían depender de una cuestión previa de Derecho público.

60. Para los Estados que habían adoptado el principio de dualidad de nacionalidades de los esposos, la cuestión de la nacionalidad de los hijos se hacía depender del criterio utilizado para su concesión. Así, aquellos países que utilizaban como criterio principal el *ius soli*, la cuestión de la nacionalidad dispare de los progenitores resultaba irrelevante. Tal era el caso de EEUU y de la mayor parte de los Estados de Latinoamérica⁵⁸.

61. En la mayoría de los Estados que adoptaban el principio del *ius sanguinis*, el hijo legítimo adquiriría siempre la nacionalidad del padre, incluso con independencia de que tales países contemplaran el derecho de la mujer de conservar su nacionalidad anterior al matrimonio (Italia, Grecia, Polonia, Suiza Suecia, Noruega, Dinamarca, Islandia, etc...). Como excepción cabe señalar, la existencia de algunas legislaciones nacionales que, pese a seguir el criterio del *ius sanguinis* reconocieron a la mujer el derecho a transmitir su nacionalidad a su hijo, o bien bajo ciertas condiciones (por ejemplo, Francia con la Ley de 10 de agosto de 1927)⁵⁹ o sin restricción alguna por haber proclamado la igualdad de sexos (Cuba, Unión Soviética y España con la Constitución de 9 de diciembre de 1931 en la II República). En cualquier, este último grupo de Estados fueron minoritarios.

62. El principio de dualidad de nacionalidades de los esposos, basado en la igualdad, debía tener como consecuencia lógica el derecho de cada uno de los esposos a transmitir su propia nacionalidad a los hijos del matrimonio. Esta solución que debía haber imperado a buena lógica en los Estados conforme se iba reconociendo el derecho a la nacionalidad independiente de la mujer, encontró sin embargo un importante obstáculo en el principio poco deseado de la doble nacionalidad. El rechazo a este principio hizo que hasta bien avanzado el siglo XX los hijos del matrimonio solo pudieran adquirir la nacionalidad del padre⁶⁰.

63. En los sistemas de DIPr basados en el principio de la nacionalidad, la determinación de la ley aplicable a la filiación legítima y a las relaciones paternofiliales se solucionaba mediante la aplicación de la ley nacional del padre (así se contemplaba en el art. 18 CC alemán., art. 20 CC italiano o arts. 17-

⁵⁸ No obstante, algunos países, cuya legislación se basaba en el principio de *ius soli*, en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad por nacimiento, admitían que los hijos nacidos en el extranjero adquirieran la nacionalidad del padre, esto es, adoptaban para los hijos de un matrimonio de nacionales el principio de la preponderancia de la nacionalidad del padre (Gran Bretaña, Canadá, Australia, África del Sur, México y Venezuela).

⁵⁹ Según la ley francesa de 10 de agosto de 1927: “Era francés: 1º. Todo hijo legítimo nacido de un francés en Francia o en el extranjero (art. 1.1). 2º. Todo hijo legítimo nacido en Francia de una madre francesa (art. 1.5)”. La igualdad del padre y de la madre, en lo que concernía la transmisión de la nacionalidad no estaba reconocida en Francia, en tanto que la madre no podía transmitir su nacionalidad al hijo salvo que este naciese en Francia., condición que no se exigía al padre

⁶⁰ Las resoluciones adoptadas por el IDI en su sesión de Venecia, en 1896, establecían que el hijo legítimo adquiriría por la nacionalidad de su padre en el momento del nacimiento, o la que poseía su padre en el momento del fallecimiento. Esta solución correspondía al principio de unidad de la familia, la nacionalidad la determinaba o la transmitía el padre, principio indiscutido antes de la guerra. Tanto en los trabajos preparatorios de la sesión de Lausana (1927) como de la sesión de Estocolmo (1928) se intentó que en determinados supuestos la mujer casada que había conservado su nacionalidad de origen pudiera transmitir la nacionalidad a sus hijos. No obstante, la opinión mayoritaria fue la de seguir perpetuando el principio de preponderancia de la nacionalidad del padre. Finalmente, el IDI adoptó una resolución sobre nacionalidad que contemplaba, solo en casos muy excepcionales, la posibilidad de que la madre transmitiera la nacionalidad a sus hijos. El art. 6 de la mencionada resolución disponía que: “Si los esposos no tienen la misma nacionalidad, y en la medida en que el hijo sigue la nacionalidad de los padres, adquiere la nacionalidad de la madre, cuando: 1º. El padre ha abandonado a la madre antes del nacimiento del hijo; 2º. El hijo ha nacido en el país del que la madre, después del matrimonio, ha conservado o recuperado la nacionalidad, bajo reserva en este caso de un derecho de opción por la nacionalidad del padre”.

18 CC griego). Y ello por considerar que: a) la unidad de la ley aplicable al conjunto de las relaciones familiares solo se podía conseguir en función de la ley del padre, centro jerárquico de la familia y; b) en las relaciones paternofiliales, el padre es el obligado protector.

64. Cierta sector de la doctrina y también algunos sistemas nacionales de DIPr propusieron otras soluciones alternativas mucho más respetuosas con el principio de igualdad de los progenitores, como la aplicación de la ley nacional del hijo. Esta solución se apoyaba además en la protección del interés del menor (por ejemplo, art. 23 Ley checa de 4 de diciembre de 1963 y art. 19 de la ley polaca de 12 de noviembre de 1965).

4. La nacionalidad de la mujer casada en el proceso de codificación del Derecho internacional en el periodo de entreguerras (1918-1939)

65. Las divergencias existentes en las legislaciones nacionales en torno a la nacionalidad de la mujer casada hicieron surgir rápidamente conflictos positivos y negativos de nacionalidad: doble nacionalidad y apatridia. Tales supuestos solo podían evitarse a través de la celebración de convenios internacionales, bien de carácter bilateral o multilateral⁶¹.

66. En el ámbito multilateral, destacaron por un lado las propuestas no vinculantes realizadas por organizaciones feministas, organismos internacionales y nacionales dedicados a promover la codificación del Derecho internacional y, por otro lado, el trabajo desarrollado por la Sociedad de Naciones (en adelante, SdN). Las aportaciones realizadas en esta materia por parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado fueron del todo irrelevantes, por no decir inexistentes.

A) El movimiento feminista a escala internacional

67. El movimiento feminista pronto advirtió que para alcanzar la ciudadanía plena a través de la nacionalidad se requería un compromiso internacional, proclamando la igualdad de sexos en esta materia que vinculara a todos los Estados. Solo así se conseguirían evitar las consecuencias negativas de la disparidad de legislaciones nacionales y de los conflictos de leyes sobre los derechos políticos y civiles de las mujeres. Los congresos internacionales de mujeres celebrados en la década que siguió a la I Guerra Mundial tuvieron muy presente esta reivindicación⁶².

⁶¹ Como ejemplo de convenio bilateral destinado a evitar los conflictos de nacionalidad de la mujer casada destaca el Convenio celebrado el 12 de septiembre de 1928 entre Bélgica y Francia. Según la legislación interna de ambos Estados, la mujer casada podía elegir bajo determinadas condiciones su nacionalidad. No obstante, Francia partía del principio de dualidad de nacionalidades y Bélgica del principio de unidad de nacionalidad de los esposos. Para solucionar las posibles divergencias que pudieran surgir, el Convenio franco-belga establecía que: “la mujer francesa adquiere por el matrimonio celebrado en Bélgica con un belga la nacionalidad de este último, salvo que el plazo de seis meses tras el matrimonio y según las formalidades previstas en la ley belga, exprese su voluntad de conservar la nacionalidad francesa, en cuyo caso se considerará que no ha perdido nunca esta última” (art. 1.1). “Si el matrimonio se celebra en Francia, la mujer francesa que contrae matrimonio con un belga conserva su nacionalidad, salvo que antes del matrimonio, declare expresamente en la forma prevista en la legislación francesa su voluntad de adquirir conforme a la legislación belga, la nacionalidad de su marido” (art. 1.2). Por otra parte, la mujer belga que contrae matrimonio con un francés en Bélgica adquiere la nacionalidad francesa, salvo que, en el plazo de seis meses desde la celebración del matrimonio, declare según los casos y formas previstos en la legislación belga, que desea conservar su nacionalidad (Art. 2.1). “Si el matrimonio se celebra en Francia, la mujer belga que contrae matrimonio con un francés conserva su nacionalidad, salvo que declare expresamente antes de contraer matrimonio, siguiendo las formas previstas en la ley francesa, su deseo de adquirir la nacionalidad de su marido” (art. 2.2). *Vid.* P. LOUIS-LUCAS, “La Convention franco-belge sur la nationalité de la femme mariée” *RDIP*, 1931, pp. 87 y ss.; A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 138 y 139.

⁶² *Vid.* C. A. MILLER, *Lobbying the League: women's international organisations and the League of Nations*, PhD thesis, University of Oxford, 1992; S. D. BECKER, *The Origins of the Equal Rights Amendment: American Feminism Between the Wars*, Greenwood Press, Westport, CT, 1982; N. BERKOVITCH, *From Motherhood to Citizenship: Women's Rights and International Organizations*, Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1999; C. L. BREDBENNER, *A Nationality of Her Own*:

68. En 1919, con motivo de la celebración del 2º Congreso Internacional de Mujeres, celebrado en Zúrich y organizado por la *Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad* (LIMPAL)/ *Women's International League for Peace and Freedom* (WILPF), se solicitó a la SdN se creara una Comisión internacional encargada de estudiar “la compleja cuestión del matrimonio entre personas de nacionalidades diferentes”.

69. Justo un año después (1920), la *Alianza Internacional para el Sufragio Femenino* (AISF)/ *International Woman Suffrage Alliance* (IWSA), organización fundada en 1904, constituyó un Comité encargado solo y exclusivamente de la nacionalidad de la mujer casada⁶³. En su 9º Congreso celebrado en Roma en 1923, la organización elaboró y aprobó un *proyecto de Convenio internacional sobre la nacionalidad de la mujer casada*. Dicho proyecto fue enviado a la SdN para que lo dieran a conocer a los gobiernos, asociaciones y particulares con el fin de recabar sus críticas y sugerencias. También instó a sus grupos nacionales a que hicieran presión sobre los gobiernos para convocar una Conferencia internacional y elaborar un convenio sobre la igualdad de sexos en el derecho de la nacionalidad.

70. Por otro lado, el *Consejo Internacional de Mujeres/International Council of Women* (ICW), organización creada en 1888, y que había mostrado ya su interés por este asunto con motivo de la firma de los Convenios de la CH en materia de efectos del matrimonio en 1905, volvió a interesarse por la nacionalidad de la mujer casada en la reunión celebrada en 1924 en Copenhague. Por unanimidad, se llegó a la conclusión de la necesidad de una cooperación internacional para solventar el problema⁶⁴.

B) Organizaciones científicas internacionales y nacionales

a) *International Law Association*

71. La *International Law Association*, organización fundada en 1873 en Bruselas prestó especial atención al problema de la nacionalidad de la mujer casada en su Conferencia celebrada en Buenos Aires en agosto de 1922. En dicha reunión se adoptó por unanimidad, tras su discusión, una resolución en la que se consideraba deseable fijar por vía de tratado normas sobre la nacionalidad de la mujer casada, reservando a la mujer, “en la medida de lo posible”, el derecho a elegir su nacionalidad. Las siguientes Conferencias celebradas en 1923, 1924 y 1925 siguieron prestando atención a este problema.

72. Entre las Conferencias de 1924 y 1925, la *International Women Suffrage Alliance* elaboró en su Congreso de Roma de 1923, un proyecto de convención internacional sobre la nacionalidad de la mujer casada. La Alianza decidió someter el proyecto a la consideración de los gobiernos, las asociaciones y los particulares. De conformidad con esta decisión, el proyecto fue sometido a la consideración de la Conferencia de la ILA en 1925. Dicho proyecto fue acompañado además de un informe del Profesor Shuster sobre los efectos del matrimonio en lo que respecta a la nacionalidad. (E. J. SCHUSTER, “The Effect of Marriage on Nationality”, *The International Law Association, Report of the 32 d Conferencie*, p. 9 y ss.)

Women, Marriage, and the Law of Citizenship, University of California Press. Berkeley, 1998; E. L. DUBOIS, « Internationalizing Married Women's Nationality: The Hague Campaign of 1930 » en K. OFFEN (ED.), *Globalizing feminisms, 1789-1945*, London & New York, Routledge, 2010, pp. 204-216; C. JACQUES “Des lobbys féministes à la SDN : l'exemple des débats sur la nationalité de la femme mariée (1930-1935)”, en J.-M. DELAUNAY/Y.DÉNÉCHÈRE (DIR.), *Femmes et relations internationales au XXe siècle*, Paris, Presses, Sorbonne Nouvelle, 2007, pp. 267-277; L. J. RUPP, *Worlds of Women: The Making of an International Women's Movement*, Princeton University Press, Princeton, 1997; M. SANDELL, “Regional versus International: Women's Activism and Organisational Spaces in the Inter-war Period” *The International History Review* 33 (4), 2011, pp. 607-625; D. STIENSTRA, *Women's Movements and International Organizations*, Macmillan, Hampshire 1994.

⁶³ A finales de la década de 1920, la organización cambió su nombre a *Alianza de Mujeres para el Sufragio y la Igualdad de Ciudadanía*. En 1946, se volvió a cambiar de nuevo, pasando a denominarse *Alianza Internacional de Mujeres*, nombre que se mantiene en la actualidad.

⁶⁴ *Vid.* L. GUERRY, “La nationalité...”, pp. 77y 78.

73. En 1925 la ILA adoptó, basándose en diversos informes y en el proyecto de la Alianza una serie de recomendaciones dirigidas a los legisladores de diversos países, así como disposiciones susceptibles de ser incluidas en una convención internacional. La primera parte de estas recomendaciones incluían algunas reglas sobre la nacionalidad de la mujer casada, como por ejemplo, que: a) la mujer nacional de un Estado contratante en la convención proyectada no debe perder su nacionalidad por el hecho de casarse con un nacional de un Estado no contratante si esta no adquiere la nacionalidad de su marido; b) la mujer nacional de un Estado contratante en la convención proyectada adquiere la nacionalidad del marido, nacional de otro Estado contratante, pero conserva su nacionalidad anterior si la ley nacional así lo dispone o si manifiesta su voluntad de conservarla⁶⁵.

74. Esta misma cuestión fue objeto de discusión en el seno de la Conferencia de la ILA que tuvo lugar en Budapest septiembre de 1932, sin que se adoptara una resolución al respecto.

b) El IDI y a la nacionalidad de la mujer casada

75. El IDI proclamó como principio universal desde sus inicios la pérdida de la nacionalidad de la mujer por matrimonio y la primacía de la ley nacional del marido⁶⁶. Hubo que esperar a la Sesiones de Estocolmo (1928), Cambridge (1931) y Oslo (1932) para que la mencionada organización internacional comenzara a revisar su posición al respecto⁶⁷.

76. En la Sesión de Estocolmo (1928) se discutió la influencia de las nuevas ideas en torno a la nacionalidad de la mujer casada sobre las normas de Derecho internacional privado y el principio de unidad de la familia. En dicha reunión se llegó a la conclusión de que las relaciones entre los esposos debían continuar rigiéndose por la ley nacional del marido. El IDI trató de atajar el problema que suponía incorporar el principio de la nacionalidad independiente de la mujer casada a las normas de conflicto de leyes en materia de derecho de familia adoptando la teoría de la distinción de los efectos políticos y civiles de la nacionalidad (doble concepto de nacionalidad)⁶⁸.

⁶⁵ Vid. A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp.139-141.

⁶⁶ Vid. A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 141-145; H. VALLADÃO, “Conséquences...”, pp. 155-165.

⁶⁷ Aunque las “Resoluciones relativas al conflicto de leyes en materia de nacionalidad” adoptadas por el IDI en la Sesión de Venecia en 1896 preveían para la mujer la posibilidad de ejercer una cierta capacidad de elegir su nacionalidad en caso de naturalización de su marido (https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1896_ven_02_fr.pdf), no será hasta los trabajos preparatorios de la sesión de Lausana (1927) cuando se plantee con todo rigor el problema de la nacionalidad de la mujer casada, tras la importancia adquirida por esta cuestión tras la I Guerra Mundial. Los profesores Reurerskjöld y Gemma presentaron un Informe sobre las cuestiones de nacionalidad, que si bien partía aun del principio de la unidad de la familia y mantenía la regla de que la mujer adquiría por matrimonio la nacionalidad del marido, reconocía algunas excepciones a dicha regla. El Informe contenía algunos artículos adicionales a los principios adoptados en la reunión de Venecia. Dos de ellos afectaban a la nacionalidad de la mujer casada, concretamente el art. 10 disponía que: “El país de origen de una mujer, que se casa con un extranjero, puede reservarle su nacionalidad siempre y cuando mantenga su domicilio en el país”. Y según el art. 11, “El país del marido puede, con independencia de lo que dispongan las disposiciones de la ley del país de origen de la mujer relativas a la nacionalidad una vez casada, denegarle a la mujer la adquisición de la nacionalidad del marido por el solo hecho del matrimonio, en cuyo caso deberá prever facilidades especiales de naturalización para la mujer”. Vid. Travaux préparatoires de la Session de Lausanne, *Annuaire IDI* Septembre, 1927, T. I <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-33AB-OCR-min.pdf>

⁶⁸ Esta teoría encontró aplicación en Argentina en materia de conflicto de jurisdicciones. Desde 1891, el Tribunal Supremo de aquel país sostuvo que la mujer no seguía la nacionalidad del marido salvo a efectos de jurisdicción. En este sentido, se consideraba que la mujer solo prestaba a su marido la condición civil, pero no su *status civitatis*. Esto significaba que la mujer casada solo tenía derecho a una nacionalidad independiente en aquellas materias de derecho político, mientras que en materias jurisdiccionales seguía la nacionalidad del marido. La misma persona (mujer) quedaba así escindida en dos. De tal forma que en cuestiones de derechos políticos ésta se consideraba nacional de un Estado y en materia jurisdiccional, nacional de otro. La jurisprudencia argentina tuvo ocasión de aplicar esta teoría de la nacionalidad escindida para determinar la competencia judicial internacional del país cuando la mujer casada había conservado su nacionalidad extranjera antes del matrimonio. En Argentina, el problema se planteó en sede de conflictos de jurisdicciones y no de conflictos de leyes, por la simple razón de que en aquel país no se utilizaba como punto de conexión la nacionalidad, sino el domicilio. Esta solución jurisprudencial trató de utilizarse en el IDI en sede de conflicto de leyes. Vid. A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 184-185.

77. Según este planteamiento, defendido fervientemente por Fernand de Visscher, el cambio de nacionalidad por efecto del matrimonio constituía un principio general de Derecho común. Si, por algún motivo de orden político, un Estado consideraba que debía cambiar el ámbito de este principio, estas modificaciones solo debían alcanzar o afectar a los derechos y privilegios igualmente de orden político. No existía ninguna razón para incluir en ese cambio de criterio relativo a la nacionalidad, los efectos del Derecho privado del matrimonio, efectos esencialmente basados en la unidad natural de la familia. Mas bien todo lo contrario, convenía mantener el principio de la adquisición de la nacionalidad del marido porque así se conseguían conciliar los intereses políticos de los Estados con el interés general de la unidad de la familia. La mujer casada conservaría así su *status civitatis* de origen y vería su *status familiae* regido por la ley nacional del marido.

78. Aunque no encontró el apoyo necesario para su aprobación, dicho planteamiento fue seguido por muchos Estados, entre ellos, España, para seguir justificando la aplicación de la ley nacional del marido en asuntos de familia, incluso tras reconocer legislativamente el derecho a la nacionalidad independiente de la mujer casada⁶⁹.

79. A pesar de que la Resolución sobre nacionalidad aprobada el 28 de agosto de 1928, llega a reconocer cierta independencia a la mujer casada (arts. 4 y 5), el IDI sigue recomendando en un anexo a los Estados que “en sus legislaciones sobre nacionalidad” mantengan y respeten “el principio de unidad de la familia” siempre y cuando lo permitan las circunstancias⁷⁰.

80. En la Sesión de Cambridge (1931), James Brown Scott propuso la creación de una comisión encargada de estudiar la posibilidad de incorporar al Derecho internacional un principio consagrando la igualdad de sexos, que tuviera especialmente por efecto impedir que la nacionalidad de la mujer quedara afectada, sin su voluntad, por el matrimonio con un extranjero o por los cambios de nacionalidad del marido. En dicha sesión, se creó una nueva comisión denominada “Comisión de la nacionalidad de la mujer casada”, siendo Brown Scott y de La Pradelle los profesores encargados de la misma⁷¹.

⁶⁹ La cuestión de saber si y en qué medida las reglas establecidas por el Derecho público en materia de nacionalidad podían incidir en el DIPr, se planteó en las sesiones celebradas por el IDI en Lausana (1927) y Estocolmo (1928). En la primera de ellas (Lausana, 1927) se llegó a votar y aprobar el siguiente texto, que venía a refrendar la teoría de la escisión de la nacionalidad: “En este caso (nacionalidad diferente de los esposos), los efectos del matrimonio, en cuanto a las relaciones de los esposos entre ellos y sus relaciones con los hijos, se regirán por la ley nacional del marido”. En la sesión de Estocolmo (1928), se volvió a discutir dicha cuestión, surgiendo tres posiciones diferentes: quienes defendían la concepción unitaria de la nacionalidad, aquellos que consideraban el concepto unitario y, finalmente quienes pensaban que se trataba de una cuestión reservada a los Estados. En la sesión plenaria de 28 de agosto de 1928, el artículo en cuestión fue suprimido, y el problema planteado no encontró solución. Vid. A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 186-187.

⁷⁰ El art. 4 Resolución Estocolmo disponía que “la legislación del país cuya nacionalidad posee la mujer que se casa con un extranjero debe permitirle conservarla en tanto que no haya adquirido la nacionalidad del marido. Cuando la ley del país del marido da a la mujer su nacionalidad, la ley del país de la mujer no puede mantener su nacionalidad de origen salvo que se den dos condiciones: 1ª) Que los esposos residan en el país de la mujer; 2ª) Que la mujer manifieste su voluntad expresa”. Según el art. 5: “En el caso de que la legislación de un Estad confiera a la mujer la nacionalidad de su marido por el solo hecho del matrimonio, esta legislación podrá no obstante rechazar dicho efecto por razones de orden general”. EL anexo establecía que: “El Instituto de Derecho Internacional recomienda que, en sus legislaciones sobre nacionalidad, los Estados respeten y mantengan la unidad de la familia siempre y cuando lo permitan las circunstancias”. Puede consultarse el texto completo de la Resolución en el siguiente enlace: IDI, Sesión de Estocolmo 1928, Resolución sobre la nacionalidad https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1928_stock_01_fr.pdf

⁷¹ Con vistas a la preparación de la de la sesión de Oslo (1932), los profesores Brown Scott y de La Pradelle, elaboraron un primer proyecto de resolución que contenía una solución radical, pero justa, al problema de la nacionalidad de la mujer casada. Según este proyecto: “(...) el matrimonio no debe conferir obligatoriamente nunca más a la mujer la nacionalidad del marido ni tampoco al marido la nacionalidad de la mujer (I)...Si la mujer así lo manifiesta, debe poder adquirir, en el momento del matrimonio, al a nacionalidad del marido de igual forma, el marido debe, en el momento del matrimonio, poder adquirir la nacionalidad de la mujer (III)”. Sometido dicho proyecto a los miembros de la Comisión tuvo que ser modificado siguiendo las recomendaciones más moderadas. El segundo proyecto contenía las siguientes reglas: “El matrimonio no confiere de pleno derecho la nacionalidad del marido a la mujer, que puede, no obstante, por simple declaración, adquirir, en el momento del matrimonio, la nacionalidad del marido, siempre y cuando el Estado de aquel no se oponga a ello (I). “Corresponde al Estado, sea del marido, sea de la mujer, atribuir o mantener su nacionalidad a uno de ellos, rechazando extenderla al otro (VI)”. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por las divergencias de opinión en el seno de la Comisión, al inicio de la sesión de Oslo

81. En la Sesión de Oslo (1932) el IDI, teniendo en cuenta un Informe de la Comisión sobre la nacionalidad de la mujer casada, llegó a reconocer y consagrar el principio de la independencia de la mujer casada, tratando de respetar al mismo tiempo el principio de unidad de la familia, a través de dos vías: 1^a) Que la nacionalidad de cualquiera de los esposos, y su cambio a lo largo del matrimonio, no se pudiera imponer al otro en contra de su voluntad; 2) Que, en el supuesto de que los esposos tuvieran nacionalidades diferentes, cada uno de ellos pudiera adquirir la del otro lo más fácil posible (*Annuaire*, 1932, 564)⁷²

c) Organizaciones científicas nacionales

82. Junto a los trabajos realizados por diferentes organizaciones científicas internacionales, como la ILA o el IDI, destacaron también los esfuerzos de diversas organizaciones de carácter nacional cuyos trabajos sobre la materia, contribuyeron a alcanzar un consenso a nivel internacional. Destacan en este sentido, el proyecto de convenio elaborado en 1939 por la Sociedad alemana de Derecho internacional (*Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*) así como el proyecto preparado a iniciativa de la *Harvard Law School*, por la *Research in International Law* que adoptaba como punto de partida el principio de dualidad de nacionalidad de los esposos. Ambos documentos fueron sometidos a la consideración de la Conferencia de Codificación de Derecho internacional reunida en la Haya en 1930.

C) La Sociedad de Naciones: la Conferencia de La Haya de 1930

83. Por Resolución de 22 de septiembre de 1924, la Sociedad de Naciones (SdN) constituyó un Comité de expertos para la Codificación progresiva del Derecho internacional. Dicho Comité decidió durante su primera sesión, en abril de 1925, designar un Sub-Comité para las cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre nacionalidad.

84. El responsable del mencionado Sub-Comité, el jurista polaco Simon Rundstein, informó al Comité de expertos que la introducción de principios generales relativos a la nacionalidad de la mujer casada no podía considerarse una cuestión prioritaria de los trabajos de codificación. También puso de manifiesto que, teniendo en cuenta las circunstancias del momento, la creación de un derecho mundial sobre nacionalidad resultaba una quimera por los intereses políticos divergentes entre Estados y la competencia exclusiva para legislar en materia de nacionalidad. En este contexto, y teniendo en cuenta los conflictos de leyes que se habían multiplicado por las reformas introducidas en las legislaciones nacionales en materia de nacionalidad de la mujer casada, solo se consideraban prioritarios para ser objeto de una regulación internacional los siguientes tres asuntos: 1^o) la adopción de una regla que evitara la apatridia de la mujer casada; 2^o) la recuperación por parte de la mujer casada de su nacionalidad de origen tras la disolución del matrimonio; 3^o) la protección diplomática de la mujer casada apátrida por parte del Estado de la nacionalidad del marido. Aunque las reivindicaciones feministas fueron mencionadas en el informe de Rundstein, en particular el proyecto de Convención de la ASIF, no fueron integradas en las propuestas elevadas al Comité de Expertos⁷³.

(1932) se retomaron los trabajos desde el inicio con la intención de llegar a un acuerdo que contentara a todos los miembros del IDI. Vid. *Annuaire* IDI, Tomo 37, 1932: <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-37-OCR-min-TBU.pdf>

⁷² El texto de la resolución del IDI relativa a “Los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad” disponía: “L’Institut, voulant, donner effet, d’une part, au vœu de la session de Stockholm, demandant que, dans leur législation sur la nationalité, les Etats respectent et maintiennent l’unité de la famille, autant que le permettent les circonstances; d’autre part à la déclaration des droits internationaux de New York, dont l’esprit ne saurait comporter de distinction entre les sexes, en matière de nationalité, recommande aux Etats de s’inspirer, dans leur législation sur la nationalité des vœux suivants: (I) Que la nationalité de l’un des époux, et à plus forte raison son changement au cours du mariage, ne puisse s’étendre à l’autre contrairement à sa volonté. (II) Que, dans le cas où les époux ont des nationalités différentes, chacun d’eux puisse acquérir le plus promptement possible la nationalité, soit de l’un, soit de l’autre”. Vid. texto de la Resolución en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1896_ven_02_fr.pdf.

⁷³ Vid. L. GUERRY, “La nationalité...”, pp.78-80.

85. Finalmente, el 13 de junio de 1927, la SdN con vistas a la celebración de lo que sería la primera Conferencia de Codificación progresiva de Derecho internacional, decidió incluir la nacionalidad de la mujer casada en el programa. Posteriormente por Resolución de 24 de septiembre de 1928, se elaboró un proyecto de convenio sobre las cuestiones de nacionalidad, que fue remitido a los gobiernos, asociaciones y particulares para que enviaran a la SdN su opinión con vistas a la preparación de la Conferencia que tendría lugar los días 13 de marzo a 12 de abril de 1930 en La Haya.

86. Las organizaciones feministas, no habiendo tenido a penas influencia durante los trabajos preparatorios en la Conferencia de La Haya sobre la Codificación de Derecho Internacional trataron por todos los medios hacer valer sus reivindicaciones. Intentaron ser recibidas por el presidente de la Conferencia, un reputado opositor del feminismo; organizaron una masiva manifestación a la que acudieron mujeres de 47 países durante los primeros días de la Conferencia. Finalmente, y tras la presión ejercida por las organizaciones feministas algunas de sus representantes pudieron participar en los debates de la Conferencia.

87. Aunque el ámbito del proyecto el Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada era muy limitado -se trataba de evitar principalmente la apatridia de la mujer casada derivada de un conflicto negativo de leyes sobre nacionalidad-, los debates afrontaron el problema de la nacionalidad de la mujer casada en toda su extensión. Y no solo por los discursos pronunciados ante la Comisión por las representantes de las dos grandes asociaciones feministas (*Consejo Internacional de las Mujeres y Alianza internacional para el sufragio y la acción cívica y política de las mujeres*)⁷⁴ sino también por las enmiendas propuestas por varias delegaciones con el fin de ampliar la base de la discusión proyectada⁷⁵. En definitiva, las discusiones dividían a los adeptos del principio de unidad frente a los defensores del principio de dualidad de nacionalidades.

88. Finalmente, el Convenio de La Haya de 12 de abril de 1930, sobre ciertas cuestiones relativas a conflicto de leyes de nacionalidad fue aprobado en sesión plenaria por 40 votos a favor y uno en contra⁷⁶. La solución técnica al problema de la nacionalidad de la mujer casada solo contemplaba: 1º) la apatridia; 2º) el cambio de nacionalidad de la mujer como consecuencia de una nueva naturalización del marido; 3º) la recuperación de la nacionalidad de origen tras la disolución del matrimonio⁷⁷.

89. La Convención de La Haya de 12 de abril de 1930 fue, en cuanto a sus resultados, ciertamente decepcionante. No obstante, la Conferencia recomendó a los Estados que consagraran en su Derecho, en la medida de lo posible, el principio de la igualdad de sexos en materia de nacionalidad, teniendo especialmente en cuenta el interés de los hijos (Recomendación VI).

⁷⁴ Especialmente significativas fueron las palabras pronunciadas en su discurso por Chrystal Mac Millan: “Suprimir la apatridia o impedir la doble nacionalidad no son, desde nuestro punto de vista, principios esenciales. Lo que nosotras reclamamos, es que la mujer sea considerada como un ciudadano responsable, al que le pedimos su consentimiento, especialmente necesario en lo que concierne el derecho a elegir la nacionalidad, que es el más fundamental de todos los derechos políticos”. *Vid.* A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, p. 150.

⁷⁵ Destaca especialmente la propuesta presentada por la delegación de Chile que proponía: “*Las Partes Contratantes convienen que, a partir de la entrada en vigor de esta Convención, no existirá ninguna distinción por razón de sexo en las leyes y usos relativos a la nacionalidad*”.

⁷⁶ El Convenio de La Haya entró en vigor el 1 de julio de 1937, tras el depósito de la décima ratificación (arts. 25 y 26).

⁷⁷ El texto final de la Convención de La Haya de 12 de abril de 1930 sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes sobre la nacionalidad destinaba cuatro de sus 31 artículos a la cuestión de la nacionalidad de la mujer casada (Capítulo III, arts. 8-11). En las mencionadas disposiciones se establecía: Art. 8: “Si la ley nacional de la mujer le hace perder su nacionalidad por el matrimonio con un extranjero, este efecto se subordinará a la adquisición de la nacionalidad del marido”; Art. 9: “Si la ley nacional de la mujer le hace perder su nacionalidad como consecuencia de un cambio de nacionalidad de su marido a lo largo del matrimonio, este efecto se subordinará a la adquisición por ella de la nueva nacionalidad del marido”; Art. 10: “La naturalización del marido durante el matrimonio no conlleva el cambio de nacionalidad de su mujer salvo que esta exprese su consentimiento”; Art. 11: “La mujer, que según la ley de su país, ha perdido su nacionalidad como consecuencia del matrimonio no la recuperará después de la disolución de este salvo que esta realice una solicitud a tal efecto conforme a ley de tal país. En este caso, la mujer perderá la nacionalidad que había adquirido como consecuencia del matrimonio”.

90. El descontento de las organizaciones feministas se manifestó en la primera Asamblea General de la Sociedad de Naciones que tuvo lugar después de la Conferencia de La Haya. A través de la delegada de Dinamarca, a la sazón vicepresidenta del CIM, se solicitó y manifestó la necesidad de revisar el Convenio de La Haya de 1930 y retomar el debate en torno a la nacionalidad de la mujer casada. Dicha solicitud fue aprobada por la Asamblea y por Resolución de 3 de octubre de 1930 se afirmó el compromiso e interés de la SdN en el progreso del derecho internacional, especialmente por la codificación, y se decidió renviar a la siguiente sesión la búsqueda de mejores métodos destinados a continuar la obra comenzada por el Convenio de La Haya de 1930, y se solicitó al Consejo que invitara a los Estados miembros y no miembros a comunicar sus observaciones sobre la recomendación dirigida a los Estados de introducir en sus legislaciones nacionales el principio de igualdad de sexos en materia de nacionalidad.

90. El 24 de enero de 1931, el Consejo de la SdN creó el denominado oficialmente “*Comité de representantes de organizaciones feministas*”, más conocido como “Comité consultivo de mujeres” con el fin de elaborar un informe sobre nacionalidad⁷⁸. En dicho informe presentado el 6 de julio de 1931 el Comité manifestó su oposición al Convenio de La Haya de 1930 por establecer diferencias injustificadas entre mujeres y hombres, y consagrar un sistema que puede privar a la mujer del derecho al voto y de la protección de su propio gobierno en su país como al extranjero. tener graves consecuencias materiales y morales; b) la conveniencia de abolir las leyes sobre nacionalidad que contemplaran una discriminación por razón de sexo; c) la necesidad de adoptar inmediatamente las medidas dirigidas a someter a un nuevo examen el Convenio de 1930 y someter a la ratificación de los gobiernos una nueva Convención fundada sobre el principio de igualdad masculina y femenina en materia de nacionalidad.

91. Dicho informe fue remitido a los gobiernos para que pudieran presentar sus observaciones. De los 23 Estados que participaron, todos coincidían en reconocer que los resultados alcanzados en la Conferencia para la Codificación de DDerecho internacional en 1930 era lo máximo que se podía hacer para alcanzar un acuerdo internacional general sobre la nacionalidad de la mujer casada. Por otro lado, en el mes de agosto de 1932, el Comité consultivo de mujeres presentó otro informe que reafirmaba el contenido del informe anterior, y en el que se solicitaba de nuevo que se adoptaran todas las medidas posibles para revisar el Convenio de La Haya 1930.No obstante, en esta ocasión, el Comité quedó polarizado entre aquellas organizaciones feministas que seguían defendiendo a ultranza el principio de igualdad a todos los efectos y las posiciones más conservadoras. Esta falta de consenso en el seno del Comité le restó legitimidad en la SdN⁷⁹.

92. Finalmente, la Sociedad de Naciones consideró que si quería ser útil a la labor codificadora en este caso en materia de nacionalidad de la mujer casada, lo más prudente era esperar a que entrara en vigor el Convenio de La Haya de 1930; ir recabando información de los gobiernos sobre la incorporación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de nacionalidad y; observar la evolución de la opinión pública respecto a este importante asunto, con el fin determinar el momento en el que esta evolución permitiera tomar otras medidas concertadas a nivel internacional. El 11 de octubre de 1933, pese a los intentos de reavivar de nuevo el debate sobre le principio de igualdad de sexos en materia de nacionalidad, la SdN se reafirmó en su posición anterior.

⁷⁸ La resolución del Consejo de 24 de enero de 1931 mencionaba expresamente a las siguientes organizaciones feministas que se habían ocupado especialmente de la nacionalidad de la mujer: Consejo internacional para las mujeres (Conseil international pour les femmes), Alianza internacional para el sufragio de las mujeres (Alliance internationale pour le suffrage des femmes); Liga internacional para la paz y la libertad (Ligue internationale pour la paix et la liberté); Comisión Inter-Americana de Mujeres (The Inter-American Commission of Women); Congreso Pan-Asiático de Mujeres (The All-Asian Congress of Women), la Federación internacional de mujeres universitarias (Fédération internationale des femmes universitaires); Unión cristiana de jóvenes niñas (Union chrétienne des jeunes filles). *Vid.* L. GUERRY, “La nationalité...”, p. 84; A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, p. 155.

⁷⁹ *Vid.* L. GUERRY, “La nationalité...”, pp. 87-90.

93. El 21 de septiembre 1934, algunos Estados dirigieron una carta a la SdN solicitando a la presidencia la propuesta de someter a votación la adhesión a la Convención de Montevideo sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 26 de diciembre de 1933⁸⁰. La solicitud se fundamentaba, según los autores de la carta, por un lado, en las restricciones a los derechos de las mujeres sufridas en el mundo entero (derecho a la enseñanza, derecho a ocupar un empleo público o ejercer una profesión liberal, etc...), y por otro lado, en la interdependencia existente entre la nacionalidad y el ejercicio de derechos tan esenciales como el derecho al trabajo o el derecho a administrarse por sí mismas. Dicha propuesta fue incluida en el orden del día de la siguiente sesión de la Asamblea⁸¹.

94. La SdN, vistas las divergencias existentes entre las diferentes delegaciones en torno al principio de igualdad de sexos en materia de nacionalidad, adoptó por unanimidad una resolución, el 27 de septiembre de 1935, en la que: 1º) Se resaltó el esfuerzo realizado por los Estados americanos elaborando una convención en el sentido de la Recomendación nº 6 de la Conferencia de La Haya de 1930; 2º) Se recordó a los Estados miembros de la SdN que la Convención de Montevideo estaba abierta a la adhesión de todos los Estados; 3º) Se volvió a recomendar a los Estados que firmaran la Convención de La Haya de 1930; 4º) Se solicitó al Comité consultivo de mujeres que siguiera la evolución del problema de la nacionalidad de la mujer casada en las distintas legislaciones nacionales, algo que permitía ir más allá y prestar atención a otras cuestiones jurídicas que afectaban a las mujeres.

95. Una vez recabada toda la información por parte del *Comité consultivo de mujeres*, y ante las importantes diferencias existentes en las legislaciones nacionales, la SdN propuso, en 1937, la creación de un Comité mixto de hombres y mujeres, el Comité para el estudio del estatuto jurídico de las mujeres (*Committee to Study the Legal Status of Women*). Dicho Comité se encargaría, en colaboración con otras

⁸⁰ Mientras en Ginebra y en La Haya evitaban por todos los medios hacer frente al problema de la nacionalidad de la mujer casada desde la base del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en el proceso de codificación emprendida por la Unión panamericana se convirtió en su sustento. Fue en 1923 cuando la V Conferencia panamericana, reunida en Santiago de Chile, decidió por unanimidad introducir en el orden del día de las próximas conferencias el examen de los medios para abolir la incapacidad de la mujer en materia constitucional y jurídica. La VI Conferencia reunida en 1928 en La Habana, creó una Comisión interamericana de mujeres (*Inter-American Commission of Women*) encargada del examen preparatorio de estas cuestiones con vistas a someterlas a la VII Conferencia. Esta Comisión decidió estudiar en primer lugar la nacionalidad de la mujer casada. En la VII Conferencia panamericana, en diciembre de 1933 en Montevideo, esta cuestión fue abordada por dos comisiones: una Comisión encargada de estudiar las cuestiones de nacionalidad en general, y otra encargada de estudiar las posiciones de la Comisión Interamericana de mujeres tendentes a suprimir la desigualdad de la mujer. Fruto del trabajo de ambas comisiones se elaboraron dos Convenios: 1) La Convención sobre nacionalidad de 26 de diciembre de 1933, basado en el principio “moderno” de la dualidad de nacionalidad de los esposos. El art. 6 de la Convención establecía que: “Ni el matrimonio, ni su disolución, afectarán a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos”. 2) La Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, firmada también el 26 diciembre 1933, cuyo artículo 1 disponía: “No se hará ninguna distinción entre sexos en lo que respecta a la nacionalidad, ni en la legislación, ni en la aplicación de esta legislación”. El art. 5 de dicha Convención contemplaba la posibilidad de abrirla a la adhesión de todos los Estados, incluso no miembros de la Unión Panamericana.

Las dos Convenciones firmadas en Montevideo imponían a los Estados participantes obligaciones de naturaleza jurídica distinta. Mientras que el Convenio general sobre nacionalidad implicaba la obligación de adaptar la legislación interna a las disposiciones convencionales, (ni el matrimonio ni el cambio de nacionalidad del marido puede conllevar cambio de nacionalidad de la mujer), el Convenio especial sobre la nacionalidad de la mujer casada tenía un ámbito mucho más general. Este Convenio no imponía a los Estados la obligación de regular la cuestión de la nacionalidad de la mujer casada de una manera determinada. Se limitaba a prohibir la discriminación de la mujer en todas aquellas materias relativas a la nacionalidad. No imponía una regla prohibiendo el cambio o pérdida de nacionalidad de la mujer por el solo hecho del matrimonio. *Vid.* A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 158-162.

⁸¹ Con vistas a la celebración de la XVI Asamblea de la Sociedad de Naciones se recogieron diversas opiniones sobre esta materia por parte de los diferentes gobiernos y también de las organizaciones feministas. Respecto a los primeros, había un grupo de Estados que ya estaba introduciendo modificaciones en sus legislaciones internas en el sentido del Convenio de La Haya de 1930 y la recomendación nº 6 de la Conferencia, otros se negaban en rotundo a realizar tales modificaciones. Y por su parte, las organizaciones feministas, se encontraban divididas respecto a la posible adhesión al Convenio de Montevideo sobre la nacionalidad de la mujer. Por un lado, el Comité consultivo era proclive a su aprobación en tanto que proclama el principio de igualdad de sexos en materia de nacionalidad. Por otro lado, el Comité internacional de las mujeres de la Internacional obrera socialista se oponía a su aprobación al considerar que dicha Convención contenía solamente un simple slogan. *Vid.* A. N. MAKAROV, “La nationalité...”, pp. 162 y 163.

instituciones legales, de elaborar un estudio científico completo sobre el estatuto jurídico de las mujeres en los diferentes derechos nacionales. El inicio de la II Guerra Mundial impidió que el informe final, cuya presentación estaba prevista para la sesión de 1941, viera la luz⁸².

5. La nacionalidad de la mujer casada tras la Segunda Guerra Mundial

96. Los primeros pasos para el reconocimiento internacional de los derechos políticos, civiles, económicos y sociales de las mujeres se dieron en el seno de las Naciones Unidas. Aun así, nada de ello hubiese sido posible sin el trabajo previo desarrollado por de las organizaciones feministas durante el periodo de entreguerras.

A) Naciones Unidas y la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 20 de febrero de 1957

97. A diferencia de lo que sucedió en la I Guerra Mundial, en las Conferencias Políticas que sucedieron al segundo gran conflicto bélico, en esta ocasión sí participaron mujeres. Su presencia fue esencial para la inclusión del art. 13 en la Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, y que entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año⁸³.

98. Aunque la Carta no contemplaba la creación de ninguna Comisión específica sobre el estatuto de las mujeres, el movimiento feminista pronto advirtió la importancia del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y su función en la promoción del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (arts. 61-71 Carta Naciones Unidas).

99. El 16 de febrero de 1946 se creó la Comisión de DDHH bajo los auspicios del ECOSOC, reuniéndose por primera vez dos días después de su creación. En dicha reunión, de 18 de febrero de 1946, se aprobó la constitución de una Subcomisión encargada de la condición jurídica de las mujeres. En su primera reunión se retomaron los trabajos de la SdN en esta materia y se advirtió la necesidad de gozar de una mayor autonomía orgánica. Fue así como el 21 de junio de 1946, el ECOSOC aprobó la creación de la *Comisión de Naciones Unidas sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer* (CSW en sus siglas en inglés) con el objetivo de adoptar todas las medidas que fueran necesarias para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres⁸⁴. Desde su primera reunión en febrero de 1947, la Comisión fue alcanzando, entre otros, los siguientes logros: 1º) Consiguió emendar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 diciembre 1948, que en su versión original solo hablaba de “hombres”⁸⁵; 2º) Elaboró una diversidad de Convenios internacionales, entre ellos: a) el Convenio internacional sobre

⁸² Vid. J. EISENBERG, “The Status of Women: A Bridge from the League of Nations to the United Nations”, *Journal of International Organisations Studies*, vol. 4, issue 2, 2013, pp. 8-24.

⁸³ Vid. M.K. BRUCE, “An Account of United Nations action to advance the Status of Women”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 375, *Women around the World*, 1968, pp. 163-175; ID., “Work of the United Nations relating to the Status of Women”, *Revue des droits de l’homme*, 1972, nos. 2-3, pp. 375-397; J. EISENBERG, “The Status of Women: A Bridge from the League of Nations to the United Nations”, *Journal of International Organisations Studies*, vol. 4, issue 2, 2013, pp. 8-24; A. MARÍN LÓPEZ, “La condición social y jurídica de la mujer en los trabajos de las Naciones Unidas”, *Anuario de estudios sociales y jurídicos*, vol. 4, 1975, pp. 7-56; ID., “La nacionalidad de la mujer casada en el Derecho español”, *REDI*, vol. 29, 1975, pp. 397-417. E. DÍEZ PERALTA, “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *REDI*, vol. LXIII, 2011-2, pp. 87-119, esp. pp. 90-95.

⁸⁴ Resolución E/RES/11 (II), de 21 junio 1946. Esta resolución otorga a la Subcomisión la categoría de Comisión. Vid. D. KENYON, “The United Nations Commission on the Status of Women” *Women Lawyers Journal* 33, 1947, pp. 37-44; ID. (1948): “Some Problems in the Nationality of Married Women” *Women Lawyers Journal* 34 (3): 3-5, 1948, pp. 30-33; H.LAVILLE, “A New Era in International Women’s Rights? American Women’s Associations and the Establishment of the UN Commission on the Status of Women” *Journal of Women’s History* 20 (4). 2008, pp. 34-56.

⁸⁵ Resolución 217 (III) Asamblea General, 10 diciembre 1948.

los Derechos políticos de las mujeres, de 31 marzo 1953⁸⁶; b) el Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 20 febrero 1957⁸⁷; c) la Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962⁸⁸.

100. Concretamente, en materia de nacionalidad, el Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 20 de febrero de 1957, vino a sustituir al Convenio de Montevideo de 1933 y al Convenio de La Haya de 1930. Este Convenio tenía su base en del art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948 (Resolución AG 217) que proclamaba que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

101. El Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada, de 20 de febrero de 1957, supuso un paso importante, pero no determinante en el reconocimiento de la nacionalidad independiente de la mujer. Dicho Convenio se limitó a impedir que la celebración de matrimonio, la disolución o el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio pudieran afectar de forma “automática” a la nacionalidad de la mujer. Aun quedaba margen a los Estados para seguir perpetuando en materia de nacionalidad la subordinación de la mujer al marido.

102. La igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, entre ellos, en materia de nacionalidad se vio reforzada con la *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, aprobada por Resolución de la AG 2263 (XXII), 7 noviembre 1967. Dicha Declaración, basándose en la Carta, en la Declaración de DDHH y en todos los Pactos de Derechos Humanos, volvió a proclamar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, recordando a los Estados la necesidad de abolir la discriminación por razón de sexo. Para ello, se establecían una serie de medidas, entre ellas: 1ª) la proclamación del principio de igualdad de derechos en las Constituciones nacionales, así como la abolición de las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas discriminatorias en contra de la mujer (art. 2 Declaración); 2ª) la garantía legal del derecho al voto, el derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas (art. 4 Declaración) y el derecho adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad en igualdad de condiciones que los hombres, sin que el matrimonio con un extranjero pueda afectar automáticamente la nacionalidad de la mujer (art. 5 Declaración); 4ª) la adopción de medidas legislativas para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el ámbito del derecho civil, en particular: a) el derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y disponer de ellos, incluyendo los adquiridos durante el matrimonio; b) la igualdad en la capacidad jurídica y su ejercicio; c) el derecho a circular libremente; y d) el derecho a la igualdad del marido y la mujer dentro del matrimonio y respecto a los hijos (art. 6 Declaración).

103. La *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, aprobada por Resolución de la AG 2263 (XXII), 7 noviembre 1967 sirvió de base a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 18 diciembre 1979, y que entró en vigor internacional el 3 de septiembre de 1981⁸⁹. La CEDAW fue y sigue siendo, el primer y más importante tratado sobre los DDHH de las mujeres⁹⁰. A partir de ese momento,

⁸⁶ Resolución 640 (VII), Asamblea General, 20 diciembre 1952. Abierto a la firma y ratificación el 31 de marzo de 1953. Entró en vigor el 7 julio 1954. *Vid.* United Nations, *Treaty Series*, vol. 193, p. 135.

⁸⁷ Resolución 1040 (XI), Asamblea General de 29 enero 1957. Abierto a la firma y ratificación el 20 de febrero de 1957. Entró en vigor el 11 agosto 1958. *Vid.* United Nations, *Treaty Series*, vol. 309, p. 65.

⁸⁸ Resolución 1763 (XVII), Asamblea General, de 7 noviembre 1962. Abierto a la firma y ratificación el 10 de diciembre de 1962. Entró en vigor: el 23 diciembre 1964. *Vid.* United Nations, *Treaty Series*, vol. 521, p. 231. *Vid.* BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969.

⁸⁹ BOE núm. 69, 21 marzo 1984.

⁹⁰ Aunque la misma ONU no lo consideró como un Tratado de DDHH propiamente dicho, después de 1993 pasó a formar parte de los ocho Tratados principales del sistema de DDHH de la organización. *Vid.* A. S. FRASER, “The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (The Women’s Convention),” in A. WINSLOW (ED.): *Women, Politics, and the Unit-*

todos los Estados que aún no habían adaptado sus legislaciones al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo tuvieron que hacerlo.

B) El IDI y el ocaso de la nacionalidad del marido como punto de conexión

104. Una vez que el IDI en la sesión de Oslo (1932) asumió la nueva realidad en torno a la nacionalidad de la mujer casada comenzó a plantearse las posibles repercusiones del principio de igualdad de sexos en las cuestiones de DIPr. Y ya, en la reunión de Bruselas (1948) en materia de divorcio y de separación se plantea en sede de competencia judicial internacional y derecho aplicable soluciones distintas a la nacionalidad del marido⁹¹.

105. En 1950, en la Sesión de Bath, el IDI constituyó una comisión, la 15ª, para estudiar “Las consecuencias de la diferencia de nacionalidad de los esposos sobre los efectos del matrimonio y las condiciones del divorcio”⁹².

106. En las discusiones mantenidas en el IDI sobre este particular en las dos sesiones posteriores (Siena-1952 y Aix-en Provence-1954) hubo opiniones enfrentadas. Juristas como Batiffol Arminjon, Meijers Offerhaus seguían aferrados a la aplicación de la ley nacional del marido, jefe natural de la familia, especialmente en relación con los efectos personales del matrimonio. Otros, como Lewald, propusieron como criterio general la ley del primer domicilio conyugal. No faltó quien, como Kuhn, propuso para el régimen económico matrimonial, la autonomía de la voluntad, y en su defecto, la ley del primer domicilio conyugal⁹³.

107. A pesar de las resistencias de cierto sector de la doctrina iusinternacionalprivatista, estaba claro que el IDI no podía ignorar las leyes y convenios internacionales modernos que en una gran parte de países establecieron para la mujer una nacionalidad diferente a la del marido, tratándose de buscar una igualdad entre los dos sexos. En tanto que la ley nacional del marido resultaba difícilmente aceptable al menos en aquellos países que se habían decantado por la igualdad, la idea del IDI era establecer, en caso de diferentes nacionalidades de los esposos, una nacionalidad propia al hogar, que vendría dada por la ley de la residencia habitual común de los esposos⁹⁴.

108. En la reunión celebrada por el IDI en Granada, los días 12 y 13 de abril de 1956 se aprobó finalmente la Resolución en la que se rechazaba el principio tradicional, -ley nacional del marido y de la última ley nacional común-, y tras un arduo debate, el IDI se adhirió a las ideas modernas, aceptando la nueva regla de la residencia habitual común de los esposos. El DIPr sucumbía por fin al principio de igualdad entre mujeres y hombres⁹⁵.

ed Nations, Greenwood Press. Westport, CT, 1995; ID., “Becoming Human: The Origins and Development of Women’s Human rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 21, nº 4, 1999, pp. 853-906.

⁹¹ Vid. Texto de la Resolución IDI, Sesión de Bruselas, 1948 en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1948_bru_x_01_fr.pdf

⁹² Vid. *Annuaire IDI*, Tomo 43, 1950, II, p. 534. Disponible en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-43B_OCR-min.pdf

⁹³ Vid. Trabajos preparatorios Sesión de Siena https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-44B_OCR-min.pdf; Sesión de Aix-en Provence (1954) <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-45A-OCR.pdf>

⁹⁴ Vid. H. VALLADÃO, “Conséquences...”, pp. 158-165.

⁹⁵ En dicha Resolución, el IDI en la Sesión de Granada, el 13 de abril de 1956, recomendó la adopción de las siguientes reglas de DIPr: “Para los efectos del matrimonio sobre las relaciones de derecho de familia de orden personal entre los esposos de nacionalidades diferentes, se aplicará: a) la ley de la residencia habitual común de los esposos; b) en ausencia de residencia habitual común de ellos esposos, la ley de su última residencia habitual, o, en caso de que nunca hayan tenido residencia habitual común, la ley del lugar de celebración” (art. 1). Para los efectos del matrimonio sobre las relaciones de derechos de familia de orden patrimonial entre los esposos de diferente nacionalidad, sea aplicará la ley del primer domicilio conyugal, o, en su defecto, la ley del lugar de celebración del matrimonio” (art. 2) Disponible en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1956_grena_04_fr.pdf

IV. El insólito caso del DIPr español

109. Dejando a un lado la Constitución de 1931 (II República)⁹⁶, el CC español de 1889, inspirándose en el Código francés de 1804, contemplaba la pérdida de la nacionalidad de la mujer por matrimonio y la incapacidad legal por razón de sexo⁹⁷.

110. Pero, mientras que en el resto de los países del mundo se avanzaba en el reconocimiento de derechos de las mujeres, incluido el derecho a la nacionalidad independiente del marido, en España se reafirmaba a través de la Ley 15 de julio de 1954⁹⁸, por la que se dio nueva redacción a las normas del CC sobre nacionalidad, “el principio de unidad de la familia, como el más identificado con la tradición y los sentimientos de la Nación española y con el conjunto de nuestro sistema jurídico”. Se perpetuaba así una dependencia casi absoluta de la nacionalidad de la mujer con respecto a la nacionalidad del marido. Y, si bien es cierto que la Ley de 24 de abril de 1958⁹⁹, de reforma del CC, suprimió determinadas incapacidades para las mujeres por el simple hecho de serlo, y que la Ley de 22 de julio de 1961¹⁰⁰ supuso un reconocimiento de derechos políticos, profesionales y laborales para las mujeres españolas, no lo es menos que el régimen de la institución matrimonial seguía regido por el principio fundamental de unidad de la familia y la potestad marital.

111. A efectos de DIPr esta situación se traducía en el imperio de la ley nacional del marido para regir los asuntos familiares, ya fueran los efectos del matrimonio, incluidas las limitaciones a la capacidad de la mujer casada, ya fueran la filiación y las relaciones paternofiliales. Antes de la reforma del Título preliminar del CC en 1974, no existía una norma de conflicto en este sentido, viniendo a ser colmada esta laguna por la jurisprudencia. Para ello, el Tribunal Supremo se inspiró en el alcance del art. 9 CC (estatuto personal, que incluía los derechos y deberes de familia) y en la concepción jerárquica de la familia española sustentada sobre el principio de unidad de nacionalidad y la imposición de la ley nacional del marido.

⁹⁶ El principio de igualdad de sexos, reconocido a nivel internacional en la normativa de Derechos Humanos, eliminando en el plano del Derecho privado toda incapacidad de la mujer y regulando la institución matrimonial, fue recogido por la Constitución española de 9 de diciembre de 1931. El texto constitucional prohibía que el sexo pudiera ser fundamento de privilegio jurídico (art. 25) y afirmaba que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos (art. 43). Por otro lado, el art. 23 disponía que la extranjera que contrajera matrimonio con español “conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción regulada por las leyes de acuerdo con los Tratados internacionales”.

⁹⁷ El art. 22 CC español (1889), establecía que: “la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido. La española que casare con extranjero podrá, disuelto el matrimonio, recobrar la nacionalidad española, (...)”.

Con anterioridad al CC (1889), el RD 25 noviembre 1852, sobre extranjería (Gaceta de Madrid, núm. 6730, disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1852/6730/A00001-00003.pdf>.) contempló por primera vez la pérdida de la nacionalidad española de la mujer que casaba con extranjero. (art. 1. 5) y estableció que las mujeres españolas casadas con extranjeros no transmitían la nacionalidad española a sus hijos, que eran considerados extranjeros (art. 1. 2). El RD de 1952 fue la primera norma reguladora de la extranjería en España. Hasta el Código civil de 1889, la nacionalidad gozó de tratamiento constitucional. Dejando a un lado la Constitución de Cádiz (1812) que ya regulaba en su artículo 5 la condición de español, las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876, compartieron el artículo 1. Dicha disposición disponía que “Son españoles: 1. Todas las personas nacidas en los dominios de España. 2. Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España. 3. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. 4. Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía”. Y añadía: “La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero y por admitir empleo de otro Gobierno sin licencia del Rey”. El texto constitucional de 1845 añadió, otro apartado que, con alguna alteración en la Constitución de 1869, se mantuvo en el texto de 1876: “Una ley determinará los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan ganado vecindad”. Y, el legislador, cumpliendo el mandato constitucional, elaboró el Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852. *Vid.* A. MUÑOZ CASTILLO/G. COBO DEL ROSAL PÉREZ, “La condición de nacional y extranjero en el constitucionalismo decimonónico español”, en F. J. GARCÍA CASTAÑO/N. KRESSOVA (COORDS.) *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 2083-2090.

⁹⁸ BOE núm. 197 de 16 de julio de 1954.

⁹⁹ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958.

¹⁰⁰ Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, BOE núm. 175, de 24 de julio de 1961.

112. La Ley 14/1975 de 2 de mayo de 1975¹⁰¹ supuso un importante avance en el reconocimiento de derechos de las mujeres, suprimiendo la licencia marital y la pérdida de la nacionalidad por matrimonio, entre otras cuestiones. Un año antes, se llevó a cabo una importante reforma del Título Preliminar del CC que introdujo en nuestro sistema nuevas normas de conflicto¹⁰², que vinieron a colmar una laguna legal. Pero, pese a ser un progreso, no se llega a entender cómo nuestro legislador se decantó por la nacionalidad del marido/padre como punto de conexión de las normas de conflicto relativas a las relaciones familiares (art. 9.2, art. 9. 3 y art. 9. 4 CC), corriendo ya en España aires de democracia y de profundos cambios en la institución familiar. A pesar de que dichas normas devinieron inconstitucionales con la entrada en vigor de la Constitución española de 29 de diciembre de 1978, hubo que esperar hasta las reformas introducidas por la Ley 21/1987 de 11 de noviembre y la Ley 11/1990, de 15 octubre para que fueran expresamente derogadas y sustituidas por normas de conflicto acordes al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE, art. 32 y art. 39 CE)¹⁰³.

V. Conclusiones

113. El sexo de la persona física ha evolucionado a lo largo de la historia, condicionado siempre por el contexto social, moral, religioso, político y, sobre todo, por los avances en biología y en medicina. De un sistema de sexto único en el que la mujer era considerada una imperfección del varón se pasó, en el siglo XVIII, a un sistema binario en el que a cada sexo se le asignó un género. En ambos casos, la condición jurídica de la mujer siempre fue la misma. La situación de inferioridad y de subordinación al hombre quedó reflejada en el Derecho durante siglos.

114. El DIPr, desde sus orígenes como ciencia jurídica (siglo XIII) hasta mediados del siglo XIX, actuó como caja de resonancia de las leyes nacionales que regulaban la condición jurídica de la mujer. El sexo de la persona afectaba indudablemente a la capacidad legal. Pero, una vez clasificados los estatutos por la doctrina estatutaria en personales, reales y formales, el principal problema se centró en los efectos del matrimonio, concretamente en el régimen económico matrimonial. Dadas las importantes diferencias que presentaban las distintas normas y usos locales sobre este particular, se hacía necesario determinar cuándo resultaba aplicable la ley de cada ciudad. Las soluciones propuestas por la doctrina estatutaria, especialmente respecto al régimen económico convencional fueron muy diversas, desde la aplicación de la ley del domicilio del marido o la ley del domicilio conyugal hasta la autonomía de la voluntad.

115. El proceso de codificación nacional iniciado con el CC francés de 1804, fruto de las revoluciones liberales, no supuso un cambio en la condición jurídica de la mujer. Mas bien todo lo contrario. Reconocidos ya por la ciencia y por la medicina dos sexos diferenciados, pronto se le asignaron a cada uno de ellos unos roles distintos. La mujer debía ser esposa y madre y quedar confinada en el ámbito doméstico.

116. El DIPr de base legal, que fue conformándose a lo largo de todo el siglo XIX gracias a las aportaciones doctrinales de autores como Savigny y Mancini, contribuyó con las soluciones técnico-jurídicas para resolver los conflictos de leyes en la situación de subordinación y dependencia de la mujer al marido. Con la teoría de la personalidad de las leyes de Mancini, el principio de unidad familiar, la pérdida de la nacionalidad de la mujer casada y el triunfo de la ley nacional del marido para regir todos los asuntos de familia, el DIPr dejó de ser un mero espectador del derecho interno para convertirse en un agente activo de la discriminación por razón de sexo.

¹⁰¹ BOE núm. 107 de 5 de mayo 1975.

¹⁰² Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, BOE núm 163, de 9 de julio de 1974.

¹⁰³ Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "Matrimonio, Igualdad conyugal y Derecho Internacional Privado", *Anales de La Facultad de Derecho*, 18 noviembre 2001, pp. 33-51; A. BORRÁS, "No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1991 pp. 233-249.

117. Las reivindicaciones del movimiento feminista iniciadas a finales del siglo XIX para conseguir la igualdad jurídica entre mujeres y hombres y que se prolongaron a escala internacional hasta mediados de siglo XX encontraron en los “complejos” conflictos de leyes derivados del matrimonio y, por qué no decirlo, en la doctrina, un importante obstáculo.

118. La incorporación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo a las normas de conflicto supuso un punto de inflexión para el DIPr. Por un lado, contribuyó a consolidar la concepción privatista de la disciplina. Por otro, vino a demostrar que la norma de conflicto podía perseguir objetivos materiales -en este caso, el reconocimiento de derechos fundamentales- más allá de los objetivos exclusivamente localizadores.

119. El Derecho como la vida misma evoluciona y cambia...Queda por ver cuál será la respuesta normativa y metodológica del DIPr ante un sistema no binario, basado en la persona y en su derecho a ser quien quiera ser. j

Ámbito y condiciones de aplicación en la práctica del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003

The international jurisdiction rule contained in article 10 of the Council Regulation (EC) 2201/2003: Scope and conditions of its application

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesora Titular de Derecho internacional privado
UNED

ORCID ID: 0000-0002-0748-6598

Recibido: 01.07.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8951

Resumen: La interpretación del foro de competencia judicial internacional contenido en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003 es el objeto central de este estudio. El artículo 10 permite, de un lado, mantener la competencia judicial internacional de las autoridades de la residencia del menor anterior a su traslado, posibilitando, de otro lado, la transferencia de la misma hacia las autoridades donde el menor ha sido desplazado o retenido cuando se cumplan las condiciones previstas en el citado precepto. Su aplicación por las autoridades judiciales es controvertida por lo que en este trabajo vamos a profundizar tanto en la concreción del ámbito espacial de aplicación del precepto, como las condiciones o requisitos para su funcionamiento. Este análisis, a través de la jurisprudencia del TJUE, permitirá aclarar su correcta aplicación en la práctica.

Palabras clave: Reglamento Bruselas II bis/foro de competencia en supuestos de sustracción internacional/ámbito de aplicación/condiciones de aplicación del artículo 10.

Abstract: The interpretation of article 10 of the Brussels II bis Regulation is the purpose of this paper. Article 10 allows, on the one hand, to maintain the jurisdiction of the authorities of the habitual residence before the wrongful removal or retention of the child and, on the other hand, permits to transfer the jurisdiction to the authorities of the State where the child has been removed when its conditions have been satisfied. The interpretation of article 10 is controversial. This paper deals with its territorial scope, the requirements and conditions for its application through the interpretation of the European Court of Justice case law.

Keywords: Brussels II bis Regulation/ international jurisdiction in international abduction cases/ territorial scope/requirements for the application of article 10.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos e importancia de la cuestión prejudicial planteada. III. Elementos a debate en torno a la aplicación del artículo 10 del Reglamento 2201/2003. 1. Ámbito

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2020 -114611RB-I00, «Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)» concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

de aplicación espacial de la regla de competencia judicial internacional contenida en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003. 2. ¿Aplicación condicionada de la norma de competencia judicial internacional a las reglas de cooperación previstas en el artículo 11 del Reglamento 2201/2003? IV. Continuidad de la competencia judicial de las autoridades de la residencia habitual del menor anterior al traslado: análisis de las condiciones requeridas. 1. Concepto de “demanda de restitución” en el ámbito de la norma de competencia judicial del artículo 10 del Reglamento 2201/2003. 2. Una demanda de restitución y una demanda relativa al derecho de custodia no son peticiones intercambiables. 3. La importancia del tiempo. 4. A vueltas con el ámbito de aplicación de los apartados 6 y 8 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El *Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000*¹ (en adelante Reglamento 2201/2003) sigue planteando dudas en su aplicación práctica a los jueces nacionales. Su operatividad continua de plena actualidad, a pesar de que el *Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*² (en adelante Reglamento 2019/1111) lleva siendo aplicable desde hace ya dos años³.

2. En el proceso de refundición del Reglamento 2201/2003 la materia de la sustracción internacional de menores fue uno de los temas que mayores modificaciones tuvieron en la reforma⁴, dedicando el Capítulo III de forma íntegra a la reglamentación del desplazamiento o retención de menores entre

¹ DOUE núm., 338, de 23 de diciembre de 2003.

² DOUE núm., 178, de 2 de julio de 2019.

³ El artículo 100 del Reglamento 2019/1111 establece: “El presente Reglamento solo será aplicable a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha”.

⁴ En relación al Reglamento 2019/1111 pueden verse, además de los que se citan a lo largo del estudio, entre otros los siguientes trabajos de la doctrina española y extranjera: G. BIAGIONI, “Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 102, Nº4 (2019), pp. 1169-1178; L. CARPANETO, “Impact of the best interest of the child on the Brussels II Ter Regulation”, *Fundamental Rights and Best interest of the child in transnational families*, 2020, pp. 265-286; F., CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant Lo Blanch, 2021; T. CORNELOUP, S., KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagnés du ter(rain)”, *Rev. Crit. DIP*, 2020/ Nº 2, pp. 215-245; M., GONZÁLEZ MARIMÓN, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, 2021; M., HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *REDI*, Vol 73/2, pp. 229-260; B., JURIK, “Règlement Bruxelles II ter: le changement, ce n’est pas pour maintenant”, *Journal d’actualité des droits européens*, Nº20/2019; B., MUSSEVA, “The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet sour fruits of unanimity”, *ERA Forum* 21, 129-142, (2020); E., RODRÍGUEZ PINEAU, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La Ley Derecho de Familia*, Nº26, 2020; C., NOURISSAT, “Retour sur le règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 dit règlement « Bruxelles II bis refondu » ou règlement « Bruxelles II ter », *Procédures*, nº1, janvier, (alerte 1), (2020). Se han publicado los siguientes comentarios: *Brussels II-ter Cross-border Marriage Dissolution, Parental Responsibility Disputes and Child Abduction in the EU* (N. LOWE, C. HONORATI AND M. HELLENER), Intersentia, 2024; *Jurisdiction, recognition and enforcement in matrimonial and parental responsibility matters. A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels II b)*, Elgar Commentaries in Private International Law, 2023; *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*, (dir. E. CASTELLANOS RUIZ) Tirant Lo Blanch, 2023; *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores* (dir. G. PALAO), Tirant Lo Blanch, 2022; *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, (dir. B. CAMPUZANO DIAZ), Ed. Aranzdi, 2022; F.J., FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepín, 2020.

Estados miembros⁵. Ahora bien, el precepto sobre el que va tratar este estudio, la competencia judicial internacional en caso de retención o traslado ilícito, se mantuvo en el nuevo texto dentro de la parte relativa a la competencia judicial internacional, es decir en la Sección 2 del Capítulo II.

3. Así, la norma que regula la competencia en caso de traslado o retención ilícito de un menor, es decir, el artículo 10 del Reglamento 2201/2003 ha sido prácticamente replicada⁶, en el artículo 9 del Reglamento 2019/1111⁷ con alguna modificación. Por tanto, la jurisprudencia del TJUE en torno a este precepto, en aquello que coincida en ambos textos, seguirá siendo aplicable a los futuros supuestos que surjan con ocasión de la aplicación de la nueva norma.

En definitiva, la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo realiza sobre el ámbito de aplicación, la calificación de los términos que incluye, así como de las condiciones o requisitos que establece el artículo 10 del Reglamento 2201/2003 para el mantenimiento o transferencia de la competencia siguen de plena actualidad, lo que conlleva que su conocimiento sea imprescindible para los operadores jurídicos de los distintos Estados miembros.

⁵ Los supuestos de sustracción internacional de menores siguen de plena actualidad. Muestra de ello son los datos del trabajo estadístico realizado para la 8ª Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante Convenio de La Haya de 1980) se reportaron 2180 de solicitudes de retorno de menores, desde enero del 2021. Datos que han sido transmitidos por las Autoridades centrales de 71 Estados parte del Convenio de La Haya de 1980; por tanto, no están incluidos en las estadísticas los supuestos en los que no se haya recurrido a la autoridad central y faltan Estados parte por reportar dado que hasta el momento son ciento tres los Estados contratantes. *Vid.*, N., LOWE, / V., STEPHENS, : *Global Report – Statistical study of applications made in 2021 under the 1980 Child Abduction Convention*, Prel. Doc. No 19A of September 2023. Un trabajo clásico sobre sustracción *vid.*, A. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., “Sustracción internacional de menores una visión general”, *El discurso civilizador en Derecho internacional: cinco estudios y tres comentarios*, Institución Fernando el Católico, CSIC, 2011, pp. 115-155.

⁶ El artículo 10 del Reglamento 2201/2003 establece la Competencia en caso de sustracción de menores: En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i), iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

⁷ El artículo 9 establece: “Sin perjuicio del artículo 10, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes: i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor, ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo fijado en el inciso i), iii) que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y que la resolución ya no sea susceptible de recurso ordinario; iv) que no se haya acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos; v) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre los derechos de custodia que no implique la restitución del menor”.

II. Hechos e importancia de la cuestión prejudicial planteada

4. Conforme a lo que hemos indicado en el epígrafe anterior queda clara la importancia del pronunciamiento del TJUE que vamos a analizar, pero antes de entrar en su examen es necesario situar los datos que dieron lugar al supuesto en cuestión.

5. Los hechos de los que trae causa la STJUE de 20 de junio del 2024 (en adelante asunto *Greislzel*)⁸ son un ejemplo del complejo laberinto judicial que se crea alrededor de los casos de sustracción internacional de menores. Supuestos en los que es habitual que distintos procesos judiciales se crucen constantemente ante los tribunales de diferentes Estados. Lo anterior conlleva generalmente, y en este caso de forma particular, la dilatación en el tiempo de toda la situación; en el asunto *Greislzel* hay que recordar que la menor fue trasladada a Polonia sin haber cumplido los tres años (2016) y desde entonces lleva residiendo allí.

De forma breve, pero con el fin de situar al lector en los datos del asunto, se trataba de una pareja compuesta por una nacional polaca y un nacional alemán que en noviembre de 2014 tienen un hija en Suiza, con doble nacionalidad (alemana y polaca). Dos meses después del nacimiento de la niña, la madre y la menor se trasladan a Alemania, donde residen hasta abril de 2016 momento en el que ambas se marchan a Polonia.

La progenitora obtiene permiso de residencia temporal en Suiza, debido a la petición del padre de un proceso de reagrupación familiar. Finalmente permanece en Polonia donde comienza a trabajar. En Polonia el padre visita a la menor, hasta que en 2017 la madre se niega a que prosigan estas visitas e inscribe a la menor en un colegio, en ese momento comunica al progenitor su intención de quedarse definitivamente en Polonia.

El 7 de julio de 2017 el progenitor solicita la restitución de la menor conforme al *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (en adelante Convenio de La Haya de 1980) a través de una petición de retorno cursada por las autoridades centrales suizas, Estado donde el padre tiene su residencia habitual.

Tramitada la solicitud a Polonia, Estado donde se encuentra la menor, las autoridades polacas deniegan su devolución basándose: por un lado, en que el traslado a Polonia se había producido con el consentimiento del progenitor; por otro lado, la concurrencia de la excepción al retorno contenida en el artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980, dado que el progenitor admitió que había ejercido violencia sobre la madre en una ocasión. Este pronunciamiento se recurre por el progenitor y finalmente se confirma por la autoridad judicial polaca en segunda instancia.

Meses más tarde, en septiembre de 2017, la madre insta un proceso de divorcio ante las autoridades polacas quienes otorgan la custodia provisional de la menor a la madre, ordenan un derecho de alimentos a pagar por el progenitor y reglamentan el ejercicio del derecho visita de a favor del padre quien lo ejerce en territorio polaco.

El progenitor vuelve a presentar una solicitud de devolución de la menor, pero en esta ocasión empleando la vía de la autoridad central alemana, aunque finalmente desiste de este proceso. Sin embargo, un mes más tarde (el 12 de julio 2018) inicia, ante las autoridades alemanas, un procedimiento en el que solicita el derecho de custodia en exclusiva que conlleva determinar el lugar de residencia de la niña, así como su devolución a territorio suizo, Estado donde seguía residiendo.

El Tribunal alemán desestima la demanda. El progenitor recurre al entender que las autoridades alemanas son competentes para conocer de sus peticiones conforme a los artículos 11 apartados 6 y 7 en relación con el artículo 10 del Reglamento 2201/2003.

6. En este contexto el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno, aceptando la petición del progenitor, decide remitir cuestión prejudicial al TJUE:

⁸ Asunto C-35/23 *Greislzel*, ECLI:EU:C:2024:532.

«¿En qué medida se limita el mecanismo regulador contemplado en los artículos 10 y 11 del Reglamento [n.º 2201/2003] a los procedimientos desarrollados en el ámbito de las relaciones entre Estados miembros de la Unión Europea?

En particular:

1. ¿Es aplicable el artículo 10 del Reglamento [n.º 2201/2003], con la consecuencia de que sigan siendo competentes los órganos jurisdiccionales del anterior Estado de residencia, si el menor tenía su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión (Alemania) antes de su traslado y se tramitó el procedimiento de restitución, de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 [...], entre un Estado miembro de la Unión (Polonia) y un Estado tercero (Suiza), pero en dicho procedimiento se denegó la restitución del menor?

En caso de respuesta afirmativa a la cuestión 1:

2. ¿Qué requisitos deben aplicarse, en el marco del artículo 10, letra b), inciso i), del Reglamento [n.º 2201/2003], cuando se quiere acreditar que siguen siendo competentes [los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenía su residencia habitual el menor]?

3. ¿Es aplicable el artículo 11, apartados 6 a 8, del Reglamento [n.º 2201/2003] en caso de haberse instruido un procedimiento de restitución de conformidad con el Convenio de La Haya en el ámbito de las relaciones entre un Estado tercero y un Estado miembro de la Unión (que es el Estado de acogida), en la medida en que el menor hubiera tenido su residencia habitual en otro Estado miembro de la Unión antes de su traslado?»

7. Antes de abordar el estudio de la decisión del TJUE en el asunto *Greislzel* es conveniente dejar constancia de alguna cuestión que nos ha suscitado dudas; en concreto, el motivo por el que no se opta en este caso por la tramitación a través del Procedimiento Prejudicial de Urgencia (en adelante PPU). Esta vía ha sido ampliamente utilizada en los casos en los que se ha producido una sustracción internacional de un menor, acortando en la práctica los plazos de resolución de las cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE⁹.

El recurso al PPU es posible cuando el objeto de la controversia es una materia que forma parte del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹⁰. Ahora bien, para la aplicación de esta forma de tramitación no solo se requiere que la materia esté incluida en el ámbito del referido Espacio, este elemento es un requisito mínimo pero no suficiente para ello. En efecto, a este requisito, que puede calificarse como objetivo, se han de sumar determinadas condiciones subjetivas que han de cumplirse para que el TJUE admita la tramitación del asunto a través del PPU.

Así, en el escrito que envía el tribunal nacional remitente solicitando la tramitación de la cuestión prejudicial a través del PPU tiene que acreditar el cumplimiento de las cuestiones que de hecho y de Derecho demuestran la urgencia en la resolución del asunto y justifican el recurso a esta forma excepcional de tramitación. Además, el tribunal remitente tiene que explicar los riesgos que conlleva la no tramitación del asunto por el PPU¹¹ y, a su vez, proponer una solución al asunto sobre el que pregunta.

Pues bien, a través del estudio de los supuestos en los que la cuestión prejudicial se ha tramitado a través del PPU¹² podemos exponer varios elementos que son trasladables al asunto *Greislzel* y que hubieran llevado a la aplicación de este procedimiento a este asunto concreto. Sin embargo, estos ele-

⁹ Un estudio en profundidad sobre este proceso *vid.*, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Aproximación al Procedimiento Prejudicial de Urgencia a través de la protección internacional de menores”, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Ed. Colex 2019, pp. 171-189. L. CLÉMENT-WILZ., “La procédure préjudicielle d’urgence, nouveau théâtre du procès européen”, *Cahiers du droit européen*, 2012/1

¹⁰ Título V del TFUE (arts. 67-89): políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración; cooperación judicial en materia civil; cooperación judicial en materia penal; cooperación policial.

¹¹ El primer requisito está incluido en el artículo 107.1 del *Reglamento de Procedimiento del TJUE*, y el segundo en las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (2016/C 429/01) DO C 439/1 de 25.11.2016

¹² Entre otras, STJUE de 11 de julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:406, asunto C195/08 PPU *Inga-Rinau*; STJUE de 1 de julio de 2010 ECLI:EU:C:2010:400, asunto C-211/10 PPU *Povse*; STJUE de 22 de diciembre de 2010 ECLI:EU:C:2010:829, asunto C-497/10 PPU *Mercredi*; STJUE de 5 de octubre de 2010, ECLI:EU:C:2010:582 asunto C-400/10 PPU *McB*. STJUE de 9 de octubre de 2014 ECLI:EU:C:2014:2268, C-376/14 PPU *C y M*. STJUE de 9 de enero 2015 ECLI:EU:C:2015:3, asunto C-498/14 PPU *Bradbrooke*.

mentos no se han tenido en cuenta ni por el tribunal remitente ni por el Presidente del TJUE, que podría haber optado de oficio por esta vía de tramitación¹³.

De un lado, existen elementos de Derecho que justifican la tramitación del asunto a través de PPU; así, por ejemplo, como ha sucedido en otras decisiones, el TJUE ha admitido como elemento de Derecho la obligación de resolver rápidamente estos supuestos tal y como se dispone de forma general resultando aplicable al asunto en el considerando decimoséptimo del Reglamento 2201/2003.

De otro lado, junto a lo anterior, los elementos de hecho que concurren también en este supuesto, y que han sido repetidos para justificar la aplicación del PPU, se basan principalmente en el deterioro innegable de la relación entre la menor y el progenitor con el que no convive por la prolongación de los plazos en resolver¹⁴. No hay que olvidar que, conforme a los hechos descritos en este asunto, hay momentos en los que la progenitora no permite que el padre visitara a la menor, aunque parece que posteriormente sí ejerce ese derecho en Polonia.

Entendemos que el asunto *Greislzel* reunía las condiciones para haber aplicado el PPU acortando plazos en una situación que, como ya hemos indicado, se había alargado muchísimo en los procesos ante los órganos nacionales. Finalmente la tramitación se hace por el procedimiento ordinario y el TJUE tarda dieciocho meses en pronunciarse: la cuestión prejudicial se presentó por el tribunal alemán el 25 de enero del 2023¹⁵ y se resolvió por el TJUE el 20 de julio del 2024.

A continuación pasamos a tratar los distintos aspectos que se plantean en las cuestiones prejudiciales sobre las que se pronuncia el TJUE.

III. Elementos a debate en torno a la aplicación del artículo 10 del Reglamento 2201/2003

8. Las autoridades alemanas, como órganos remitentes, tienen dudas sobre el mantenimiento de su competencia judicial internacional como autoridades de la residencia habitual de la menor anterior a su desplazamiento conforme al artículo 10 del Reglamento 2201/2003, y ello porque las previsiones del artículo 11¹⁶, relativas al procedimiento de restitución del menor entre Estados miembros, no se han cumplido.

9. Para despejar estas dudas y profundizar en el estudio de la decisión del TJUE proyectamos el tratamiento de la cuestión desde dos ángulos:

¹³ Ambas posibilidades están contempladas en el artículo 107 del *Reglamento de Procedimiento del TJUE*. En el asunto C-491/10 *Aguirre Zarraga c Simone Pelz*, STJUE de 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:828, fue la primera vez que la tramitación por PPU se adoptaba de oficio por el Presidente del TJUE.

¹⁴ Véase, por ejemplo, la STJUE de 24 de marzo del 2021 asunto C-603/20, PPU, *SS y MCP*, ECLI: EU:C:2021:231. El apartado 33 recoge lo siguiente en relación al PPU y que es trasladable al asunto *Greislzel*: “En cuanto al criterio relativo a la urgencia, dado que la menor vive desde octubre de 2018 de manera permanente en la India, a excepción de una breve estancia en el Reino Unido, existe el riesgo de que la prolongación de esta situación perjudique gravemente, e incluso de manera irremediable, a la relación entre la menor y su padre, o quizás también entre aquella y sus dos progenitores. Esta situación puede provocar un daño irreparable a su desarrollo emocional y psicológico en general, habida cuenta, en particular, del hecho de que la menor está en una edad sensible para su desarrollo”.

¹⁵ DO C112/27 del 27 de marzo del 2023.

¹⁶ Artículo 11 relativo a la Restitución del menor establece: 6. En caso de que un órgano jurisdiccional haya dictado un resolución de no restitución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente o bien por conducto de su autoridad central, copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, en particular el acta de la vista, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. El órgano jurisdiccional deberá recibir todos los documentos mencionados en el plazo de un mes a partir de la fecha de la resolución de no restitución. 7. Salvo que alguna de las partes haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información mencionada en el apartado 6 deberá notificarla a las partes e invitarlas a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación, a fin de que el órgano jurisdiccional examine la cuestión de la custodia del menor. Sin perjuicio de las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, en caso de que el órgano jurisdiccional no recibiera reclamación alguna en el plazo previsto, declarará archivado el asunto.

En primer lugar, en torno al ámbito de aplicación espacial del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 como norma de competencia judicial internacional de carácter especial [(*vid.*, *infra* epígrafe 1)].

En segundo lugar, sobre el análisis de si efectivamente la aplicación del artículo 10 está condicionada al cumplimiento de las previsiones del artículo 11 en sus apartados 6 y 7 del Reglamento 2201/2003 [(*vid.*, *infra* epígrafe 2)].

1. Ámbito de aplicación espacial de la regla de competencia judicial internacional contenida en el artículo 10 del Reglamento 2201/2003

10. El artículo 10 es una auténtica regla de competencia judicial internacional que, de un lado, confirma el mantenimiento de la misma por parte de las autoridades de la residencia habitual del menor antes del traslado y, de otro lado, incluye la posibilidad de su transferencia hacia las autoridades del Estado donde el menor ha sido sustraído, condicionado este cambio al cumplimiento de las condiciones previstas en los distintos apartados del precepto. Por tanto, se trata de una norma que distribuye la competencia judicial en estos casos, pero no determina, como de forma acertada indica algún autor, la residencia habitual del menor¹⁷.

En efecto, si recordamos la exégesis del precepto, y como ha reiterado el TJUE, el artículo 10 es el resultado de un delicado equilibrio entre, de un lado, la necesidad de evitar que el sustractor encuentre un beneficio en un acto ilícito y, de otro, la conveniencia de permitir finalmente que las autoridades más próximas al menor resuelvan las acciones relativas a la responsabilidad parental¹⁸.

11. Ahora bien, ¿cuándo resulta aplicable la previsión del artículo 10? Para responder la cuestión hay que tener en cuenta: en primer lugar, el carácter especial que tiene esta norma de competencia judicial internacional y, por tanto, su aplicación necesariamente de forma estricta, característica que ha sido reiterada por el TJUE¹⁹; y, en segundo lugar, teniendo presente lo anterior, aclarar el ámbito de aplicación espacial del citado precepto, extremo sobre el que ya se ha pronunciado en decisiones anteriores el TJUE, como veremos más adelante.

12. En torno al primer aspecto, y confirmando el carácter especial que tiene el artículo 10 del Reglamento 2201/2003, su operatividad, sin embargo, no puede negarse, como sostiene el Gobierno polaco²⁰, porque un tribunal que haya conocido de una demanda de restitución de una menor decida que no ha lugar a la devolución.

En efecto, el Reglamento 2201/2003 sostiene la idea de que a pesar de que se haya dictado una decisión denegando la devolución con arreglo al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 una autoridad competente conforme al mismo -aquí es donde opera la previsión del artículo 10- podrá dictar una resolución posterior que conlleve la restitución del menor²¹.

¹⁷ Como expresa T. KRUGUER en su comentario en relación a esta norma de competencia: “Art. 9 does not determinate that’s the child habitual residence cannot be changed by an abduction, although it is sometimes read in this way. Art. 9 on the contrary, acknowledges that the habitual residence can change, but it provides that jurisdiction remains nevertheless”, “Article 9. Jurisdiction in cases of the wrongful removal or retention of a child”, *Jurisdiction, recognition and enforcement...*, *op. cit.*, p. 110. Sobre el alcance distributivo de esta regla P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracciones internacional de menores*, Marcial Pons, 2008, pp. 152 y ss. Sobre el artículo 10 *vid.*, D. CARRIZO AGUADO, “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, v. 12, 2020, pp. 267-782.

¹⁸ En este sentido véase Asunto C603/20 PPU, EU:C:2021:231, apartado 59.

¹⁹ *Ibid.*, apartado 47 y jurisprudencia citada.

²⁰ En contra del argumento empleado por el Gobierno polaco, véase la STJUE en el asunto *Greislzel*. apartado 44.

²¹ Se trata del denominado mecanismo de última palabra que permite en estos supuestos, y con las condiciones que establece el texto, comenzar, si es que aún no lo está, un proceso sobre el fondo del asunto ante las autoridades de la residencia del menor anterior a su traslado, y si la decisión pronunciada por tales autoridades requiere la restitución del menor la misma ha de ejecutarse conforme a las previsiones establecidas en el Reglamento 2201/2003. Hay que advertir que este aspecto es uno de los grandes cambios que se han producido en la redacción del actual artículo 9 del Reglamento 2019/1111, dado que ahora delimita los supuestos de denegación de restitución a los basados en motivos distintos a las excepciones del artículo 13.1 letra b) y artículo 13.2 del Convenio de La Haya de 1980.

13. En relación con el segundo elemento, determinación del ámbito espacial de aplicación del artículo 10, ya en Sentencia de 24 de marzo del 2021, en el asunto *SS y MCP*, el TJUE estableció su inaplicación. El asunto se produjo a raíz del desplazamiento de un menor desde Reino Unido a la India, Estado donde el menor había adquirido residencia habitual, cuestionándose el mantenimiento de la competencia judicial internacional por parte de las autoridades británicas, Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado²². El progenitor sostenía la aplicación del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 defendiendo la competencia de las referidas autoridades del entonces Estado miembro.

En efecto, el TJUE, como había afirmado en otras ocasiones, limitó la aplicación del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 a los supuestos en los que existe un potencial conflicto entre autoridades de dos Estados miembros²³, a diferencia de la aplicación de distintas normas de competencia judicial del Reglamento que no precisan un vínculo efectivo y suficiente con dos Estados miembros, sino que resultan extensibles a las situaciones en las que hay vinculación con un solo Estado miembro y un tercer Estado²⁴.

En consecuencia, el artículo 10 del Reglamento 2201/2003 tiene un ámbito de aplicación más restringido y no puede proyectarse, como norma de competencia judicial internacional cuando el menor ha sido trasladado de un Estado miembro a un tercer Estado, y mucho menos servir como norma para el mantenimiento de la competencia de forma ilimitada de las autoridades del Estado miembro en las circunstancias descritas²⁵.

14. Ahora bien, los hechos del asunto *SS y MCP* no son los mismos que dieron lugar al asunto *Greislzel*, objeto de este trabajo. En este último el traslado de la menor tuvo lugar entre Estados miembros, esto es, desde Alemania a Polonia, por tanto, concurría ese potencial conflicto entre autoridades de Estados miembros y se cumplía el criterio de aplicación espacial que permite la aplicación del artículo 10. Una cuestión distinta es que la solicitud de restitución, por aplicación del Convenio de La Haya de 1980, se produzca desde las autoridades centrales de un tercer Estado, en este caso a través de la Oficina Federal de Justicia de Berna, y no entre las autoridades centrales de dos Estados miembros.

15. El TJUE al analizar la redacción del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 estima que no existe en el precepto, o en el fin que se pretendió con su incorporación, ningún elemento que permita sostener que la competencia del tribunal del Estado de origen termine porque la solicitud de restitución se haga entre las autoridades centrales de un tercer Estado con las autoridades del Estado miembro donde el menor fue trasladado o retenido. Es más tampoco requiere el precepto que la solicitud de devolución

²² Asunto C603/20 PPU, EU:C:2021:231. Sobre la misma S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003”, *La Ley Unión Europea*, nº. 92, de 31 de mayo de 2021. C. CAAMIÑA, “El foro del artículo 10 del Reglamento 2201/2003: STJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU, SS Y MCP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 639-648. A. DURÁN AYAGO, “En la restitución de una menor trasladada a un tercer país no se aplican las normas europeas de competencia judicial internacional. A propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20 PPU, SS Y MCP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 727-735. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Competencia judicial internacional ante un caso de sustracción internacional de menores de un Estado miembro de la UE a un Estado tercero: comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2021”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 55, 2021, pp. 229-244.

²³ Asunto C603/20 PPU, apartado 41 y jurisprudencia allí citada.

²⁴ Asunto C-393/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:835, apartados 40 y 41. Sobre el concepto de elemento transfronterizo en el marco del Reglamento 2201/2003 o en el Reglamento 2019/1111 *vid.*, M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Derecho Internacional Privado de la UE en materia de protección de los derechos de los menores y de los adultos en situación de vulnerabilidad: elementos teóricos que condicionan su aplicación”, *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas*, (dir., B. CAMPUZANO, S. ADROHER, G. PALAO), Tirant Lo Blanch, 2024, (en prensa).

²⁵ En sentido contrario el Abogado General, en el asunto C603/20 PPU, defiende en sus conclusiones publicadas el 23 de febrero del 2021: “El artículo 10 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos conservan su competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad parental sobre ese menor, sin límite temporal, cuando la sustracción de ese menor se efectúa hacia un tercer Estado, incluso cuando el menor haya adquirido la residencia habitual en ese tercer Estado”. ECLI:EU:C:2021:126.

se haga a través del propio Convenio de La Haya de 1980²⁶. Este último argumento conlleva detenernos en el análisis de un elemento importante: la obligatoriedad de la aplicación de la norma convencional ante un supuesto de sustracción internacional de un menor.

Sobre ese aspecto el TJUE ha sostenido, en distintas ocasiones, que la invocación del Convenio de La Haya de 1980 no es obligatoria cuando un menor es trasladado o retenido de forma ilícita²⁷. Además, la letra del propio Convenio incluye la posibilidad de aplicar otras normas que faciliten la restitución del menor, ya sean normas de origen convencional o normas de fuente interna²⁸. En efecto, de lo que se trata es de conseguir la devolución del menor y, por tanto, no se impide que otras normas más favorables puedan aplicarse para la consecución de este objetivo. La primacía, además, de las normas del Reglamento 2201/2003 frente al Convenio de La Haya de 1980 es establecida en el artículo 60 del texto de la UE donde se regulan las relaciones de este instrumento con la norma convencional.

Es más, a pesar de que se aplique el Convenio de La Haya de 1980 el recurso a las autoridades centrales en el marco del Convenio, por parte de quien solicita la restitución, no es tampoco obligatorio, a diferencia de lo que ocurre en otros convenios internacionales en los que también se incorpora el mecanismo de la cooperación²⁹. De manera que, por ejemplo, en este caso el progenitor, utilizando el propio Convenio de La Haya de 1980, podría haber acudido directamente a la autoridad central o a la autoridad judicial polaca solicitando la restitución del menor³⁰.

16. En consecuencia, el recurso a cualquiera de las opciones o a las vías utilizadas y permitidas por la norma convencional no hubiera sido un argumento válido para que la previsión del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 no fuera aplicable. Por tanto, a pesar de que la petición de restitución se haya canalizado por las autoridades centrales de un tercer Estado (Suiza), el traslado o retención del menor se produce entre Estados miembros (Alemania y Polonia), lo que supone que el supuesto está contenido en el ámbito espacial que se requiere para la aplicación del artículo 10 del Reglamento 2201/2003.

2. ¿Aplicación condicionada de la norma de competencia judicial internacional a las reglas de cooperación previstas en el artículo 11 del Reglamento 2201/2003?

17. Aclarado el ámbito espacial del artículo 10 aplicable por los datos ofrecidos al supuesto objeto de estudio, pasamos a otro de los argumentos empleados por el Gobierno alemán para excluir la aplicación del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 como norma de competencia judicial.

El razonamiento mantenido se centra en supeditar la aplicación del mencionado precepto al cumplimiento de las previsiones de cooperación establecidas en los apartados 6 y 7 del artículo 11. En definitiva, el criterio defendido conlleva que cuando no resulta posible aplicar las indicaciones del artículo 11, la competencia judicial internacional de las autoridades anteriores al traslado no puede determinarse por las previsiones del artículo 10 (véase también a este respecto el análisis de la tercera cuestión prejudicial [(*vid., infra.*, epígrafe IV, apartado 4)]).

Pues bien, en relación a esta cuestión el TJUE ha sostenido en jurisprudencia anterior que el artículo 11 (en concreto se refería al apartado 7 del citado artículo), no determina la competencia judicial

²⁶ Apartado 56, asunto *Greislzel*.

²⁷ Sentencia de 19 de septiembre de 2018, C325/18 PPU y C375/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:739.

²⁸ Artículo 34 del Convenio de La Haya de 1980 establece que este “no restringirá la aplicación de un instrumento internacional en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido ni la invocación de otras normas jurídicas del Estado requerido, para obtener la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente o para organizar el derecho de visita”.

²⁹ Por ejemplo, así sucede en el caso del *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, en el que la cooperación entre las Autoridades centrales entre Estados parte del mismo es obligatoria.

³⁰ Hay que recordar que el artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980 establece la posibilidad de dirigirse a la autoridad central del Estado de la residencia del menor o a la de cualquier otro Estado contratante para que con su asistencia quede garantizada la restitución. Así como el artículo 29 del Convenio permite la reclamación de la devolución del menor directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante en aplicación o no de las disposiciones de este Convenio.

sino que es una norma de carácter técnico cuyo objetivo es establecer las formas de notificación de la información relativa a una decisión de no restitución entre autoridades de Estados miembros.

Efectivamente las previsiones de cooperación entre autoridades de los apartados 6 y 7 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003 solo pueden cumplirse cuando se trata de Estados miembros³¹.

18. En el asunto *Greislzel* es la autoridad central de un tercer Estado, Suiza, la que ha puesto en marcha el procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980. La decisión de no restituir al menor se dicta por las autoridades polacas conforme al artículo 13 b) del Convenio de La Haya de 1980; pues bien, si atendemos a las condiciones de cooperación del artículo 11.6 y 11.7 del Reglamento 2201/2003 estas conllevarían que dictada la decisión de no restitución las autoridades polacas tendrían que informar a las autoridades del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual. Sin embargo, dado que la solicitud de restitución partió de la autoridad central de un tercer Estado, las previsiones del artículo 11 apartados 6 y 7 no resultan operativas.

En efecto, estas formas de notificación de la información contenidas en los apartados del mencionado precepto funcionan para cuando los procesos se canalizan entre autoridades de Estados miembros, circunstancia que no se produce en este caso, pero lo anterior no acarrea que las autoridades competentes del Estado miembro de la residencia del menor anterior al trasladado no puedan aplicar las previsiones del artículo 10 para establecer o no su competencia judicial internacional.

19. En conclusión, en este asunto se cumple el ámbito espacial de aplicación de la norma especial de competencia judicial internacional del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 dado que se trata de un supuesto en el que existe un potencial conflicto entre dos Estados miembros.

Además, la aplicación del citado precepto no depende de que el proceso de restitución se haya llevado a cabo a través del Convenio de La Haya de 1980 o de otra norma convencional. Tampoco su aplicación está en función de que la solicitud de restitución se haya canalizado: bien vía autoridades centrales de dos Estados miembros o de un tercer Estado, bien directamente por el particular ante las autoridades del Estado miembro donde el menor fue trasladado.

En línea con lo analizado, la aplicación del artículo 10 de Reglamento 2201/2003 tampoco está condicionada ni al cumplimiento de las previsiones de los apartados 6 y 7 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, ni a que el proceso de restitución haya finalizado con una decisión de no devolución conforme al artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. En consecuencia, por el momento, las autoridades alemanas como Estado de residencia habitual del menor anterior al traslado mantienen su competencia judicial internacional, condicionada, eso sí, al cumplimiento de los requisitos que vamos a analizar a continuación y que también son objeto de la cuestión prejudicial planteada.

IV. Continuidad de la competencia judicial de las autoridades de la residencia habitual del menor anterior al traslado: análisis de las condiciones requeridas

20. Conforme a la decisión del TJUE el artículo 10 del Reglamento 2201/2003 sigue aplicándose y, por tanto, tendrá que cumplir la función distributiva de la competencia judicial internacional, a la que nos hemos referido anteriormente. Ahora bien, para su aplicación es necesario que se cumplan ciertos requisitos que son el objeto de cuestionamiento por parte del Tribunal alemán como órgano remitente.

1. Concepto de “demanda de restitución” en el ámbito de la norma de competencia judicial del artículo 10 del Reglamento 2201/2003

21. El mantenimiento de la competencia judicial de las autoridades de la residencia habitual del menor anterior a su traslado está supeditada, entre otras condiciones, a que el progenitor no sustractor

³¹ Sentencia del TJUE de 9 de enero de 2015, C498/14 PPU, apartado 46. ECLI:EU:C:2015:3.

no adopte una actitud pasiva frente al hecho y, por tanto, se requiere que haya presentado una demanda de restitución condicionada al espacio temporal de un año desde que haya tenido o hubiera tenido conocimiento del paradero del menor.

En consecuencia, se plantea duda sobre qué se entiende por demanda de restitución en el marco del artículo 10 del Reglamento 2201/2003. El cuestionamiento surge debido a que el órgano jurisdiccional remitente considera que la demanda presentada por el progenitor ante las autoridades polacas, el 7 de julio de 2017, solicita la devolución del menor a Suiza, Estado donde reside el padre, y no a Alemania, Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes del traslado. Por tanto, el órgano judicial remitente entiende que esta solicitud no es una demanda de restitución en el sentido que requiere el artículo 10 del Reglamento 2201/2003³².

22. Para responder a la cuestión el TJUE emplea los criterios de interpretación literal, contextual y teleológico que habitualmente aplica en su jurisprudencia a la hora de definir una disposición del Derecho de la Unión.

23. En primer lugar, una interpretación literal del artículo 10 letra b) inciso i) no aporta ninguna solución, dado que solo concreta que la demanda de restitución se ha tenido que presentar ante las autoridades del Estado miembro donde el menor ha sido trasladado o retenido, pero no indica el Estado hacia donde se ha de solicitar la devolución del mismo o donde el menor ha de ser restituido.

24. En segundo lugar, una interpretación en el contexto donde se ubica el artículo 10 sí permite interpretar que el cumplimiento del requisito de la presentación de la demanda de restitución que establece el mencionado precepto conlleva instar la devolución del menor al territorio del Estado miembro anterior al traslado.

Efectivamente, el principio de proximidad es un elemento esencial a la hora de concretar las autoridades que mejor pueden decidir sobre las medidas a adoptar sobre el menor. En este sentido la cristalización del principio de proximidad en las autoridades de la residencia habitual, en este caso, las autoridades anteriores a su traslado, supone que el requisito que permite mantener la competencia judicial internacional de las autoridades del Estado de la residencia del menor anterior al traslado solo se cumple cuando su devolución se solicita al territorio del mismo, y no a uno distinto, aunque sea el país en el que reside el progenitor, ya sea otro Estado miembro o, más aún como en este caso, un tercer Estado.

25. A los dos criterios anteriores hay que sumar la interpretación conforme a los objetivos generales del texto en el que se integra el precepto, o la interpretación teleológica como tercera vía que emplea el TJUE.

Tanto desde una perspectiva convencional, a través del Convenio de La Haya de 1980, como desde los textos de la UE, el objetivo principal se sitúa en el retorno del menor con el propósito de restituir su *status quo*, es decir, la situación que tenía anterior al traslado³³. Este propósito solo se consigue con una demanda de restitución al Estado donde el menor tenía su residencia habitual anterior al traslado y no al territorio de un lugar distinto como se solicita en este caso.

Distinto es, como hemos analizado, que la canalización de la solicitud de restitución se haga a través de la autoridad central de un tercer Estado, tal y como lo permite el artículo 8 del Convenio de La Haya de 1980³⁴ (*vid., supra.*, epígrafe III apartado 1). Esta vía de tramitación de la petición de devolución no excluye que sea aplicable el artículo 10 del Reglamento 2201/2003, como ya hemos analizado;

³² Hay que apuntar que la Comisión sí entiende, en el asunto *Greiszel*, comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 10.1 letra b) inciso i) la demanda de restitución a un Estado no sea el de la residencia del menor anterior al traslado.

³³ C638/22 PPU, EU:C:2023:103. Apartado 69.

³⁴ En el Informe Explicativo al Convenio de La Haya de 1980 la profesora E. PÉREZ VERA es taxativa sobre este aspecto: “(...) el solicitante es libre de dirigirse a la Autoridad central que estime más adecuada; no obstante por motivos de eficacia el texto hace una mención expresa a la Autoridad central del Estado de la residencia habitual del menor (...), p. 1166. *Informe Explicativo al Convenio sustracción internacional de menores. Aspectos civiles*. Año LIV. Suplemento al núm., 1865, de 15 de marzo de 2000.

por tanto, el progenitor solicitante de la restitución no tiene que dirigirse a la autoridad central del Estado de la residencia habitual del menor.

En efecto, no hay en la letra del Convenio de La Haya de 1980 nada que indique que cuando un progenitor acude a la autoridad central de un Estado contratante la petición de restitución tiene que ser al territorio de dicho Estado, esto limitaría la libertad que da la letra del artículo 8 del Convenio; si bien, como se indica en el Informe Explicativo, por motivos de eficacia el texto hace una mención expresa a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor³⁵.

26. Sin embargo, y esto es lo más importante, si en la petición de devolución el progenitor solicita que el menor sea retornado al territorio de un Estado distinto del Estado miembro del lugar de residencia habitual anterior al traslado, esta solicitud ya no podrá considerarse como demanda de restitución en el sentido que requiere el artículo 10 letra b) inciso i) del Reglamento 2201/2003. Esto último conlleva que el requisito que establece el citado precepto para el mantenimiento de la competencia judicial internacional de las autoridades del Estado miembro anterior a su desplazamiento no se cumpla.

2. Una demanda de restitución y una demanda relativa al derecho de custodia no son peticiones intercambiables

27. El progenitor, el 12 de julio 2018, inició ante las autoridades alemanas, tribunal remitente, un procedimiento en el que solicita el derecho de custodia en exclusiva que conlleva determinar el lugar de residencia de la niña, así como su devolución a territorio suizo, Estado donde el padre seguía residiendo. El tribunal remitente considera que dicha demanda de custodia puede asimilarse a una demanda de restitución³⁶ y, por tanto, ello supondría que el requisito del artículo 10.1 letra b) inciso i) estaría cumplido.

28. El TJUE comparte las Conclusiones del Abogado General que son más claras y extensas en la explicación en torno a la diferencia que hay entre una demanda de custodia y una demanda de restitución de un menor. La postura que defiende el Abogado General, y que posteriormente sigue el TJUE, se sustenta:

De un lado, en el elemento secuencial que hay entre ambas demandas en los supuestos tipo de sustracción internacional de menores: primero, tras la localización del menor se ha de presentar una demanda de restitución del menor ante las autoridades del Estado donde el menor fue trasladado o retenido y, en segundo lugar, procede, en su caso, plantear ahora ante las autoridades de la residencia habitual del menor anterior a su traslado, una demanda sobre la custodia³⁷.

De otro lado, en el contenido distinto de una y de otra demanda. Teniendo en cuenta además el factor tiempo que, sin duda, conlleva una resolución rápida del asunto en el caso de una demanda de restitución, y un proceso más lento, al requerir un mayor detalle, en la resolución de la custodia. Por tanto, como dice el Abogado General una demanda de custodia y una demanda de restitución no son intercambiables, y ello con independencia de que tanto la una como la otra pudieran implicar al resolverse el retorno del menor³⁸.

Los aspectos objeto de análisis en una y en otra petición (custodia *v.* retorno), así como el elemento temporal que conlleva la resolución de cada una, son cuestiones que estuvieron presentes en pronunciamientos muy importantes del TEDH. Decisiones que fueron objeto de importantes críticas y que finalmente llevaron a que el TEDH tuviera que aclarar su postura.

Se trató de la decisión adoptada por la Gran Sala del TEDH en el asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*³⁹ resuelto en el año 2010. Recordemos brevemente que en este supuesto el TEDH consideró que la decisión de devolver al menor, conforme a lo previsto en el Convenio de La Haya de 1980, podría suponer una vulneración del artículo 8 CEDH por no atender suficientemente al interés superior del menor, que

³⁵ *Ibid.*, p. 1166.

³⁶ Asunto *Greislzel*, apartado 64.

³⁷ Conclusiones del Abogado General apartado 62 y 63, asunto *Greislzel*.

³⁸ Conclusiones del Abogado General apartado 61, asunto *Greislzel*.

³⁹ TEDH, *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (Solicitud no. 41615/07).

conllevara, conforme afirmó el TEDH, a la valoración no sólo de cuál es éste respecto de la solicitud de restitución, sino una valoración de toda la situación familiar de la situación así como de toda una serie de factores⁴⁰. Estas afirmaciones parecían borrar la línea que separa una decisión sobre el retorno del menor, proceso rápido y en el que no deben de entrar connotaciones más profundas, de una decisión de custodia en el que se impone el análisis de todos los elementos que rodean la situación familiar del menor.

Posteriormente, esta decisión es aclarada en un nuevo pronunciamiento de la Gran Sala del TEDH en el asunto *X c. Letonia*. En esta decisión el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que los procedimientos sobre sustracción son diferentes de los procedimientos sobre custodia⁴¹.

En definitiva, y como han afirmado sendos Tribunales, Estrasburgo y Luxemburgo, una demanda de custodia, que es lo que presenta el progenitor ante las autoridades alemanas, no es intercambiable con una demanda de restitución, que es la condición que ha de cumplirse conforme al artículo 10.1 letra b) inciso i) del Reglamento 2201/2003.

3. La importancia del tiempo

29. Ahora bien, a pesar de que como decimos el tribunal remitente parece entender que la demanda de custodia, presentada el 12 de julio de 2018, podría asimilarse a una demanda de restitución, sin embargo, mantiene dudas en torno a que el elemento temporal que requiere el Reglamento 2201/2003 se haya respetado. Además de lo anterior se plantea sobre la prueba de los hechos que vendrían a confirmar el acuerdo de los progenitores para que el menor residiera en Polonia⁴².

30. En su análisis el TJUE entiende y confirma que la demanda de custodia no es intercambiable con una demanda de restitución, por tanto, como sostiene, no entró en analizar el resto de las cuestiones⁴³.

Sin embargo, el Abogado General en sus Conclusiones hace reflexiones interesantes al respecto, aunque en las mismas se inclina como el TJUE posteriormente, por descartar que el requisito previsto en el artículo 10.1 letra b) inciso i) del Reglamento 2201/2003, presentación de una demanda de restitución, se hubiera cumplido en el asunto *Greislzel*⁴⁴. Vamos a detenernos en estas reflexiones por el interés que pueden tener de cara a próximos supuestos.

31. En referencia al elemento temporal tenemos que recordar que el artículo 10 requiere que la demanda de restitución se plantee dentro del periodo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor.

Pues bien, conforme al relato del padre, si atendemos al que expuso en el procedimiento de restitución tramitado ante la autoridad central suiza, éste fija la fecha de la sustracción el 24 de mayo de 2017 y, sin embargo, en la demanda de custodia presentada ante las autoridades alemanas lo fija en noviembre de 2017. La cuestión no es baladí dado que conforme al primer relato la demanda de restitución que requiere el artículo 10.1 letra b) inciso i) estaría fuera del periodo del año y conforme al segundo estaría dentro⁴⁵.

⁴⁰ El párrafo número 139 es el más controvertido sobre este aspecto, aunque no es el único que levantó críticas. El TEDH sostenía: “[t]o that end the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin (see *Maumousseau and Washington* [...])

⁴¹ *X c. Letonia* (Solicitud no. 27853/09), Gran Sala párrafos 92 y 102. La doctrina en torno a esta decisión es muy amplia por todos, *vid.*, E., RODRIGUEZ PINEAU “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. (Nora A X c. Letonia)”, *RGDE*, N°13, 2014.

⁴² El permiso del progenitor para el desplazamiento de la menor a Polonia había sido sostenido por la madre, véase apartado 29, asunto *Greislzel*.

⁴³ Asunto *Greislzel* apartado 80.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General al asunto *Greislzel* apartado 74.

⁴⁵ Sobre este aspecto el Abogado General en sus Conclusiones establece: “En una materia presidida por el interés del menor,

Recordemos que el tiempo es muy importante en el marco de las normas que regulan la sustracción internacional de menores y, en particular, para la aplicación de del artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980⁴⁶. En ambos casos, Convenio y Reglamento, se refieren al hecho de presentar una demanda de restitución, en el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980, ante las autoridades *judiciales o administrativas* del Estado contratante donde se encuentre el menor; en el caso del Reglamento 2201/2003 ante las *autoridades competentes* sin especificar administrativas o judiciales.

Pues bien, en el marco de la aplicación del artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980 ha habido discrepancias en torno a si la fecha a tener en cuenta es la que se corresponde con la presentación de la solicitud de restitución ante la autoridad central o ante la autoridad judicial. Esta duda, que es importante a efectos prácticos, se ha planteado en la jurisprudencia española, resolviendo que la fecha a tener en cuenta es la de la presentación de demanda judicial de retorno⁴⁷. Ante la falta de respuesta en los textos entendemos que se habría de mantener una única interpretación que en este caso, si atendemos a la práctica española, llevaría a que la fecha a tener en cuenta sería la de la demanda de restitución ante las autoridades judiciales⁴⁸.

También puede haber un decalaje en el tiempo en la medida que el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980 hace referencia a la contabilización del año desde el momento en el que se produjo el traslado, y el artículo 10 del Reglamento 2201/2003 se refiere al momento en el que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor. Esta segunda opción supone que las autoridades de la residencia habitual del menor mantendrán por más tiempo su competencia.

32. La cuestión se centra en determinar si es admisible que en un proceso el que se dirime la custodia, ante las autoridades alemanas, se hagan alegaciones distintas a las que realizaron en el proceso de restitución ante las autoridades polacas, conforme al Convenio de La Haya de 1980.

El Abogado General analiza la autonomía de los dos procedimientos retomando los momentos en los que hay conexión entre ambos en el marco del Reglamento 2201/2003:

De un lado, en el artículo 11.6, referido a la comunicación entre autoridades cuando se exceptiona el retorno del menor en base al artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 y se transmite copia de la resolución judicial de no restitución y demás documentos desde las autoridades del Estado donde fue trasladado o retenido el menor hacia las autoridades de su residencia habitual.

De otro lado, en el marco del artículo 42, relativo al régimen de ejecución previsto en el Capítulo III del Reglamento 2201/2003, y del que se beneficiará la resolución dictada conforme al artículo 11.8 del texto y cuya efectividad conlleve la restitución del menor.

Pues bien, a pesar de la vinculación que hay entre uno y otro pronunciamiento y que el Reglamento establece, esto no supone, conforme sostiene el Abogado General, que ni el relato de los hechos realizado en un procedimiento vincule al que se ha hecho en el otro, ni que las reglas sobre la pruebas

las afirmaciones de un progenitor acerca de cuándo el traslado fue, o devino, ilícito (como circunstancia equivalente, en su caso, a conocer el paradero del menor) no deberían ser vinculantes para el órgano jurisdiccional llamado a aplicar el artículo 10 del Reglamento n.º 2201/2003. En este sentido, el *dies a quo* ha de ser la fecha a partir de la que, a la luz de los indicios, no cabe objetivamente duda razonable sobre el hecho de que el menor no va a ser devuelto al Estado miembro de origen”, apartado 88 nota al pie núm., 46, asunto *Greislzel*.

⁴⁶ El artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980 establece: “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”.

⁴⁷ Sobre este aspecto también ha habido discrepancias que han tenido que resolver los órganos judiciales en torno a si el año ha de computar desde que se presenta la solicitud de restitución ante la autoridad central o sin embargo, es desde que se presenta ante la autoridad judicial la demanda de restitución. La jurisprudencia se ha inclinado por la segunda opción, el momento a tener en cuenta será el de presentación de la demanda judicial. Véanse, SAP de Málaga (Sección 6ª) núm., 167/2018 de 26 de febrero; SAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm., 52/2018 de 17 de abril; SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm., 345/2019 de 17 de junio.

⁴⁸ Una opción distinta sobre este aspecto y que muestra la falta de uniformidad en su interpretación es la que mantiene T. KRUGUER, “Note that the date of lodging of the application with the Central Authority is of importance, and not of the date of the institution of court proceedings”, *Jurisdiction, recognition and enforcement...*, *op. cit.*, p. 113

que determinan la competencia judicial internacional sean tampoco las mismas que las que se proyectan para decidir sobre la devolución del menor en el Convenio de La Haya de 1980⁴⁹.

Ahora bien, aunque el Abogado General se refiere al artículo 42.2 letra c) del Reglamento no reproduce su contenido. En este precepto se establece que el órgano jurisdiccional de origen solo puede emitir el certificado requerido (anexo IV) *si ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980*.

Por tanto, no es que el tribunal esté indefectiblemente vinculado por el relato de los hechos que haya realizado el titular del derecho de custodia, pero sí se requiere que haya tenido en cuenta las razones y las pruebas seguidas en el curso del procedimiento de restitución para dictar una decisión de custodia que conlleva la restitución del menor⁵⁰. Hay que tener en cuenta que este certificado es un documento necesario a la hora de invocar la ejecución de la decisión en el Estado donde el menor ha sido desplazado (artículo 45).

33. Como hemos indicado más arriba este aspecto no es objeto de análisis por el TJUE en la cuestión prejudicial dado que ya había excluido que la demanda presentada sobre la custodia de la menor ante la autoridad alemana pudiera asimilarse, como pretendía el tribunal remitente, a una demanda de restitución requerida por el artículo 10.1 letra b) inciso i) del Reglamento.

4. A vueltas con el ámbito de aplicación de los apartados 6 y 8 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003

34. En la tercera cuestión prejudicial se debate sobre la aplicación de dos de los apartados del artículo 11 en un supuesto, como el asunto *Greislzel*, en el que la tramitación de la devolución del menor a través del Convenio de La Haya de 1980 se ha hecho desde un tercer Estado (autoridad central suiza) a un segundo Estado miembro (Polonia) en la medida que el menor había tenido su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro antes de su traslado o retención ilícita (Alemania).

35. Pues bien, la lógica sobre la que se han construido los apartados 6 y 8 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003 se cimenta en que su puesta en funcionamiento opera en los casos tipo, es decir, en relación con los hechos, cuando el menor ha sido desplazado desde un Estado miembro al territorio de otro Estado miembro. Además, en relación al Derecho supone: la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en combinación con estos apartados lo que acarrea la obligatoriedad de transmitir la información desde los Estados miembros de traslado y de origen del menor, cuando el procedimiento de restitución se tramita entre autoridades centrales de Estados miembros.

36. ¿Quién tiene la obligación de transmitir la información? Conforme al apartado 6 la tiene el órgano jurisdiccional que dicta la decisión de no restitución que además puede optar por remitirla a través de las autoridades centrales o directamente. Ya hemos indicado que el TJUE en alguna de sus decisiones sostiene que el apartado 6 y en concreto el 7, es una norma de carácter técnico cuyo objetivo es establecer las formas de notificación de la información relativa a una decisión de no restitución entre autoridades de Estados miembros⁵¹.

¿A quién tiene que transmitirla? En el marco del Reglamento será a la autoridad del Estado miembro que requiere su devolución, circunstancia que no se produce en este asunto dado que la solicitud parte de la autoridad central suiza. Por tanto, el referido precepto no es aplicable.

⁴⁹ Si bien, hay que apreciar que el artículo 42.2 estable que el juez de origen que dicto la resolución -en este caso sería sobre custodia y que requiere la restitución del menor

⁵⁰ Requerimiento que se sigue manteniendo en el artículo 47 apartado 4 relativo a la expedición del certificado contenido en el Reglamento 2019/1111.

⁵¹ Sentencia del TJUE de 9 de enero de 2015, C498/14 PPU, apartado 46. ECLI:EU:C:2015:3.

37. En relación con el apartado 8 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003 hay que recordar que es un precepto que igualmente tiene su aplicación en el marco de un proceso de restitución solicitado en aplicación del Convenio de La Haya de 1980⁵².

Las previsiones del artículo 11, y en concreto del apartado 8, se aúnan con el objetivo del retorno del menor pero no a cualquier Estado, sino al territorio del Estado miembro donde tenía su residencia el menor antes de su traslado. Aún más el reforzamiento del objetivo principal, en concreto el retorno del menor retomando su *status quo*, se realiza en mayor medida al eliminar en el texto el ejecutivo de las resoluciones que se han pronunciado en base al citado precepto y sobre las que además se expedirá el correspondiente certificado para que desplieguen su eficacia sin cortapisas⁵³.

En definitiva, ni el apartado 6 ni el apartado 8 del Reglamento 2201/2003 son aplicables cuando se trata de un proceso de restitución tramitado conforme al Convenio de La Haya de 1980 desde la autoridad de un tercer Estado hacia otro Estado miembro donde se encuentra el menor, aunque la menor tuviera su residencia habitual en otro Estado miembro con anterioridad a su traslado o retención.

IV. Reflexiones finales

38. A pesar de que el Reglamento 2019/1111 es aplicable desde el 1 de agosto del 2022, continúan planteándose dudas en torno a la interpretación de distintos preceptos del Reglamento 2201/2003, lo que supone una fuente inagotable de cuestiones prejudiciales y, en consecuencia, una rica jurisprudencia del TJUE en torno a su interpretación. Lo anterior pone de relieve la importancia que tiene un aspecto que a veces pasa desapercibido en los textos, el correcto conocimiento del ámbito de aplicación temporal de los instrumentos que se suceden en la práctica.

39. Del asunto *Greislzel* podemos concluir las siguientes reflexiones:

En primer lugar, desconocemos el motivo por el que ni el tribunal remitente solicitó ni el Presidente de la Sala de oficio cursó la tramitación de este asunto a través del PPU. Desde nuestra perspectiva, y como hemos desarrollado en el trabajo, se cumplen las condiciones de Derecho y de hecho que esta vía de tramitación requiere para su aplicación. Lo anterior hubiera acertado los plazos de un asunto que ya se había dilatado bastante en el tiempo.

En segundo lugar, en torno al ámbito espacial del artículo 10 del Reglamento 2201/2003 se confirma su proyección a los supuestos en los que existe un potencial conflicto entre dos Estados miembros; si bien, su aplicación no depende de que el proceso de restitución se haya llevado a cabo a través del Convenio de La Haya de 1980 o de otra norma convencional. Tampoco de que la solicitud de restitución se haya canalizado: bien vía autoridades centrales de dos Estados miembros o de un tercer Estado, bien directamente por el particular ante las autoridades del Estado miembro donde el menor fue trasladado.

En tercer lugar, en línea con lo analizado, la aplicación del artículo 10 de Reglamento 2201/2003 no está condicionada ni al cumplimiento de las previsiones de los apartados 6 y 7 del artículo 11 del Reglamento 2201/2003, ni a que el proceso de restitución haya finalizado con una decisión de no devolución conforme al artículo 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. En efecto, el artículo 11, en concreto en los apartados 6 y 7, son normas de cooperación y no de competencia judicial internacional. Por lo tanto, a pesar de que estas no puedan aplicarse a los casos en los que la solicitud de restitución parta de la autoridad central de un tercer Estado ello no quiere decir que la inaplicación de los referidos preceptos condicione la operatividad del artículo 10 del Reglamento 2201/2003.

En cuarto lugar, del análisis de los requisitos o condiciones requeridas conforme al artículo 10.1 letra b) inciso i) podemos concluir principalmente en relación al concepto de demanda de restitución:

⁵² El artículo 11.8 determina: “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

⁵³ Véase el artículo 42.2 letra b) del Reglamento 2201/2003.

De un lado, no está incluida, en el sentido requerido por el citado precepto, aquella petición con la que se pretende la devolución del menor a un territorio distinto del Estado de su residencia habitual anterior al traslado. Esta solicitud no cumpliría con el propósito que el precepto pretende al mantener la competencia judicial internacional de dichas autoridades.

De otro lado, demanda de restitución y demanda de custodia no son intercambiables; en consecuencia, esta segunda no está incluida en el concepto de demanda que se incluye en el inciso i letra b) del artículo 10.1 del Reglamento.

Por último, en quinto lugar, reiterar que el apartado 6 del artículo 11 es una norma de cooperación aplicable solo Estados miembros. En el caso del apartado 8 del mismo precepto se aúna con el objetivo del retorno del menor, pero no a cualquier Estado, sino al territorio del Estado miembro donde tenía su residencia el menor antes de su traslado; en consecuencia, como hemos visto y conforme a la jurisprudencia del TJUE, en supuestos como el analizado en el asunto *Greiszel* no resulta aplicable.

Los nuevos conglomerados digitales

The new digital conglomerates

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

Recibido: 21.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8952

Resumen: La formación de los grandes ecosistemas y plataformas digitales ha reabierto un debate sobre los efectos que para la competencia pueden derivarse de operaciones de concentración de naturaleza conglomeral, recuperándose viejas preocupaciones y apuntándose nuevos temores sobre el potencial anticompetitivo de estas operaciones de reestructuración empresarial.

Palabras clave: Concentraciones, conglomerados, estructura, innovación.

Abstract: The formation of large ecosystems and digital platforms has reopened a debate on the effects that may arise on competition from mergers of a conglomeral nature, recovering old concerns and raising new fears about the anti-competitive potential of these business restructuring operations.

Keywords: Mergers, conglomerates, structure, innovation.

Sumario: I. La inesperada vuelta a escena de las concentraciones conglomerales. II. Evolución de la política frente a las concentraciones conglomerales. 1. EE.UU.: el temprano abandono de la preocupación conglomeral. 2. La política europea sobre concentraciones conglomerales III. Las preocupaciones estructurales en los mercados digitales. 1. La formación de los grandes conglomerados digitales. 2. Los efectos conglomerales en la política reciente. A) Europa. B) EE.UU. IV. ¿Y el futuro...?

I. La inesperada vuelta a escena de las concentraciones conglomerales

1. El Derecho de la competencia no ha tenido una existencia pacífica. Cuestionado desde su propio nacimiento a finales del siglo XIX en EE.UU., en su historia, y a merced de las orientaciones político-económicas dominantes, ha combinado etapas de aplicación intensa con etapas en las que se ha relajado mucho su aplicación.

2. Actualmente estamos presenciando una de esas etapas de vigorización de las normas antitrust y la reapertura de un debate -que, ahora se pone de manifiesto, solo estaba adormecido- sobre, no solo la interpretación y funcionalidad de los parámetros vigentes en las últimas décadas para valorar el daño a la competencia, sino incluso sobre los objetivos últimos de este sector del ordenamiento jurídico.

3. Este renacido interés por el Derecho de la competencia tiene mucho que ver con el paulatino incremento del grado de concentración de los mercados unido al surgimiento y consolidación de empresas con significativas posiciones de poder económico que se ha venido observando en las economías occidentales en las últimas décadas. Este escenario ha espoleado viejas preocupaciones porque de este

aumento de la concentración se derive un deterioro del proceso competitivo. Es más, las posiciones más alarmistas van aún más allá, alertando sobre la relación entre concentración y el incremento creciente de las desigualdades económicas y sociales e, incluso, la propia afectación de la democracia política.

4. Este ambiente de creciente preocupación sobre la oligopolización o monopolización de mercados ha determinado que todos los ojos se vuelvan a la política de la competencia, cuestionándose el papel que ha jugado en este devenir y debatiéndose el que le compete desempeñar a partir de ahora para hacerle frente.

5. La recuperación de las preocupaciones estructurales determina que la revisión, si bien se proyecta sobre todos los aspectos del Derecho antitrust, tenga una especial incidencia en el sector especialmente orientado al control de estructuras: las normas sobre concentraciones entre empresas¹. Como los estándares y políticas vigentes, fruto del triunfo de las ideas liberales, y dominantes, con más o menos matizaciones, desde los años ochenta no han conseguido frenar esta situación de concentración, se va a contemplar ahora la vuelta de antiguos objetivos y teorías arrinconadas -cuando no directamente desechadas- por estas.

6. Y tal vez ninguna otra preocupación es más expresiva del temor al poder económico privado y a la formación en los mercados de gigantes empresariales que la derivada de los efectos conglomerales de las operaciones de crecimiento externo empresarial. Fundamentalmente en EE.UU. durante las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo, se desarrollaron diversas teorías del posible daño a la competencia que podría resultar de las concentraciones conglomerales. Teorías que también han sido utilizadas por las autoridades de la competencia europea en el diseño de la política europea, mucho más tardía, en materia de concentraciones.

7. No obstante, a partir de los años ochenta el triunfo de las ideas liberales de la Escuela de Chicago y el cambio de estándar en la apreciación del daño a la competencia, determinó en EE.UU., la desaparición total de las concentraciones conglomerales de la política antitrust. En Europa, si bien no cabe hablar de una eliminación análoga, porque las concentraciones conglomerales siempre han estado presentes, en la práctica o si no, al menos, en las directrices de la Comisión, sí se produjo a inicios del siglo XXI una cierta “hibernación” de los temores en relación a estas operaciones. Estas concentraciones no solo no van a constituir prioridad en la agenda de la autoridad europea, sino que además numerosas voces van a defender su inocuidad.

8. Como tendremos ocasión de examinar con detenimiento a lo largo de este trabajo, como tantas otras ideas y teorías descartadas, en la última década se ha producido una reentrée de las concentraciones conglomerales en la escena antitrust, impulsada, principalmente por la especial configuración estructural de gran parte de los mercados digitales.

9. Antes de entrar en el análisis de este debate reabierto es importante delimitar qué cabe entender por concentración conglomeral dado que, en función de las jurisdicciones, este concepto puede revestir un distinto alcance.

10. En este sentido, si las concentraciones horizontales pueden ser definidas como aquéllas que se producen entre sujetos operantes en el mismo estadio económico y las verticales como la unión entre agentes económicos que operan en estadios económicos sucesivos, las concentraciones conglomerales pueden ser delimitadas negativamente, abarcando todos aquellos supuestos de unión entre empresas no comprendidos en las categorías anteriores. En este sentido, el TPI las definió como “uniones de empresas en las que no existía, con anterioridad a la operación, una relación competitiva, ni como com-

¹ Vid. *in extenso*, C. HERRERO: “La recuperación de las preocupaciones estructurales. La sentencia *Towercast* y la vuelta de *Continental Can*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 15, núm. 2, 2023, pp. 629-649.

petidores directos ni como proveedores o clientes²” y de forma prácticamente idéntica, se definen en las *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales*³, como: “concentraciones entre empresas cuya relación no es ni horizontal (como competidores en el mismo mercado de referencia) ni vertical (como proveedores o clientes). Esta definición excluye del concepto de concentración conglomeral, por tanto, las operaciones entre empresas con vínculos horizontales o verticales preexistentes, con independencia de que este vínculo sea actual o meramente potencial.

11. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el estadounidense, la concentración entre competidores potenciales fue tradicionalmente considerada una modalidad de concentración conglomeral⁴. Esta concepción actualmente ha sido abandonada, dada la similar incidencia competitiva de las concentraciones entre competidores actuales y las uniones entre empresas, que si bien actualmente no compiten, podrían hacerlo a corto o medio plazo. Ambas conducen a una disminución de la competencia entre las empresas parte en la operación y a un incremento del nivel de concentración en el mercado relevante. Por el contrario, en el caso de las concentraciones verticales y conglomerales la lesión competitiva se produce entre la entidad resultante de la operación y terceras empresas operantes en mercados diversos. Por ello, en este momento, las operaciones entre competidores potenciales se engloban bajo la categoría de concentraciones horizontales, y en la valoración de su conformidad con el Derecho de la competencia, se siguen idénticos parámetros analíticos.

12. Pese a estas exclusiones, la categoría de concentraciones conglomerales es muy amplia, ya que abarca desde la unión entre empresas activas en sectores económicos carentes de cualquier tipo de relación entre sí (conglomerados puros) hasta la concentración de empresas que actúan en mercados de productos conexos o vecinos, bien por existir entre ellos una relación de complementariedad o por compartir una misma cartera de clientes⁵. No obstante, al menos desde la perspectiva del Derecho de la competencia, en relación a los conglomerados puros existe un cierto consenso sobre su inocuidad. De hecho, las *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales*, expresamente establecen, en relación a los parámetros que han de informar la valoración de las operaciones conglomerales, que se refieren exclusivamente a concentraciones entre empresas que operan en mercados estrechamente relacionados, como las que atañen a proveedores de productos complementarios o de productos que pertenecen a una misma gama⁶.

13. En cualquier caso, es preciso destacar que esta distinción entre concentraciones horizontales, verticales y conglomerales, funciona mejor en mercados tradicionales, pero puede resultar más borrosa en otro tipo de mercados, especialmente en los mercados digitales⁷?

14. Esta dificultad se ha tenido específicamente en cuenta en la reciente *Comunicación sobre mercados relevantes*⁸ (párrafo 104). En determinadas circunstancias, puede considerarse que los ecosistemas (digitales) pueden constar de un producto primario principal y de varios productos secundarios (digitales) cuyo consumo está vinculado al producto principal, por ejemplo, por interoperabilidad o vínculos tecnológicos. Cuando los productos secundarios (digitales) se ofrecen como paquete, la Comisión también puede evaluar la posibilidad de que ese paquete constituya un mercado de referencia por sí solo.

² Sentencia del TPI de 25/10/2002, asunto T-5/02 *Tetra Laval v. Comisión*

³ *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2008/C265/07).

⁴ Vid. *ad.ex. FTC v. Procter&Gamble*, 386 U.S. 568 (1967)].

⁵ La OCDE señala que en el caso de las concentraciones conglomerales, los productos de las empresas parte en la operación pueden ser: complementarios, sustitutos débiles o productos no relacionados entre sí. Vid. OECD: *Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers. Background Note by the Secretariat* (2020).

⁶ *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2008/C265/07).

⁷ Vid. A.C. WITT: “Who’s Afraid of Conglomerate Mergers?”, 67, 2, *Antitrust Bulletin*, 2022, p.3.

⁸ *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia*. C (2023) 6789 final.

15. En segundo lugar, en la mayoría de las ocasiones las operaciones de concentración no encajan nítidamente en alguna de estas tres categorías, pudiendo presentar elementos de todas ellas. De ahí que, este término, en la práctica de las autoridades de competencia, se utiliza habitualmente para hacer referencia tanto a concentraciones puramente conglomerales (sin ningún tipo de vínculos horizontales o verticales) como a los aspectos conglomerales de operaciones más complejas (ad.ex. Microsoft/Linkedn o la misma GE/Honeywell)

16. La reaparición de estas modalidades de concentración en la política antitrust se ha producido, hasta el momento, sin perjuicio de algunas excepciones, en un plano más teórico que práctico, con la sucesión de una serie de documentos de análisis, reformas normativas menores y aportaciones doctrinales sobre viejas y nuevas teorías del daño de las concentraciones conglomerales. Para poder entender el alcance de este debate y valorar si estamos ante un cambio de paradigma y, en su caso, de qué calado es imprescindible volver la vista atrás y entender cuál ha sido la evolución en el tratamiento de las concentraciones conglomerales y de las estructuras empresariales resultantes de estas operaciones, tanto en EE.UU. como en Europa.

II. Evolución de la política frente a las concentraciones conglomerales

1. EE.UU.: El temprano abandono de la preocupación conglomeral

17. Hubo un tiempo en el que una específica forma de organización empresarial, los conglomerados, reinaba indiscutiblemente en los mercados estadounidenses. Los años sesenta y setenta testimoniaron el triunfo de los grandes grupos multi-industriales, integrados por empresas pertenecientes a sectores de actividad o ramas de negocios diferentes frente a otras modalidades organizativas, como las empresas especializadas en un sector concreto⁹.

18. La motivación fundamental del recurso a estas estructuras era la búsqueda de la diversificación, vista como una garantía de disminución del riesgo empresarial global, que se pretendía así circunscribir a alguna de las líneas de negocio y el instrumento preferido para su creación y crecimiento era la adquisición de empresas ya operantes en los distintos sectores económicos.

19. Tras la II Guerra Mundial, los mercados estadounidenses experimentaron una oleada de concentraciones que va a determinar el despertar de la preocupación social por la concentración del poder económico en manos de unas pocas empresas, que había estado adormecida durante los conflictos bélicos. El papel que los Konzerne en Alemania y los Zaibatsu en Japón habían jugado en la consolidación de los regímenes autoritarios, desató las viejas preocupaciones sobre la amenaza que para el funcionamiento de la democracia política suponía la acumulación de poder económico en manos de los agentes económicos privado. Estos sentimientos informaron la aprobación de la Celler Kefauver Ammendment Act de 1950 que modifica la sección 7 de la Clayton Act de 1914, intensificando el control sobre las operaciones de concentración. El objetivo fundamentalmente perseguido a través de esta reforma era la preservación de un mercado de unidades económicas pequeñas e independientes, un sistema descentralizado en el que no se produjeran situaciones de poder económico susceptibles de alterar el equilibrio democrático.

20. La aplicación administrativa y judicial de la normativa antitrust durante los años sesenta y setenta fue fiel a este cometido y se manifiesta, principalmente, en la política sobre control de concentraciones, observándose un mayor rigor en la aplicación de la normativa *antitrust* a estas operaciones.

⁹ Vid. G.F. DAVIS/K.A. DIEKMANN/C.H. TINSLEY: "The Decline and Fall of the Conglomerate Firm in the 1980s: The Deinstitutionalization of an Organizational Form", 59, 4, *American Sociological Review*, 1994, p. 547, quienes señalan como en 1980, menos del 25% de las 500 sociedades más grandes recogidas en la lista Forbes operaban en un único mercado.

Rigor que alcanzó no sólo a las concentraciones horizontales y verticales, sino que se extendió a las operaciones de integración conglomerales¹⁰.

21. El renacido recelo sobre la concentración del poder económico privado se va a proyectar sobre los grandes conglomerados, nuevos gigantes de la economía americana, operantes en diversos mercados y con gran capacidad financiera, y, por tanto, sobre las operaciones que conducían a su formación y crecimiento.

22. De hecho, en 1968, el DOJ publicó las primeras directrices sobre concentraciones con la finalidad de familiarizar a la comunidad empresarial, los organismos jurídicos y otros grupos e individuos interesados con los estándares de aplicación por el Departamento de Justicia para determinar si se debían impugnar adquisiciones y fusiones corporativas bajo la Sección 7 de la Clayton Act. En estas primeras directrices se contemplan expresamente las tres categorías de concentraciones: horizontales, verticales y conglomerales, consideradas todas ellas susceptibles de lesionar el desarrollo del proceso competitivo y conducir a un incremento del grado de concentración de los mercados¹¹.

23. Así, durante la década comprendida entre 1965 y 1975, diversas operaciones de esta naturaleza fueron prohibidas, fundamentalmente, en atención a tres tipos de preocupaciones o teorías sobre sus posibles efectos anticompetitivos, recogidas específicamente en las Directrices.

24. Por una parte, y teniendo en cuenta el concepto amplio de concentración conglomeral utilizado en las Directrices, que incluye en esta categoría operaciones entre empresas operantes en un mismo mercado de producto o servicio, pero en distintos mercados geográficos, así como entre empresas con vínculos horizontales potenciales, van a ser prohibidas distintas operaciones en base, precisamente, al riesgo de reducción o eliminación de la competencia potencial¹².

25. Un segundo temor estaba vinculado a la posibilidad de que las modificaciones estructurales resultantes de la operación incitaran a la nueva entidad a llevar a cabo conductas anticompetitivas. En este caso, el recelo fundamental frente a estas operaciones era que pudieran ser utilizadas como instrumento facilitador de determinadas prácticas excluyentes, tales como, políticas de precios predatorias¹³, prácticas de vinculación o de reciprocidad (*reciprocal dealing*)¹⁴.

26. Quizás, la mayor muestra de la desconfianza suscitada por estas operaciones y de la respuesta contundente de las autoridades en materia de competencia, reside en el desarrollo de la teoría de la “trinchera” o *entrenchment*. Con arreglo a esta teoría, las concentraciones conglomerales constituían una amenaza para la competencia, si permitían reforzar la posición de dominio, ya poseída por una de

¹⁰ Es más, precisamente la disminución en el número de concentraciones horizontales consecuencia de la aplicación más estricta de la Sección 7 de la Clayton Act, llevó a finales de los años sesenta a las agencias a enfocarse en otros tipos de operaciones de reestructuración, de naturaleza vertical o conglomeral, que habían estado recibiendo menos atención. Vid. WITT: “Who’s afraid of conglomerate mergers..”, *cit.*, p.4, recogiendo las palabras del entonces comisario de la FTC, Reilly: “continuar priorizando la acción contra las concentraciones horizontales sería como organizar una gran expedición de caza para acechar a un dinosaurio. Este, simplemente ya no existe. Por otra parte, resulta difícil negar que falta persecución en el área actualmente más problemática: las concentraciones conglomerales”.

¹¹ 1968 *Merger Guidelines*, disponibles en: <https://www.justice.gov/archives/atr/1968-merger-guidelines>.

¹² Esta preocupación está presente en los casos *U.S. v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964); *FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568 (1967); *U.S. v. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526 (1973); *U.S.v. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974); *Tenneco, Inc. v. FTC*, 689 F.2d 346 (2d Cir. 1982).

¹³ Determinadas concentraciones conglomerales fueron condenadas con arreglo a la teoría de que podrían facilitar conductas predatorias, al crear entidades con mayor capacidad financiera (*deep pocket*) que, por tanto, podrían permitirse largos periodos de pérdidas sostenidas. Vid. *ad. ex.*, *U.S. v. Alum. Co. (Cupples)*, 233 F.Supp. 718, (E.D.Mo. 1964), affirmed mem., 382 U.S. 12 (1965).

¹⁴ Así, por ejemplo, en *FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592 (1965), se consideró que la operación hubiera permitido a la empresa concentrada imponerse como proveedor y como comprador en un mercado intermediario y utilizar el poder que tenía en un lado (como proveedor) para reforzar su posición en el otro (como comprador).

las empresas parte en la operación. Refuerzo que podía deberse, bien a la consecución de determinadas eficiencias (por ejemplo, en la producción o distribución de productos complementarios), al aumento de la capacidad financiera o a la extensión de la línea de producción, situaciones todas ellas que afectaban a la posición de las empresas rivales de menores dimensiones, incapaces de replicar estas ventajas¹⁵.

27. Pero esta situación va a empezar a cambiar a partir de los años ochenta. Por una parte, se va a emprender un paulatino proceso de “desconglomerización” de las estructuras corporativas estadounidenses, al buscarse otras formas más eficientes de organización empresarial¹⁶.

28. En segundo lugar, el triunfo de las ideas de Chicago¹⁷ y la progresiva reorientación del Derecho de la competencia estadounidense hacia una actitud más permisiva, limitando el contenido del ilícito competitivo a conductas susceptibles de afectar al bienestar del consumidor, mediante subidas de precios o reducciones de la producción, determinará el paulatino abandono de estas teorías y de la preocupación por sujetar a control las concentraciones conglomerales. Se defiende la eficiencia generalmente asociada a este tipo de operaciones, la naturaleza puramente especulativa de muchos de los argumentos tradicionalmente utilizados para su condena y la idoneidad y suficiencia de la normativa de control *ex post* de conductas empresariales (sección 1 y 2 de la *Sherman Act* y sección 3 de la *Clayton Act*) en el caso de que alguna de las prácticas temidas, como los precios predatorios o la vinculación, llegue efectivamente a producirse.

29. Las agencias administrativas y las autoridades judiciales recogen esta nueva orientación. Así, por ejemplo, las Directrices sobre concentraciones no horizontales de 1984¹⁸, eliminan cualquier referencia expresa a las concentraciones conglomerales. Se limita a definir con carácter general las concentraciones no horizontales como aquellas entre empresas operantes en distintos mercados y, frente a las Directrices anteriores, reconoce el carácter generalmente procompetitivo de estas operaciones y la presencia de eficiencias vinculadas a su relación. No solo el término conglomeral desaparece de estas pautas del DOJ sobre la aplicación de la sección 7 de la Clayton Act, También lo hace cualquier referencia a las teorías del daño utilizadas anteriormente en relación a las operaciones conglomerales, con la única salvedad de la posible eliminación de un competidor potencial. Situación que, como hemos indicado anteriormente, responde a una concepción, hoy superada, que limitaba la calificación de operaciones horizontales a las realizadas entre competidores actuales.

30. Este cambio de paradigma llega a los tribunales que, con la única salvedad apuntada, rechazarán el carácter nocivo para la competencia de las operaciones conglomerales. Así, la condena judicial de concentraciones que simplemente crearan incentivos para la realización de conductas excluyentes va a convertirse en un residuo del pasado.

2. La política europea sobre concentraciones conglomerales: alejamientos pero sin ruptura definitiva

31. La despreocupación estadounidense frente a las concentraciones conglomerales no es comparada en el ámbito europeo o, al menos, no respecto a todas las posibles modalidades de estas operaciones.

¹⁵ Vid. Y. LIM: “Tech Wars: Return of the Conglomerate - Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?-, *Journal of Korean Law*, 19, 2020, pp. 51 y ss.

¹⁶ Vid. *in extenso*, sobre este proceso de desconglomeratización, G.F. DAVIS/K.A. DIEKMANN/C.H. TINSLEY: “The Decline and Fall of the Conglomerate Firm in the 1980s: The Deinstitutionalization of an Organizational Form”, *cit*, pp. 549 y ss.

¹⁷ La política tradicional en materia de concentraciones conglomerales fue objeto de severísimas críticas y duros ataques por parte de los miembros de la Escuela de Chicago, vid. especialmente, R. BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, New York, 1993, pp. 252 y ss.; R. POSNER: “Conglomerate Mergers and Antitrust Policy: An Introduction”, 44 *St. John’s Law School*, 1969, pp. 529 y ss.

¹⁸ *Non-Horizontal Merger Guidelines*, disponible en https://www.justice.gov/d9/pages/attachments/2019/07/30/2614_1_0.pdf

Sin perjuicio de que, en algunos periodos se haya mitigado la preocupación por los efectos anticompetitivos de estas operaciones, unido a una redefinición de los mismos, las concentraciones conglomerales han ocupado siempre un puesto en la política europea de control de la concentración empresarial.

32. Desde la aprobación, a finales de los ochenta, del primer Reglamento de control de las concentraciones¹⁹, la Comisión Europea no ha dejado de expresar su preocupación de que, en determinados supuestos, estas operaciones puedan efectivamente dar lugar a lesiones de la competencia, mediante la formación o el refuerzo de posiciones dominantes en el mercado común²⁰.

33. Fundamentalmente, en los años noventa y primeros años del siglo XXI se fueron desarrollando diversas teorías sobre el eventual impacto anticompetitivo de estas concentraciones, que pueden ser englobadas en la ambigua y difusa categoría de “efectos-cartera” (*portfolio effects*) o “efectos-gama” (*range effects*). Pese a la inexistencia de una postura unánime sobre el alcance de este concepto²¹, la preocupación esencial que subyace en esta teoría es que, la formación de una amplia cartera de productos puede incentivar a la entidad resultante de la concentración a llevar a cabo determinadas conductas excluyentes que acaben, a medio o largo plazo, afectando a la estructura de los distintos mercados implicados y consolidando posiciones de poder en los mismos.

34. Este riesgo se va a condicionar a la concurrencia de, como mínimo, dos circunstancias, en la concentración proyectada. En primer lugar, la preexistencia de poder económico –no necesariamente dominante- en al menos uno de los mercados afectados y la combinación de productos comercializados en mercados vecinos o relacionados.

35. En presencia de determinadas circunstancias, la combinación de estos productos puede otorgar a la entidad concentrada la habilidad y el incentivo económico para llevar a cabo prácticas empresariales que acaben afectando a la conformación estructural de los mercados. Más concretamente, la empresa puede recurrir a conductas, como la vinculación, que le permitan extender el poder económico preexistente a uno o más de los mercados que comprende ahora su nueva cartera de productos (*leverage*).

36. A diferencia de las concentraciones horizontales o verticales, la principal preocupación tradicionalmente asociada a las concentraciones conglomerales, la constituía no tanto la modificación inmediata y directa de la estructura de los mercados, sino la consolidación o refuerzo indirecto de posiciones de dominio mediante la facilitación de determinadas conductas de carácter excluyente.

37. Ahora bien, junto a estos eventuales efectos o peligros anticompetitivos, de la ampliación de la cartera de productos pueden, igualmente, derivarse efectos beneficiosos como consecuencia de la consecución de economías de escala y alcance en la producción y, principalmente, en la distribución conjunta de los distintos bienes integrantes de la cartera. De hecho, el problema principal que la evaluación de estas operaciones planteaba -y sigue planteando-, es que muchas de las potenciales conductas excluyentes son, al menos en el corto plazo, deseables o beneficiosas desde el punto de vista de los clientes y consumidores finales (por ejemplo, descuentos, prácticas de *mixed-bundling*, etc.).

¹⁹ Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, *sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*. DOUE-L-1989-81594.

²⁰ Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5, Contribución de la Comisión Europea, pp. 239 y ss.; G. DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assessment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, *International Antitrust Law & Policy, Ford.Corp. L. Inst.*, 2001, pp. 183 y ss.

²¹ Así, por ejemplo, NALEBUFF recoge un concepto amplio de efectos cartera, que incluye tanto aquellos supuestos en los que existe una relación de complementariedad entre los productos, como los casos de presencia de un vínculo de sustitución o de ausencia total de relación entre los bienes. En el marco de la OCDE se utiliza un concepto más restringido que se limita a los efectos que pueden derivarse de concentraciones en las que se combinan productos de marca vendidos en mercados vecinos o relacionados, siempre que, además, al menos una de las partes de la operación posea poder en alguno de los mercados afectados. Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002), Background Note, p. 23.

38. La valoración de estas operaciones resulta, por tanto, compleja y plantea el delicado problema de arbitrar un criterio válido de distinción entre operaciones potencialmente lesivas de la competencia y operaciones procompetitivas.

39. La Comisión se ha limitado a identificar una serie de factores que es preciso ponderar para determinar el impacto que estas operaciones puedan tener en la estructura competitiva del mercado (titularidad de la marca más importante o de una o más marcas importantes de un mercado determinado; cuotas de mercado de las distintas marcas o productos, especialmente en relación con las cuotas de los competidores; naturaleza de la relación existente entre los distintos productos integrantes de la cartera; importancia relativa de los distintos mercados en los que las partes disponen de cuotas y marcas significativas; etc.). En general, la política de la Comisión Europea frente a estas operaciones ha estado marcada por el escepticismo y la desconfianza; especialmente presentes en las concentraciones conglomerales consideradas susceptibles de favorecer la realización de prácticas de vinculación. Consideraciones de esta naturaleza estuvieron presentes en diversas operaciones autorizadas tras aceptar una serie de compromisos²² y de hecho, fueron uno de los factores determinantes de la prohibición de la operación en diversos casos, especialmente a principios del 2000 en los polémicos *Tetra Laval/ Sidel*²³ y *GE/Honeywell*²⁴. En ambos casos, el ejecutivo comunitario prohibió la operación de concentración proyectada por considerar que las mismas podían dar lugar a la creación y refuerzo de posiciones dominantes, entre otras razones, al facilitar la realización de prácticas de vinculación (*tying* en sentido estricto y) anticompetitivas.

40. Esta política de la Comisión frente a las concentraciones conglomerales suscitó numerosas críticas doctrinales y fue sometida a una severa corrección por parte de los tribunales de justicia europeos.

41. La decisión en el caso *Tetra Laval* fue anulada posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia²⁵, sentencia confirmada posteriormente por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁶. El Tribunal, siguiendo la misma línea utilizada en otros casos, como *Airtours*²⁷ y *Schneider*²⁸, realiza un exhaustivo y meticuloso análisis de los supuestos de hecho del caso. La revisión judicial no cuestiona los principios legales fundamentales aplicados por el ejecutivo comunitario, sino la ponderación realizada de las circunstancias fácticas y el análisis económico sobre los efectos anticompetitivos de la transacción. El Tribunal tacha éste de especulativo, considerando que las conclusiones no se apoyaban en elementos sólidos y no habían sido probadas de forma rigurosa y convincente²⁹.

42. Así, el Tribunal reconoce que las concentraciones conglomerales pueden, en determinadas circunstancias, tener efectos anticompetitivos, admitiendo, con carácter general, la posibilidad de funcionamiento del *leverage* y su legitimidad como criterio de prohibición de una operación de concentración. Ahora bien, pese a este reconocimiento formal, tanto el TPI como el TJCE van a endurecer considerablemente la carga de la prueba de la Comisión en estos supuestos, estableciendo clara y expresamente que los efectos de estas concentraciones, generalmente, son neutrales o beneficiosos, por lo que

²² Vid. los casos *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* y *Guinness/Grand Metropolitan*, cit.

²³ Decisión de la Comisión, de 30 de octubre de 2001, Asunto IV/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*.

²⁴ Decisión de la Comisión, de 3 de julio de 2001, Asunto IV/M.2220, *General Electric/Honeywell*.

²⁵ Sentencia del TPI de 25 de octubre de 2002, Asunto T-5/02, *Tetra Laval v. European Commission*

²⁶ Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, Asunto C.12/03P

²⁷ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, Asunto T-342/1999, *Airtours v. European Commission*.

²⁸ Sentencia del TPI de 22 de octubre de 2002, Asunto T-310/01, *Schneider Electric v. European Commission*.

²⁹ La sentencia del TPI fue recurrida por la Comisión ante el TJCE. Entre otras cuestiones, la Comisión alegó que el TPI se había extralimitado en el análisis de la decisión, limitando indebidamente su discrecionalidad en la ponderación de circunstancias fácticas y económicas complejas. El Tribunal, en opinión de la Comisión, no se había limitado a una revisión, sino que había asumido funciones decisorias, sustituyendo totalmente el juicio y opiniones de la Comisión por los suyos propios. Este argumento es desestimado por el TJCE (Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, Asunto C- 12/03 P). Vid. un comentario en S. VÖLCKER/P. CHARRO: “*Tetra Laval* –a landmark judgement on EC merger control”, *Competition Law Insight*, 8 Marzo 2005, pp. 3 y ss. y la distinta valoración que del mismo realiza la Comisión en G. DRAUZ: “Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement”, 2, CPNL, 2005, pp. 35 y ss.

las teorías sobre eventuales efectos anticompetitivos tienen que estar sustentadas en circunstancias de hecho objetivas y en indicios convincentes.

43. La trascendencia del caso GE/Honeywell reside en el doble y contradictorio enjuiciamiento de los mismos supuestos de hecho en Europa y en EE.UU. La operación proyectada fue autorizada, sólo con modificaciones menores, por las autoridades estadounidenses y prohibida por la Comisión Europea. Esta decisión fue apelada y si bien, el TPI³⁰ no la revoca, el mantenimiento de la prohibición de la concentración se realiza única y exclusivamente en atención a sus posibles efectos horizontales, rechazándose el análisis realizado por la Comisión sobre los eventuales efectos conglomerales de la operación.

44. En principio, el TPI reconoce que las concentraciones conglomerales pueden, en determinadas circunstancias, tener efectos anticompetitivos, especialmente estas operaciones puedan dar lugar al refuerzo o creación de una posición dominante tras un intervalo temporal y como resultado de una determinada conducta de la nueva entidad empresarial en un primer mercado. Ahora bien, vuelve a exigir al ejecutivo que demuestre la existencia de factores que permitan probar que la realización de prácticas excluyentes por la empresa fusionada en un futuro cercano constituye una estrategia racional. En la baremación de estos incentivos futuros de la empresa, el TPI afirma la importancia del hecho de que, a las conductas excluyentes, cuya realización se teme, puedan serles de aplicación las normas del Tratado CE específicamente orientadas a la represión de conductas anticompetitivas (actuales artículos 101 y 102 TFUE), en lo que se conoce como el “wait-and-see approach”.

45. La revisión por parte de los tribunales europeos a principios de siglo de la política de la Comisión sobre concentraciones conglomerales marcó un punto de inflexión.

46. En primer lugar, y a diferencia del caso estadounidense, donde son eliminadas hasta nominalmente, los posibles daños a la competencia de las operaciones conglomerales sí se contemplan en las *Directrices de la Comisión sobre concentraciones no horizontales*³¹.

47. La Comisión, como indicado previamente, si bien parte de un concepto amplio de concentración conglomeral, como concentraciones entre empresas cuya relación no es estrictamente horizontal ni vertical, ciñe su eventual nocividad para la competencia solo a concentraciones entre empresas activas en mercados estrechamente relacionados. Como punto de partida, reconoce que, en la mayoría de los casos, las concentraciones conglomerales son eficientes y no presentarán ningún problema de competencia. No obstante, en algunas ocasiones de estas operaciones pueden derivarse efectos anticompetitivos, especialmente de exclusión o cierre de mercado a otros competidores³². El cierre se vincula ahora exclusivamente a la posibilidad de que la operación facilite a la entidad resultante la realización de conductas de vinculación que le permitan extender el poder de un mercado a otro³³.

48. No obstante, después de estas sentencias, la Comisión solo muy aisladamente, tomó en consideración en el análisis de las operaciones notificadas los posibles daños derivados de operaciones o efectos conglomerales³⁴. De hecho, durante la primera década del siglo la situación era un mero reconocimiento teórico pero poco protagonismo en la práctica.

³⁰ Sentencia del TPI de 14 de diciembre de 2005, asunto T-210/01, *GE v. Comisión*

³¹ *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, 2008/C265/07.

³² En las Directrices también se hace referencia a los posibles efectos de coordinación derivados de las concentraciones conglomerales (párrafos 119 a 121) pero, a diferencia, de las concentraciones verticales, la Comisión se limita a apuntar esta posibilidad sin entrar en un desarrollo pormenorizado de la misma.

³³ Directrices (párrafos 93-118).

³⁴ Vid. ad.ex. Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2011, Asunto COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP* y Decisión de la Comisión de 15 de julio de 2005, Asunto COMP/M.3732, *Procter&Gamble/Gillette*.

49. Esta situación ha cambiado en los últimos años y, a diferencia, de los EE.UU., la Comisión ha examinado las posibles repercusiones conglomerales de operaciones de concentración y ha impuesto remedios específicos para hacerlas frente en diversos casos³⁵, especialmente en el contexto de los mercados digitales.

III. Las preocupaciones estructurales en los mercados digitales

1. La formación de los grandes conglomerados digitales

50. Durante las últimas décadas, como hemos tenido ocasión de examinar, especialmente en EE.UU., las concentraciones conglomerales no formaron parte de la política antitrust, pero, en los últimos años, estamos asistiendo a su reaparición. Una entrada comedida, sutil, con pequeños avances, pero adquiriendo un progresivo protagonismo en la agenda de autoridades de competencia, organizaciones y foros internacionales³⁶, así como, en los intereses de la doctrina económica y jurídica. En este último sentido, los autores han vuelto a afilar la pluma, recuperando viejas teorías, o apuntando nuevas, del daño a la competencia que puede derivarse de operaciones entre empresas no relacionadas horizontal ni verticalmente.

51. El revulsivo que ha conducido a la revisión de las políticas de los últimos años ha sido la especial conformación estructural de los mercados digitales dominados por las grandes plataformas tecnológicas que han ido creando y consolidando su imperio en la última década.

52. Pero no es solo el crecimiento de estas grandes plataformas y el fortalecimiento progresivo de su poder de mercado lo que ha invocado las viejas preocupaciones conglomerales. Este crecimiento y el correspondiente incremento del grado de concentración de los mercados también se ha producido en otros sectores económicos, pero la principal diferencia es que, en el ámbito digital, ese crecimiento ha sido radial, desde un negocio principal o central se ha ido extendiendo a otros productos o servicios más o menos interrelacionados dando lugar a auténticos ecosistemas digitales y a la reaparición en los mercados de los extintos conglomerados. Google, Meta, Amazon, Apple no son solo grandes plataformas digitales... son, además, los nuevos conglomerados del siglo XXI³⁷.

53. Esta formación no es fruto del crecimiento interno sino, que es debida, en gran parte, al crecimiento externo empresarial mediante el recurso a operaciones de concentración. Como ha sido señalado gráficamente, las principales plataformas “están devorando empresas con la ferocidad de Pac-Man”³⁸. Muchas de las transacciones realizadas en los mercados digitales obedecen a un patrón similar: concentraciones por las que una gran empresa asentada en el mercado adquiere una empresa recién llegada o

³⁵ Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011, Asunto M.5984, *Intel/McAfee*; Decisión de la Comisión de 25 de febrero de 2016, Asunto M.7822, *Dentsply/Sirona*; Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 2017, Asunto M. 7873, *Worldline/Equens/Paysquare*; Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2016, Asunto M.8124, *Microsoft/LinkedIn*; Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2017, Asunto M.8314, *Broadcom/Brocade*; Decisión de la Comisión de 18 de enero de 2018, Asunto M.8306, *Qualcomm/NXP*.

³⁶ OECD. Roundtable on Conglomerate Effects on Mergers, *cit.*; International Competition Network (ICN). *Conglomerate Mergers Project. Report* (2019-2020)

³⁷ Así, Google no es sólo un mero proveedor de un buscador digital. Ha crecido hasta ofrecer servicios como programación y gestión del tiempo, almacenamiento en la nube, mensajería instantánea, video chat, mapas y navegación, teléfonos inteligentes, etc. y también participa activamente en inteligencia artificial y salud. Meta. De su negocio principal, redes sociales y publicidad, se ha ido extendiendo a otros mercados como la inteligencia artificial, la computación en la nube, la realidad aumentada y el Internet de las cosas. Microsoft es hoy en día una empresa tecnológica global que ofrece, entre otros, sistemas operativos para PC, servidores y dispositivos móviles, aplicaciones de productividad entre dispositivos, otras soluciones de software, dispositivos de hardware, soluciones basadas en la nube y publicidad en línea. Amazon, por su parte, partiendo de un negocio inicial de comercio de libros, se ha ido integrando vertical y conglomeralmente. Ya no solo es el gran gigante del comercio electrónico, sino que sus actividades se han extendido a computación en la nube, centro de datos, videos en streaming, drones, etc. Vid. Y. LIM: “Tech Wars: Return of the Conglomerate...”, *cit.*, pp. 53 y ss.;

³⁸ Vid. R. KRAUSE: “The New Digital Conglomerates: Google, Facebook, Amazon... and Apple?”, *cit.* p. 1.

start up, que ofrece un producto o servicio novedoso, pagándose por ella un precio muy superior al que podría deducirse de su volumen de ingresos. Se trata de operaciones en las que el valor real de la empresa adquirida reside en el carácter innovador de los productos o servicios ofrecidos, la información o datos que controle, así como su presencia en el mercado en términos de número de usuarios de sus servicios³⁹.

54. Los grandes conglomerados han vuelto. No obstante, a pesar de alguna similitud inmediata, más bien pintoresca, como la importancia de la figura personal de sus directivos, existen importantes diferencias entre estos conglomerados y los de los años cincuenta⁴⁰, que no deben ser minusvaloradas en el diseño de una política antitrust. El conglomerado de la era digital es un animal diferente al conglomerado clásico.

55. La adquisición de empresas en diferentes mercados de productos o servicios es una búsqueda de diversificación. En los años cincuenta y sesenta, la estrategia empresarial que justificaba esa diversificación, sin perjuicio de la eventual consecución de sinergias, estaba motivada fundamentalmente, por la gestión de los riesgos, mediante su compartimentalización, adquiriéndose para ello empresas ya maduras en distintas líneas de productos y servicios.

56. La conglomeración observada en la era digital sigue siendo una estrategia de diversificación, pero con un propósito diferente. En el pasado, el objetivo principal de la diversificación era asignar capital para reducir la volatilidad y el riesgo para los accionistas.

57. En la era digital actual, la conglomeración parece perseguirse más por miedo al desplazamiento que por el carácter cíclico de los negocios, intentando evitar no tener en cuenta las novedades tecnológicas que vayan produciéndose. La estrategia detrás de la formación de los grandes conglomerados digitales es el control de la innovación.

58. La conglomeración también puede considerarse un mecanismo para ampliar la extensión y el alcance del compromiso de los clientes con la empresa, induciéndolos a interactuar continuamente con ella en todas las actividades diarias a través de una variedad de productos y servicios. Constituye una forma de capturar datos y abrir oportunidades para generar ventas o ingresos mientras se aprovechan los conocimientos obtenidos de los datos recopilados.

59. De hecho, a diferencia del conglomerado clásico, los conglomerados de la nueva era digital a menudo buscan sinergias con un negocio principal. Algo que parece un conglomerado puro en la superficie, podría ser mucho más coherente en el fondo.

2. Los efectos conglomerales en la práctica reciente

60. ¿Cuál ha sido la respuesta de las autoridades de competencia frente a estos grandes conglomerados digitales y frente a la oleada de concentraciones que ha conducido a su formación? Como primer dato de interés, es necesario resaltar qué de estas operaciones, solo un número muy escaso ha sido examinado por las autoridades de la competencia de las distintas jurisdicciones⁴¹ y hasta la fecha,

³⁹ Conjuntamente, los “Big 5”, término con el que se alude a las empresas comprendidas en el antiguo acrónimo GAFAM, han realizado más de 800 adquisiciones de empresas en la última década. En una estimación, y en base a los datos de dominio público, puede constatar que Alphabet ha adquirido al menos 249 empresas desde su fundación a final del siglo XX, Microsoft, 248, Apple 125; Facebook, 93 y Amazon 91. Vid. A.C.WITT: “Big Tech Acquisitions: The return of the conglomerate merger control?”, *Concurrences*, núm.3, 2020.

⁴⁰ Vid. Y. LIM: “Tech Wars: Return of the Conglomerate...”, cit., pp. 55 y ss.; G.F. DAVIS/K.A. DIEKMANN/C.H. TINSLEY: “The Decline and Fall of the Conglomerate Firm in the 1980s: The Deinstitutionalization of an Organizational Form”, cit., pp. 549 y ss.

⁴¹ En Europa la aplicación de las normas sobre concentraciones en mercados digitales plantea una serie de dificultades

ninguna ha sido objeto de prohibición. De hecho, la mayoría de estas operaciones ha sido autorizada en las fases iniciales del procedimiento sin condiciones. No obstante, pese a esta corriente favorable, sí cabe apreciar, especialmente en el marco europeo, que algunas de las preocupaciones detectadas en estas operaciones de crecimiento estructural y, frente a lo que había venido siendo la política tradicional, no se enfocan en los efectos horizontales o, incluso, verticales de las concentraciones, sino en los posibles efectos conglomerales.

A) Europa

61. La Comisión Europea, hasta la fecha, ha investigado 22 adquisiciones llevadas a cabo por las empresas incluidas en el antiguo acrónimo GAFAM: 3 por Meta⁴²; 5 por Google⁴³; 10 por Microsoft⁴⁴; 2 por Amazon⁴⁵ y, finalmente, 2 por Apple⁴⁶. No todas ellas han culminado en una decisión formal. Ninguna de estas operaciones ha sido objeto de prohibición. Sin embargo, en algunos de los casos investigados, la Comisión ha identificado diversos problemas para la competencia, y ha condicionado la autorización a la asunción de una serie de compromisos por parte de las empresas implicadas. En otros, las dudas expresadas por la Comisión respecto al potencial anticompetitivo de la operación proyectadas pueden haber sido la causa de la renuncia a llevarla a cabo⁴⁷.

62. Ha sido destacado por la doctrina, como pese al estándar permisivo en relación a las concentraciones no horizontales, que se deduce de la *Comunicación sobre concentraciones no horizontales*, ha sido precisamente, en relación a los posibles efectos verticales y, sobre todo, conglomerales de las

en la práctica, principalmente por lo que respecta a la propia posibilidad de activar el mecanismo de control. En este sentido, como ha sido indicado, en los mercados digitales son frecuentes las concentraciones por las que una gran empresa asentada en el mercado adquiere una empresa recién llegada o *start up*, que ofrece un producto o servicio novedoso, pagándose por ella un precio muy superior al que podría deducirse de su volumen de ingresos. El problema que se plantea en estos casos, en el ámbito europeo, es que los umbrales actuales de notificación –que activan el procedimiento de control– están estructurados en función del volumen de negocios de las empresas partícipes en la operación (es decir, asociado únicamente al nivel de facturación de las partes, así como algún vínculo con el territorio), por lo que estas operaciones podrían quedar fuera de los mismos, sin que pudiera entrarse a valorar su eventual incidencia competitiva. Es más, el mecanismo de remisión de operaciones sin dimensión comunitaria del artículo 22 resultaba poco operativo para resolver esas disfunciones porque su aplicación exigía que la concentración tuviera que ser notificada conforme a los umbrales nacionales (muchos de ellos también articulados en torno a la cifra de negocios, por lo tanto, igualmente inaplicables. No obstante, esta interpretación será cambiada en 2021, con la publicación de una nueva Comunicación orientada a incrementar el uso de este mecanismo para facilitar la detección de operaciones potencialmente anticompetitivas.

⁴² Decisión de la Comisión de 17 de mayo de 2017, Asunto M.8228, *Facebook/Whatsapp*; Decisión de la Comisión de 27 de enero de 2022, Asunto M.10262, *Meta/Kustomer*; Decisión de la Comisión de 3 de octubre de 2014, Asunto M.7217, *Facebook/Whatsapp*.

⁴³ Decisión de la Comisión de 11 de marzo de 2008, Asunto M.4731, *Google/Doubleclick*; Decisión de la Comisión de 28 de marzo de 2023, Asunto M.10796, *Google/Photomath*; Decisión de la Comisión de 13 de febrero de 2012, Asunto M.6381, *Google/Motorola Mobility*; Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2020, Asunto M.9660, *Google/Fitbit*; Decisión de la Comisión de 23 de febrero de 2016, Asunto M.7813, *Sanofi/Google/DMI JV*.

⁴⁴ Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2013, Asunto M.7047, *Microsoft/Nokia*; Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2021, Asunto M.10290, *Microsoft/Nuance*; Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 2018, Asunto M.8994, *Microsoft/Github*; Decisión de la Comisión de 5 de marzo de 2021, Asunto M.10001, *Microsoft/Zenimax*; Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2016, Asunto M. 8124, *Microsoft/Linkedn*; Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 2011, Asunto M.6281, *Microsoft/Skype*; Decisión de la Comisión de 15 de mayo de 2023, Asunto 10646, *Microsoft/Activision Blizzard*; Decisión de la Comisión de 10 de febrero de 2012, Asunto M.6474, *GE/Microsoft/JV*; Decisión de la Comisión de 18 de febrero de 2010, Asunto M.5727, *Microsoft/Yahoo/Search Business*; Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 2016, Asunto M.8109, *FIH Mobile/Feature Phone Business of Microsoft Mobile*.

⁴⁵ Decisión de la Comisión de 15 de marzo de 2022, Asunto M.10349, *Amazon/MGM*; Decisión de la Comisión de 29 de enero de 2024, Asunto M.10920, *Amazon/Irobot*.

⁴⁶ Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2014, Asunto M.7290, *Apple/Beats*; Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018, Asunto M.8788, *Apple/Sazam*; Decisión de la Comisión de 1 de marzo de 2017, Asunto M.8352, *KRR/KSL/Apple Leisure Group*.

⁴⁷ Así, por ejemplo, en la mediática operación proyectada en el caso *Amazon/Irobot*, Decisión de la Comisión de 29 de enero de 2024, Asunto M.10920

operaciones proyectadas, por los que la Comisión ha decidido realizar una investigación más profunda. Es más, en dos de las tres decisiones condicionadas que se han producido, la Comisión ha utilizado teorías del daño propias de las concentraciones conglomerales: Microsoft/LinkedIn⁴⁸ y Google/Fitbit⁴⁹.

63. En el asunto MS/LinkedIn, a la Comisión le preocupaba que Microsoft pudiera aprovechar su fuerte posición en el mercado de los sistemas operativos para PC en el mercado de las redes sociales profesionales, ya sea preinstalando LinkedIn en Windows o integrando funciones de LinkedIn en Outlook u otros productos de Microsoft. La fusión fue autorizada condicionada a diversos remedios de conducta (básicamente no incurrir en las conductas de integración y preinstalación -unas formas de tying- que podrían dar lugar al cierre de mercados).

64. En el asunto *Google/Fitbit*, la Comisión consideró que Google tendría, tanto la capacidad como el incentivo económico, para aprovechar su posición dominante en el suministro de sistemas operativos sujetos a licencia para dispositivos móviles inteligentes en el mercado de dispositivos sanitarios portátiles de pulsera.

65. El razonamiento es el mismo en ambos casos: las partes que se fusionan tendrían la capacidad de incurrir en conductas excluyentes después de la fusión. Para evitar esta situación, se condiciona la aprobación de la operación a determinados remedios de conducta.

B) EE.UU.

66. La mayoría de las operaciones de concentración llevadas a cabo por los grandes operadores digitales, al igual que en Europa, no han sido objeto de análisis por parte de las autoridades de competencia. De hecho, hasta la fecha, solo un caso, la adquisición de ITA por Google, ha llegado a los tribunales siendo objeto de compromiso con la adopción de remedios de dudosa efectividad⁵⁰.

67. Por su parte, los casos examinados por las autoridades antitrust estadounidenses han sido cerrados, en muchas ocasiones, sin una decisión razonada desde una perspectiva sustantiva sobre los eventuales peligros para la competencia de las concentraciones proyectadas y las circunstancias que han conducido a descartar su concreción en el caso concreto⁵¹. Esto dificulta conocer las teorías del daño que han sido consideradas y si estas se centran, por tanto, en los efectos conglomerales, horizontales o verticales de la operación.

68. Por ejemplo, en relación con Google, se iniciaron investigaciones en cuatro operaciones de concentración. La ya aludida adquisición de ITA, y las adquisiciones de DoubleClick (2007); AdMob 82010) y Motorola Mobility (2012). En principio estos casos se centraron en las posibles implicaciones horizontales y verticales de las operaciones. Sin embargo, en Google/DoubleClick, la FTC sí menciona la posibilidad de que la entidad resultante de la operación pudiera extender (*leverage*) su posición de dominio a un nuevo mercado, no relacionado horizontal ni verticalmente, a través de prácticas de *bundling*. Un efecto propio de las operaciones conglomerales, por tanto. Las autoridades de competencia, no obstante, nunca utilizan esa denominación, que ha desaparecido del léxico antitrust desde la publicación de las Directrices no horizontales de 1984 que, recordemos, se limitaban a señalar los riesgos para la competencia de las operaciones de integración verticales.

⁴⁸ *Microsoft/LinkedIn*; Decisión de la Comisión de 7 de octubre de 2011, Asunto M.6281.

⁴⁹ En los últimos años, la Comisión ya ha examinado fusiones de conglomerados en los mercados digitales como Microsoft/Skype (cit.) e Intel/McAfee (cit.). El primero fue aprobado condicionalmente en la fase I y el segundo aprobado sin condiciones.

⁵⁰ *US v. Google Inc and ITA software*, Civil Case No. 1:11-cv-00688.

⁵¹ Este ha sido el caso, por ejemplo, de la polémica adquisición de Instagram por parte de Facebook, cuya investigación fue cerrada sin explicaciones por la FTC. Precisamente, ahora se observa un arrepentimiento por parte de la FTC que está intentando el examen retroactivo de la operación por la vía de la aplicación de la Sección 2 de la Sherman Act

69. Las nuevas Directrices de 2020, aprobadas durante la administración Trump conjuntamente por la FTC y el DOJ, no recuperan esta terminología, es más, de hecho la denominación Directrices sobre concentraciones no horizontales es sustituida por Directrices sobre concentraciones verticales, excluyendo, en principio, aún más si cabe la posible consideración de las concentraciones conglomerales.

70. Ahora bien, pese a que la terminología conglomeral ha sido efectivamente eliminada de la política antitrust, algunos autores sí creen ver su incorporación “espiritual” en las nuevas directrices, dada la amplitud con la que son definidas las concentraciones verticales, englobando operaciones estrictamente verticales, operaciones diagonales y operaciones de productos o servicios complementarios. Estas dos últimas se refieren a situaciones que en el pasado hubieran merecido la calificación de concentraciones conglomerales. La posibilidad además de que vuelvan a ser objeto de consideración en el control de concentraciones estadounidense algunos de los riesgos tradicionalmente asociados a las conglomerales aumenta, al hacerse referencia expresa ahora, como peligro, no solo a los posibles efectos inmediatos en los niveles de precios o producción, sino también a los efectos de exclusión.

71. En cualquier caso, y pese a la mayor apertura de estas directrices respecto a las de 1984, estas no consiguen reflejar el sentimiento actualmente existente sobre los objetivos del Derecho de la competencia. Estas dudas sobre su alcance se ponen de manifiesto por la voluntad de la FTC, capitaneada por Linda Khan, muy crítica con el estándar de apreciación del daño antitrust derivado de Chicago, de retirar la firma de la FTC de estas directrices a menos que sean objeto de reformas que reflejen una concepción más amplia del ilícito antitrust⁵².

IV. ¿Y el futuro...?

72. El poder de las grandes empresas digitales ha puesto de relieve los efectos de los conglomerados. Se recupera así una de las preocupaciones clásicas del Derecho antitrust, característica de otras etapas históricas en las que los criterios estructuralistas marcaban la conformación de la política antitrust y la lucha contra el poder económico privado constituía uno de sus objetivos.

73. Ahora bien, hasta el momento, esta llamada a la reconsideración de los posibles daños a la competencia derivados de operaciones conglomerales, ha tenido, como hemos tenido ocasión de examinar, una incidencia limitada en la práctica de autoridades de competencia y tribunales de justicia.

74. El debate, por el momento, se está moviendo en un plano más teórico, en el esbozo o aprobación de distintas modificaciones o propuestas normativas o de *softlaw*; en foros internacionales o en los análisis más recientes de doctrina jurídica y económica. A mi juicio, de este debate, pese a que aun sea incipiente o no esté suficientemente maduro, podemos extraer ya una serie de conclusiones y, sobre todo, puntos de reflexión.

75. En primer lugar, aunque se proyecté sobre mercados novedosos, el debate sobre la necesidad de control o no de las grandes empresas y, en este caso, de los conglomerados, no lo es. Como tampoco son nuevos los argumentos utilizados en cada una de las posiciones y los temores que las sustentan. Así, frente a los conglomerados se plantean cuestiones que trascienden al Derecho de la competencia -o al menos, al Derecho de la Competencia de las últimas décadas- y reflejan preocupaciones más amplias, como la importancia del control de la privacidad de los individuos, las desigualdades de renta, la obtención de superbeneficios, la posible captura del regulador, etc. El gigantismo empresarial y la concentración de mercados vuelven a generar desconfianza desde una perspectiva, no solo económica, sino también política, incrementada en este caso por el temor que desata la unión de ese poder con el cada vez mayor control datos o información personal.

⁵² Vid. A.C. WITT: “Who’s afraid of corporate mergers...”, *cit.*, pp. 25 y ss.

76. Centrándonos en el Derecho de la competencia, considero importante incidir en dos circunstancias o factores que deberían ser tomados en consideración para conformar la política antitrust en relación con las concentraciones conglomerales y, especialmente, con las realizadas en los mercados digitales.

77. En el momento actual, se está revisando la concepción del ilícito competitivo centrado solo en los resultados inmediatos de las conductas en los niveles de precios o producción en mercados definidos y desconectado de sus posibles efectos en la estructura de dichos mercados. La vuelta de los criterios estructurales es más llamativa en los EE.UU., donde el estándar de la restricción de la producción estaba bien asentado. En Europa es menos rompedora porque, con altibajos, se ha mantenido una visión de daño a la competencia más amplia o mediata, en un enfoque de carácter dinámico, más centrada en la protección del proceso competitivo en cuanto tal que en la obtención de un determinado resultado.

78. De acuerdo con este nuevo paradigma estructural, hay cabida de nuevo en el Derecho de la competencia para la consideración de los efectos conglomerales en el control de las concentraciones entre empresas, dado que el daño del que suelen ser acusadas estas operaciones es su potencial de cierre de mercados o foreclosure al facilitar la realización de prácticas excluyentes, como, entre otras, las prácticas de tying o bundling.

79. Sí parece existir consenso en la doctrina económica que, con independencia del estándar de valoración adoptado, las eficiencias asociadas a las concentraciones conglomerales pueden ser sustanciales y los daños muy dependientes de las características específicas de los mercados afectados.

80. Esta situación, en principio proclive o favorable a estas operaciones, ha de tomarse como punto de partida en el análisis de las concentraciones conglomerales en los mercados digitales, pero teniendo igualmente en consideración que, dadas las especiales características de estos, estas operaciones de reestructuración pueden ser más peligrosas, e inclinar la balanza de los efectos anti y procompetitivos. Se recomienda así una mayor alerta o cautela a la hora de concluir sobre la procompetitividad de una operación, reivindicándose la necesidad de ponderar sus efectos en función del grado de concentración de los mercados o de la presencia en los mismos de efectos de red que pueden incrementar su nocividad.

81. Junto a esta mayor peligrosidad, estos mercados presentan nuevos riesgos o peligros. Se ha tratado de ofrecer nuevas teorías del posible daño a la competencia de los conglomerados digitales. En realidad, en muchos casos, se trata de matizaciones o versiones de las teorías clásicas sobre efectos conglomerales especialmente las vinculadas al riesgo de exclusión a través del *bundling* o *tying*. Así, por ejemplo, la teoría del “envolvimiento” o *envelopment*, que se refiere a la capacidad de una plataforma con dominio en un mercado para ingresar a otro mercado de plataformas agrupando o vinculando los productos, imposibilitando que las plataformas competidoras en el segundo mercado puedan competir.

82. Muchas de las nuevas teorías del daño pueden vincularse a la configuración, ya aludida, de los conglomerados digitales como auténticos ecosistemas⁵³ y a las motivaciones que determinan su formación y que aconsejan revisar los parámetros e instrumentos clásicos de valoración de la anticompetitividad de las operaciones.

83. En este sentido, por ejemplo, hasta el momento, cuando la Comisión Europea ha analizado los efectos de diversas operaciones conglomerales (como en Microsoft/Linkedn o en Google/Fitbit)

⁵³ A esta preocupación parece responder realmente el temor (identificado en el documento de la OCDE) a que a través de estas operaciones se produzca una organización de productos en ecosistemas que den lugar a la creación de “one stop shopping” experiencia para los consumidores. El temor es que se creen barreras de entrada que requieran a las empresas la entrada simultánea en varios mercados o que conduzcan a la coordinación de conductas y a la relajación de la competencia en precios, incrementado la simetría y los contactos multimercado entre las empresas.

ha partido siempre del impacto de las conductas en mercados diferenciados y aislados. El problema que reviste esta apreciación de la incidencia de la operación en la competencia en diversos mercados de productos o servicios, es que, generalmente, al no ser mercados que se superponen, no se aprecian efectos anticompetitivos. Se ha señalado reiteradamente por la doctrina que la adecuada valoración de los efectos reales de las operaciones puede exigir la consideración de otras opciones en la delimitación del mercado relevante, como la presencia de un único mercado, o de mercados dependientes o múltiples. Como hemos visto, la Comisión se ha mostrado receptiva a estas teorías, incorporándolas en la reciente Comunicación sobre el mercado relevante. Veremos si son tenidas o no en cuenta en la práctica.

84. Finalmente, sí parece deducirse claramente del debate abierto y de las distintas propuestas doctrinales, la importancia tener especialmente presente para valorar la anticompetitividad de una operación de concentración en los mercados digitales, de los posibles daños a la innovación más que su impacto en los precios o la producción. Recordemos que una de las principales motivaciones en la adquisición de empresas operantes en mercados vecinos, interrelacionados o conexos es no perderse “la última novedad”.

The invisible college of international lawyers in Private International Law today

El invisible colegio de juristas internacionales en el Derecho internacional privado de hoy

BURKHARD HESS*

Professor at the University of Vienna

MARTA REQUEJO ISIDRO*

Professor and Legal secretary at Court of Justice of the European Union

Recibido: 23.08.2024 / Aceptado: 10.10.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8953

Abstract: These pages elaborate briefly on Oscar Schachter’s celebrated reflections about an invisible college of international lawyers, with a focus on today’s private international law.

Keywords: “Invisible college”, law-making processes, professional community of international scholars, Hague Convention 2019.

Abstract: Con un enfoque en el Derecho internacional privado actual, estas páginas reflexionan brevemente sobre la célebre idea de Oscar Schachter de un “colegio invisible” de juristas internacionales.

Palabras clave: “Colegio invisible”, procesos de elaboración de leyes, comunidad profesional de académicos internacionales, Convenio de La Haya de 2019.

Sumario: I. The Metaphor. II. The Extension to Private International Law. III. The Situation in Private International Law Today. 1. Actors. 2. Methods. 3. Epistemic Communities Today.

I. The Metaphor

1. Almost fifty years ago, OSCAR SCHACHTER published two famous articles about the “Invisible College of International Lawyers”¹. In these writings, he described the role and the function of the legal profession, especially of academics, in international law. The first article was part of the “*Livre du centenaire de l’Institut de Droit International*”. It primarily aimed at describing the role developed by scholars in international law-making processes when acting scientific institutions such as the International

*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. BURKHARD HESS is a professor at the University of Vienna; Prof. MARTA REQUEJO Isidro is a legal secretary at the Court of Justice of the European Union. All opinions are exclusively of the authors.

¹ O. SCHACHTER, “The Role of the Institute of International Law and its Methods of Work – Today and Tomorrow”, in: Institut de Droit International, *Livre du Centenaire 1873-1973, Évolution et perspectives du droit international*, pp. 403-451 (Basel 1973). In the second article, published four years later, the author took up the topic more explicitly: O. SCHACHTER, “The Invisible College of International Lawyers”, 72 *Northwestern University Law Review* 217-226 (1977-1978).

Law Association or the Institut de Droit International (IDI). Although SCHACHTER was not the only one to realise and to reflect about this role², his metaphor became a successful, prominent quote in the legal literature of Public International Law, and has been revisited several times³.

2. SCHACHTER observed that the international legal profession, especially as academics are concerned, is characterized by what can be described as a particular type of “*dédoublement fonctionnel*”⁴, meaning that they move to and from academia to positions in international organizations and national government bodies where they actively engage in developing (public) international law. This was a courageous statement, especially in the context of the Cold War and decolonization. It should nevertheless be recalled that *Schachter* mainly focused on the description of a specific mindset in international scholarship⁵.

3. SCHACHTER drew three conclusions from his above-mentioned observation⁶. First, the interplay between independent academia and political function raised the issue whether objectivity could possibly exist in international law. Second, the concept of the invisible college implied that there is a unified discipline in international law. Third, the community of international lawyers does not just ascertain the existing *lex lata*, but also plays a role in the process of creating new law and in extending the existing rules so as to meet emerging needs⁷. At the same time, however, SCHACHTER was well aware of the heterogeneity of the “invisible college” and realistically referred to the “wide international participation [of the community] embracing persons from various parts of the world and from diverse political and cultural groupings”⁸.

4. In public international law today, the idea of the “invisible college” has lost much of its appeal. In fact, even 20 years ago authors already acknowledged the increasing plurality within, and fragmentation of public international law⁹. Now, the general framework of law making has changed considerably¹⁰: the growing influence of elements from civil society in the international law making and adjudicative processes must inevitably be taken into account¹¹.

² See for instance, already some years before, F. MUNCH, “L’institut de droit international: ses debuts comme organe collectif de la doctrine”, (1968) *Revista Espanola de Derecho Internacional* 536-547. The author recalls that the original Article 6 of the bylaws of the IDI proclaimed the incompatibility between active diplomatic service and membership to the IDI – a prohibition that did not prevent persons assigned to other governmental positions from joining the Institute. The ban was lifted several years later. Referring to the situation at the end of sixties of the XX century, *Munch* says: “De nos jours, l’Institut se recrute essentiellement dans l’Université, et les avocats, publicistes, et les hommes politiques disparaissent. De nos jours, d’autre part, on trouverait difficilement un membre ou associé qui n’aurait pas été au moins temporairement, sous tel ou tel titre, au service d’un gouvernement”.

³ See for instance S. VILLALPANDO, “The Invisible College of International Lawyers Forty Years Later”, ESIL Conference Paper 5 /2013; L. LEANO SOARES PEREIRA, N. RIDI, “Mapping the ‘invisible college of international lawyers’ through obituaries”, 34 *Leiden JInt'lL* 67-91 (2021).

⁴ In this regard he relied on the conceptual perception of public international law that *Georges Scelle* elaborated on, according to which States were the main actors in international law, not only in their own interest, but also in the interest of the international community, cf. VILLALPANDO (n. 3), p. 3, n. 5.

⁵ SCHACHTER, in IDI (ed.) *Livre du Centenaire* (n. 1), p. 405, 409 (describing the college as an ideal).

⁶ Summarized by VILLALPANDO (n. 3), p. 4-5.

⁷ SCHACHTER (n. 1), 72 *NwULRev* 217, 223 [1977-1978]

⁸ SCHACHTER (n. 1), 72 *NwULRev* 217, 222-223 [1977-1978]

⁹ VILLALPANDO (n. 3), p. 6 ff; M. KOSKENNIEMI, “Fragmentation of international law” (13 April 2006), UN Doc A/CN.4/L.682, para 65 ff.

¹⁰ The modern approach refers to “epistemic communities” cf. F. CARDENAS, J. D’ASPREMONT, “Epistemic Communities in International Adjudication”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (2020), paras 18 ff.

¹¹ Typical actors are NGO’s in Human Rights (such as Amnesty International) or in environmental protection/climate change (such as Greenpeace, Fridays for Future or Milieudéfense), cf. C. VOIGT, “Climate Change as a Challenge for Global Governance, Courts and Human Rights” in: W. KAHL, M.P. WELLER (eds.) *Climate Change Litigation* (Beck/Nomos/Hart 2021), pp. 2-20.

II. The Extension to Private International Law.

5. Does – or did - private international law¹² also benefit from an “invisible college”? Well, although SCHACHTER mainly addressed examples of public international law, his original assumption included both public and private international law, and indeed the Institute de Droit International has academic members from both areas¹³. Furthermore, SCHACHTER explicitly saw the college as a way of reducing of the gap between public and private international law¹⁴.

6. Admittedly, the metaphor has not been often used in private international law scholarship. In spite of it, we can nevertheless assume that it is also suitable in the field of private international law. If we look at the three major Institutions addressing cooperation, coordination and harmonization of private international law —the Hague Conference, Unidroit and UNCITRAL¹⁵— the participation and influence of scholars specializing in private international law cannot be ignored¹⁶. Even today, these international organizations are often organized and supported by prominent scholars in the field¹⁷, and their staff usually have strong academic backgrounds and close connections to universities.

7. Has the situation in private international law-making changed during the last 50 years? Yes, considerably. An early change was due to the regional economic integration that triggered the emergence of Regional Economic Integration Organizations¹⁸ as new players in the international arena¹⁹. Today, judicial cooperation has shifted in many (although not in all) areas of the world from unilateral regulatory approaches by nation States, which were predominant in private international law 50 years ago²⁰, to regional cooperation where judicial cooperation is seen as a relevant element of a broader framework of economic integration²¹. Similar developments are found in relation to the constitutionalization of judicial cooperation, where mainly regional human rights’ courts promote legal change²². Therefore,

¹² Private International Law is understood here in a broad sense, encompassing international cooperation in areas of jurisdiction, conflict of laws, recognition and enforcement of judgments and broad judicial cooperation.

¹³ SCHACHTER (n. 1), in: IDI (ed.) *Livre du Centenaire*, p. 403, 404 ff. did not expressly separate both branches, and at p. 414, he clearly stressed the need to regard developments in international law from both public and private perspectives, and to avoid any unnecessary bifurcation.

¹⁴ SCHACHTER (n.1), in: 72 *NwULRev* 217, 222 (1977-1978).

¹⁵ W. BRYDIE-WATSON, “The Three Sisters of Private International Law: An Increasingly Co-Operative Family rather than Sibling Rivals”, in: T. JOHN, R. GULATI, B. KÖHLER (eds.), *The Elgar Companion to the Hague Conference of Private International Law* (2020), pp. 23 - 41.

¹⁶ A pertinent example is the involvement of prominent scholars in the preparation of the 2019 Judgments Convention (to mention only some of them: *F. Pocar, G. Saumier, P. Garcimartín, C. Gonzales Beilfuss, R. Brand, T. Domej, P. Beaumont* and, in earlier stages of the project, *A. van Mehren, P. Nygh, L. Silberman, A. Borrás and K. Kessedijan*). We can also mention here the Secretaries Generals of UNIDROIT, *I. Tirado* and *H. Kronke*. In the Hague Conference, the role of the founding father *T.M.C. Asser* is unforgotten.

¹⁷ Professor *A. L. Calvo Caravaca* himself has acted as Delegate of the Spanish Ministry of Foreign Affairs to the Special Commission of the Hague Conference of Private International Law. Since 2019, he is a member of the UNIDROIT Governing Council.

¹⁸ OAS, Council of Europe, European Union, MERCUSOR, OHADA. More informal cooperation exists among the Arabic States and in Asia where especially China with the Belt and Road Initiative has become an important player (and maybe a game changer).

¹⁹ M. WELLER, ‘Mutual Trust’: A Suitable Foundation for Private International Law in Regional Integration Communities and Beyond?’ in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law – Recueil des cours* (Brill 2022), vol. 423. M. OYARZÁBAL, ‘The Influence of Public International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law’ *Collected Courses of the Hague Academy of International Law - Recueil des cours* (Brill 2023) vol. 428, paras 204 ff. (on regional IOs).

²⁰ B. HESS, ‘History and Evolution (Actors, Factors and debates), Chapter 2 of Part XIV (Cross-border and International Dimensions) in: B. HESS, M. WOO, L. CADIEU, E. VALLINES, S. MENETREY, (eds), *Comparative Procedural Law and Justice* (CPLJ), available at <https://www.cplj.org/publications/14-2-history-and-evolution-actors-factors-and-debates> (last visited August 2024), paras 4 ff.

²¹ Cf. HESS (n. 20) paras 26 ff.

²² Cf. B. HESS, ‘The Humanization of Private International Law2, Presentation at the Hague Academy of Private International Law, May 2023, publication pending, text at n. 26 ff.

regional actors have become more important, also with regard to the protection and promotion of human rights²³. On their side, international organizations dealing with judicial cooperation and harmonization have established regional offices to enhance cooperation at the regional level²⁴.

8. At the same time, additional international players such as the International Monetary Fund, the World Bank, the OECD, and of course the UN itself, have entered the scene. Current global debates, like the one on business and human rights²⁵ and sustainability/climate change²⁶ have been developed in UN frameworks. In these debates, the influence of international scholars has diminished, with NGOs and political activists playing a more prominent role.

9. Moreover, the predominant role of international law has been complemented by additional approaches, mostly borrowed from economics and social sciences, where statistics and empirical research have gained considerable influence²⁷.

10. As a result of the foregoing, the world of private international law today appears much more fragmented and polarized than it was 50 years ago. In what follows, we would like to elaborate further on these changes by looking at the actors, the methods and, finally, at the present epistemic community of private international lawyers.

III. The Situation in Private International Law Today

1. Actors

11. Not only law-making frameworks have changed during the last 50 years. New (political) actors have also entered the scene. Transnational enterprises and business organizations (not only as targeted defendants in lawmaking and litigation, but also acting as lobbyists behind the scene), powerful NGOs²⁸ along with organized investors (especially hedge funds and litigation funders²⁹) as well as global law firms³⁰ are influencing regional and international law-making processes³¹, in combination with litigation³². Today, issues of global and regional governance dominate law-making processes in private

²³ One should also add that regional learned societies have been established like the European Law Institute or the European Association of Procedural Law.

²⁴ Cf. N. GONZALEZ-MARTIN, on the HCCH regional office in Latin American and the Caribbean; R. FRIMPING OPPONG & P. N. OKOLI on the office in Africa; and Y. NISHITANI on the Asian office in: T. JOHN, R. GULATI, B. KÖHLER (eds.), *The Elgar Companion to the Hague Conference of Private International Law* (2020), pp. 42 – 67. UNCITRAL established regional offices in the Caribbean and in Africa.

²⁵ The 2011 UN Guiding Principles of Business and Human Rights, endorsed by the UN Human Rights Council on 16 June 2011, have become a broadly accepted standard for the duties of MNE in this context. See Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, J. RUGGIE, available at https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A%2FHRC%2F17%2F31 (last visited August 2024).

²⁶ Kyoto Protocol to the UN Framework Convention on Climate Change of 11 December 1997, entered into force 16 February 2005, 2303 UNTS 162; Paris Agreement on Climate Change of 12 December 2015, entered into force 16 February 2016, 55 ILM 740. It should be noted though that these treaties do not provide for any binding dispute resolution mechanism, cf. I. ALO-GNA, C. BAKKER, J.-P. GAUCI, “Introduction, in: eid. (eds), *Climate Change Litigation: Global Perspectives* (Brill 2021), p. 10 ff.

²⁷ See *infra*, under III.2 (“The situation in Private International Law Today - Methods”).

²⁸ Some of them like Amnesty International and Greenpeace have been active for almost 50 years and have a highly specialized network of professional staff and supporters at their disposal.

²⁹ Although these actors are more present in sovereign debt litigation, cf. OYARZÁBAL, (n. 19) RdC Vol 428 (2023), 139, paras 270 ff., they are acting as well behind the scenes in commercial disputes.

³⁰ B. GARTH, “Transnational Arbitral Community”, Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (2018), paras 25 ff.: the arbitral community as custodian of international commercial arbitration.

³¹ Reportedly, hedge funds have strongly lobbied against the EU Commission’s proposal on business and human rights: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 May 2023.

³² B. HESS, “Strategic Litigation: A New Phenomenon in Dispute Resolution”, MPILux Research Paper 2022 (3), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4107384, p.

international law in a similar way as in public international law.³³ Just take the example of climate change. Sustainability is a new leitmotif of international law making and it has become an issue in climate change litigation against private actors, too.³⁴ This movement is being driven primarily by (competitive) NGOs but also by individual activists. It brings together public and private regulators and courts as all available redress mechanisms are co-opted to promote the political objective.³⁵ From this perspective, the idea of an “invisible college” appears difficult to maintain.

2. Methods

12. The emergence of new actors has undoubtedly contributed (and heavily) to the changes of the law-making processes. Nevertheless, the old paradigm of international conventions, accompanied by explanatory reports, still exists, as the 2019 Hague Judgments Convention demonstrates³⁶. However, modern law making requires much more empirical and statistical assessment: maybe not at the global level, but in the context of the ratification of the respective instruments.

13. Let us illustrate these changes by referring to an example, namely the accession of the European Union to the 2019 Hague Judgments Convention³⁷.

14. The European Commission initiated the process of ratification³⁸. The ground work of said process followed the so-called “Better Lawmaking Guidelines (BLG)”, a regulatory scheme mandatory for all units of the European Commission when preparing legislative proposals.³⁹ Under the BLG scheme, the competent unit commissions preliminary studies for legal initiatives from consultancy firms like Deloitte, Milieu, PwC and similar⁴⁰. Their task of the latter is to evaluate the current legal and economic situation and to prepare a so-called “impact assessment”. This assessment should demonstrate the economic and societal impacts of the law-making initiative and evaluate legislative alternatives. The consultancy companies usually contact individual researchers to carry out or supervise the requested studies, as they do not have the experienced staff to conduct scientific enquiries themselves. Finally, these studies focus very much on the collection of statistical or empirical data. Admittedly, the approach does not entail that lawyers (and academics) are not involved. However, they are consulted only as one among several groups of stakeholders. The identity of individual participants is not specified unless they insist to be mentioned by name.

15. Recently, we looked into the impact assessment made by EU Commission regarding the 2019 Hague Convention⁴¹. It presents empirical and statistical data and estimations about the impact of

³³ Often described as public and private enforcement (and vice versa).

³⁴ H. VAN LOON, Presentation at the Centenary of the Hague Academy of International Law, 26 May 2023, pending publication.

³⁵ VOIGT (n. 11), p. 2 ff.

³⁶ HCCH Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, Explanatory Report of F. GARCIMARTÍN and G. SAUMIER, www.hcch.net.

³⁷ Ass. jur. *Nils Elsner*, Research Fellow at the Institut für Zivilverfahrensrecht, Vienna University, assisted with the following research.

³⁸ COM (2021) 388 final, *infra* at n. 41.

³⁹ Commission Staff Working Document: Better Regulation Guidelines (BRG) of 3.11.2021, SWD(2021) 305 final, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/swd2021_305_en.pdf (last visited August 2024). The BRG provide for a uniform procedure that consists of the following steps: once a political objective has been adopted, the responsible unit within the competent Directorate General has (1) to assess the problems and (2) to evaluate alternative solutions to the existing policies. It must (3) engage actively with stakeholders and (4) prepare the legislative initiative. Central elements of this preparatory legislative process are the evaluation of the current state of affairs, consultations with stakeholders and the preparation of an impact assessment that should predict and evaluate alternatives within the law-making process. The different steps and formal benchmarks of the Regulation Guidelines are binding for all units of the EU Commission unless the Secretariat General permits deviations in the case at hand.

⁴⁰ For specific areas, the EU Commission concludes framework agreements with these consulting firms based on a public tender. Once admitted, only these firms are included in the consulting process

⁴¹ Proposal for a Council Decision on the accession of the European Union to the 2019 Hague Judgments Convention COM(2021) 388 final of July 16, 2021 and Accompanying Staff Working Document, SWD(2021) 192. The Report of the Com-

the ratification of the Convention by the Union. As required by the Better Regulation Guidelines, DG Justice sought the involvement of stakeholders. However, the consultations proved difficult. The EU Commission launched a public consultation via the EU-portal ‘Have Your Say’, which resulted in only 13 responses. A consulting firm (*Deloitte*) organised an online survey where 52 persons responded. 45 of them were legal professionals from EU Member States, and 32 of those professionals came from Portugal⁴². In addition, 25 of these respondents were bailiffs⁴³. No need to say, the outcome shows considerable imbalance as the involvement of bailiffs in the recognition of third State judgments appears to be very limited⁴⁴. Therefore, it is no surprise that the study candidly notes that most of the respondents (“the vast majority”) had no experience in the field – they were neither experts nor stakeholders⁴⁵. This acknowledgment did not prevent the authors of the study from including the results of the consultations (of the bailiffs) over almost 16 pages in their Report.

16. As the BRG require, a macro-economic impact assessment was conducted by the same consulting firm (*Deloitte*). According to its “methodology”, the calculation started with the working assumption that eight selected non-EU countries —Australia, Argentina, Brazil, Canada, China, Japan, South Korea and the United States of America— would ratify the Convention in 2021 and that the Convention would enter into force among these contracting parties in 2022⁴⁶. The reference period for the estimated impacts of the Convention was 2022–2026.

17. In order to assess the economic impacts, the *Deloitte* Study projected economic impacts from existing EU free trade agreements concluded with the reference countries⁴⁷. The study starts with a baseline forecasting the economic developments for the years 2020–2026 without the EU acceding to the Hague Convention⁴⁸. The assumption was that the accession of the EU to the Judgments Convention would similarly stimulate trade and services between the contracting parties as the conclusion of a trade agreement. However, this assumption appears problematic, too: although a uniform regime for the recognition and enforcement of judgments would certainly promote international trade and investment, the impacts of a free trade agreement are much greater. Free trade agreements address a multitude of factors directly linked to cross-border commerce⁴⁹. Thus, assuming that the economic impacts of a ratification of a free trade agreement with the ratification of the Judgments Convention would be of the same magnitude does not appear to be persuasive. In fact, the study on the macro-economic impact states: ‘*It is important to note that these estimations and ranges are not empirically tested and should therefore be interpreted with caution*’⁵⁰. Nevertheless, the study presumes that the estimated benefits for EU citizens by 2026 would range from 1.1 to 2.6 million euros (per year).⁵¹ We leave it to the reader to decide whether these figures are credible or not. To our good fortune, the EU Council adopted the Convention, obviously without reading the 80 pages of the impact assessment.⁵²

mission’s Staff is 46 pages long; it has seven Annexes that include different consultations and a Study supporting the impact assessment prepared by the consulting firm *Deloitte* (comprising 80 pages).

⁴² Portugal does not appear to be the most important hub in Europe for the import of judgments coming from third States, despite its cultural and economic relationships with Lusophony countries.

⁴³ SWD(2021) 192 final, p. 55. 78% of the answers came from Portugal, SWD(2021) 192 final, p. 163. 56% of the answers were given by bailiffs, SWD(2021) 192 final, p. 164.

⁴⁴ Bailiffs usually enforce a judgment from a third State once it has been recognized and declared enforceable by a court.

⁴⁵ Against this backdrop, it does not make sense that the *Deloitte* Study details the answers of “stakeholders” in percentages, SWD(2021) 192 final, p. 165–172.

⁴⁶ This unrealistic assumption has proved to be wrong. As of August 2024, not one of the States mentioned had ratified the Convention.

⁴⁷ The referenced free trade agreements were not specified.

⁴⁸ The study distinguishes several scenarios ranging from no ratification, to a ratification with reservations and to a ratification without reservations.

⁴⁹ Free trade agreements also include provisions on regulatory standards, health, safety rules, investment, banking and finance, intellectual property, etc.

⁵⁰ SWD(2021) 192 final, p. 74.

⁵¹ SWD(2021) 192 final, p. 74.

⁵² Council Decision (EU) 2022/1206 of 12 July 2022 concerning the accession of the European Union to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ 2022 L 187/4 ff.

3. Epistemic Communities Today

18. Let us finally return to the invisible college. Does it still exist, despite all the changes in political law making? Our answer is clearly positive. Just look around: undeniably, there an epistemic community of scholars, practitioners and public servants devoted to the shared understanding that the ratification of the 2019 Hague Convention, despite its regulatory deficiencies, will improve judicial cooperation in civil matters at the global level.

19. There might be as well an epistemic community (this is the more modern designation of the invisible college)⁵³ in private international law, based on a common understanding of the added value of judicial cooperation in the interest of individuals and private companies. On the other hand, much as we would like to, we cannot ignore the reality of voices formulating a fundamental critique to the goals of the Hague Conference, and to its underlying values, by highlighting the “otherness” and differences of legal cultures, and stressing the difficulties to reconcile them through harmonized rules of private international law.⁵⁴ More explicitly, some authors deny the legitimacy of a “global community” in private international law which is dominated by the “Global North” and neglects the “Global South”⁵⁵. This short piece is certainly not the right place to address “post colonialism”. But allow us to conclude by stating that respecting different cultures and bridging societal divergence, and even injustice, by a network of cooperation appears to us the best solution without any other viable alternative. Therefore, together with esteemed colleagues like Professor CALVO: let us continue as a more or less invisible college of private international law.

⁵³ CARDENAS, D'ASPREMONT (n. 10) para 12 on “interpretative communities”.

⁵⁴ H.M. WATT, “The work of the HCCH and the path of the law”, in: T. JOHN, R. GULATI, B. KÖHLER (eds.), *The Elgar Companion to the Hague Conference of Private International Law*, pp. 79-110, 80 ff.

⁵⁵ R. MICHAELS, “Private Law Theory and the ‘Global Legal Community’”, 23 *German Law Journal* 851-861 (2022).

Precisiones jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 5.2 del estatuto de bloqueo europeo. STGUE 12 julio 2023

Jurisprudential clarifications on the application of article 5.2 of the european blocking statute. About the Judgment of the EU General Court of 12 July 2023

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra
ORCID ID: 10.20318/cdt.2024.8954

Recibido: 03.06.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Resumen: A la luz de la sentencia del Tribunal General de 12 julio 2023, y teniendo también en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 diciembre 2021, este trabajo analiza algunas de las cuestiones que plantea la aplicación del artículo 5, apartado segundo, del estatuto de bloqueo europeo. De esta manera se abordan cuestiones como el ámbito temporal de las Decisiones mediante las que se conceden las autorizaciones previstas en el citado precepto, la ponderación de los intereses en presencia, algunos elementos fundamentales a la hora de conceder dichas autorizaciones, los eventuales derechos de los terceros afectados, etc. El trabajo pone de relieve las limitaciones y carencias que se plantean en la aplicación del precepto.

Palabras clave: Estatuto de bloqueo europeo; artículo 5, apartado segundo; derechos de los terceros afectados; elementos fundamentales para la concesión de la autorización.

Abstract: In the light of the judgment of the General Court of 12 July 2023, and also taking into account the judgment of the Court of Justice of 21 December 2021, this paper analyzes some of the issues raised by the application of Article 5(2) of the European blocking statute. In this way, questions such as the temporal scope of the Decisions granting the authorizations provided for in the aforementioned provision, the weighing of the interests involved, some fundamental elements when granting such authorizations, the possible rights of the third parties concerned, etc., are addressed. The work highlights the limitations and shortcomings that arise in the application of the precept.

Keywords: European Blocking statute; Article 5, second paragraph; rights of the third parties concerned; fundamental elements for the granting of the authorization.

Sumario: Palabras introductorias. II. Un presupuesto imprescindible: la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2021 en el asunto C-124/20, Bank Melli Iran/Telekom Deutschland. III. Presupuestos de hecho que dieron lugar a la sentencia del TGUE de 12 de julio de 2023. IV. Principales pronunciamientos de la sentencia. 1. Introducción. 2. El ámbito temporal de las Decisiones impugnadas. 3. La ponderación de los intereses en presencia. 4. La exclusión de la solución consistente en recurrir a alternativas menos gravosas para los terceros afectados. 5. Precisión de algunos elementos fundamentales a la hora de conceder una autorización en base al artículo 5, apartado segundo, del estatuto de bloqueo. 6. El problema del derecho de terceros afectados a ser oídos durante el procedimiento de concesión de la autorización. Breve referencia a los aspectos procedimentales en las sanciones impuestas por la Unión Europea. V. Conclusiones.

I. Palabras introductorias

1. Esta publicación aborda un tema a medio camino entre el Derecho Internacional Privado, el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Unión Europea, pero además se centra en un aspecto novedoso y de notable actualidad, por estos motivos he decidido aportarlo a este libro homenaje, ya que a lo largo de su dilatada trayectoria académica y de la multitud de trabajos que ha publicado, el Profesor Calvo Caravaca frecuentemente ha abordado temas novedosos y actuales que han abierto nuevos ámbitos de estudio y reflexión y se han apoyado y proyectado notablemente sobre la práctica.

II. Un presupuesto imprescindible: la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2021 en el asunto C-124/20, Bank Melli Iran/Telekom Deutschland

2. El estatuto de bloqueo de la Unión Europea se contiene fundamentalmente en el Reglamento (CE) 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella¹. Se trata de una norma que ha conocido importantes modificaciones y actualizaciones, especialmente en 2018 a raíz de que Estados Unidos de América reintrodujese sus *Secondary Sanctions* contra la República Islámica de Irán². La finalidad del estatuto de bloqueo es proteger a los llamados operadores de la UE de los efectos extraterritoriales de determinadas normas extranjeras, que son las que se enumeran en su Anexo, y que a día de hoy consisten en sanciones secundarias de Estados Unidos contra Cuba e Irán.

3. Una nota fundamental del estatuto de bloqueo es que establece la obligación para los operadores de la UE de denegación de cooperación o deber de incumplimiento establecida en el artículo 5,

¹ DOCE L 309, de 29 noviembre 1996, p. 1. Existen numerosos estudios de alcance general sobre el estatuto de bloqueo, entre otros: L. TRUYENS, S. LOOSVELD, “The EU Blocking Regulation: navigating a diverging sanctions landscape”, *ICCLR*, vol. 30, n° 9, pp. 490-501. A. VRIES, “Council Regulation (EC) n° 2271/96 (the EU Blocking Regulation)”, *Int'l Bus. Lawyer*, vol. 26, n° 8, 1998, pp. 345 y ss. T. RUYLS, C. RYNGAERT, “Secondary sanctions: A Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to US Secondary sanctions”, *British Yearbook of International Law*, 2020, pp. 81 y ss. H. LESGUILLONS, “Helms-Burton and D’Amato Acts: Reactions of the European Union”, *IBLJ*, vol. 1, 1997, pp. 95-111. S. SMIS, K. VAN DER BORGH, “The EU-US Compromise on the Helms-Burton and D’Amato Acts”, *American Journal of Int'l Law*, vol. 93, 1999, pp. 227 y ss. W. S. DODGE, “The Helms-Burton Act and Transnational Legal Process”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 20, 1996-1997, pp. 713-728. J. HUBER, “Le dispositif Legislatif adopte par l’Union Européenne pour neutraliser les effets des lois américaines Helms-Burton et D’Amato-Kennedy”, en: H. GHERARI, S. SZUREK (eds.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. Á propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, Paris, 1998, pp. 219-237. B. LEURENT, “Les implications des législations de sanctions et de blocage sur les relations juridiques privées internationales”, en: H. GHERARI, S. SZUREK (eds.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. Á propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, Paris, 1998, pp. 277-292. T. STOLL, S. BLOCKMANS, J. HAGEMEIJER, A. HARTWELL, H. GÖTT, K. KARUNSKA, A MAURER, *Extraterritorial sanctions on trade and investments and European responses*, Estudio solicitado por la Comisión de Comercio Internacional (INTA), 2020. R. GAUVAIN, C. D’URSO, A. DAMAIS, S. JEMAI, *Rétablir la souveraineté de la France et de l’Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, rapport de l’Assemblée nationale (France)*, 2019. PH. BONNECARRÈRE, *Sur l’extraterritorialité des sanctions américaines*, Rapport d’Information, n° 17 (2018-2019), Senat, Francia. FINANCIAL MARKETS LAW COMMITTEE, *U.S. Sanctions and the EU blocking statute Regulation: Issues of legal uncertainty*, 2019. N. TILAHUN, “Resisting (US) Sanctions: A Comparison of Special Purpose Vehicles, Blocking Statutes and Countermeasures”, *Global Trade and Customs Journal*, September 2022, pp. 1-13. J. L. IRIARTE ÁNGEL, “La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 63, 2020, pp. 81-112.

² Reglamento Delegado (UE) 2018/1100 de la Comisión, de 6 de junio de 2018, por el que se modifica el anexo del Reglamento (CE) n° 2271/96 del Consejo, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (DOUE L 199, de 7 agosto 2018, p. 1) y Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 de la Comisión, de 3 de agosto de 2018, por el que se establecen los criterios para la aplicación del artículo 5, párrafo segundo, del Reglamento (CE) n° 2271/96 del Consejo, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (DOUE L 199, de 7 agosto 2018, p. 7).

párrafo 1º, del estatuto de bloqueo³. Es decir, ningún operador de la UE respetará de ninguna manera, ni directa ni mediante una filial o intermediario, de forma activa o por omisión deliberada, los mandatos, requisitos, condiciones, prohibiciones e incluso los requerimientos de juzgados extranjeros, basados en las normas citadas en el Anexo o derivados de ellos directa o indirectamente, o en las acciones basadas en ellos o derivadas de ellos; por consiguiente tampoco debe respetar ni cumplir las decisiones, sentencias y laudos basados en dichas normas. Este mandato se formula, en principio, de una manera absoluta; así por ejemplo, si un operador de la UE solicita a la OFAC una licencia individual de concesión de una excepción o exención de la normativa enumerada en el Anexo, ya estaría cumpliendo dicha normativa y por lo tanto vulnerando el estatuto de bloqueo y las normas estatales que lo implementan⁴. Igualmente, si un operador de la UE recibe una demanda presentada ante un Tribunal norteamericano en base a la Ley Helms-Burton, los artículos 2 y 5 del Reglamento (CE) 2271/96 le obligan a comunicar la circunstancia a la Comisión y a prescindir de realizar cualquier acción en relación con tal demanda.

4. El TJUE, mediante su sentencia de 21 de diciembre de 2021⁵, ha aportado una importante, aunque discutible, interpretación del artículo 5, párrafo 1º, del estatuto de bloqueo. Lo primero que hay que señalar es que se separa parcialmente de lo sostenido por el Abogado General en sus conclusiones⁶. En estas últimas se propone una interpretación del artículo 5, párrafo primero del estatuto de bloqueo europeo que implica hacer frente de una manera decidida y directa a las *Secondary Sanctions* de Estados Unidos, pero que en su aplicación podía haber puesto a las empresas europeas ante situaciones difíciles de resolver. En efecto, como reconoce el propio Abogado General, que llega a decir que “*no me complace especialmente llegar a este resultado concreto*”, las interpretaciones que propone hubieran provocado inevitablemente víctimas colaterales entre los operadores de la UE que se verían atrapados en el arduo dilema entre respetar las *Secondary Sanctions* norteamericanas o cumplir el estatuto de bloqueo europeo.

5. Por el contrario, el TJUE adoptó una posición mucho más matizada de consecuencias ambivalentes. En efecto, el contenido de su sentencia puede desvirtuar la eficacia del estatuto de bloqueo europeo y es contraria al espíritu que lo anima, puesto que va a facilitar que las empresas europeas adopten posiciones tendentes a cumplir las *Secondary Sanctions* norteamericanas, lo que perjudicará gravemente la situación de las empresas incluidas por la OFAC en la lista SDN. El que un operador de la UE pueda, sin motivarlo, poner fin a los contratos celebrados con una persona incluida en la lista *Specially Designated Nationals and Blocked Persons List* o que si dicho operador termina un contrato en contra de lo establecido en el estatuto de bloqueo, la terminación contractual solo será anulada si tal anulación no tiene efectos desproporcionados, especialmente pérdidas económicas, para el operador de la UE, refuerza sensiblemente los efectos de las sanciones extraterritoriales norteamericanas. Por otro lado, la solución adoptada por la sentencia confiere un gran poder de apreciación a los Tribunales nacionales que van a tener la facultad de ponderar en cada caso la libertad de empresa con los objetivos del estatuto de bloqueo y la probabilidad de pérdidas económicas del operador de la UE. Por el contrario, también hay que reconocer que la sentencia alivia la posición de las empresas europeas en el sentido de que atenúa la confrontación entre las *Secondary Sanctions* de Estados Unidos y el estatuto de bloqueo europeo. Se puede decir que de alguna manera la sentencia traza cierta compatibilidad entre el estatuto de bloqueo y las disposiciones contenidas en su Anexo.

³ Dice este precepto:

“*Ninguna persona contemplada en el artículo 11 respetará directamente o a través de una filial o intermediario, de forma activa o por omisión deliberada, los requisitos o prohibiciones, incluidos los requerimientos de juzgados extranjeros, basados en los textos legislativos que se enumeran en el Anexo o derivados de ellos directa o indirectamente, o en las acciones basadas en ellos o derivadas de ellos*”.

⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Nota de orientación. Preguntas y respuestas: adopción de la actualización del estatuto de bloqueo”, DOCE C 277, de 7 agosto 2018, p. 10.

⁵ ECLI:EU:C:2021:1035. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “El Reglamento de Bloqueo: un antídoto que mata”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 71, 2022, pp. 29-61. J. L. IRIARTE ÁNGEL, “El Tribunal de Justicia interpreta el artículo 5.1 del Estatuto de Bloqueo europeo. Sentencia de 21 de diciembre de 2021”, en: J. SUAY RINCÓN, F. J. BAUZÁ MARTORELL (Dir.), *Derecho Público, entre el poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho. Libro homenaje al Profesor José Eugenio Soriano García*, Barcelona, 2023, T. I, pp. 399-414.

⁶ ECLI:EU:C:2021:386.

6. Con independencia de la valoración que pueda merecer la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2021, dictada en el asunto C-124/20, su influjo sobre la sentencia del TGUE de 12 de julio de 2023 es indiscutible y de hecho esta última comienza invocándola en sus observaciones preliminares.

III. Presupuestos de hecho que dieron lugar a la sentencia del TGUE de 12 de julio de 2023

7. Como ya hemos dicho y se aprecia claramente en la sentencia referida en el apartado anterior, los operadores de la UE en muchas ocasiones se ven enfrentados a la dura disyuntiva de, por un lado, cumplir las *Secondary Sanctions* de Estados Unidos y asumir el riesgo de vulnerar el estatuto de bloqueo asumiendo el riesgo de ser sancionados por un Estado miembro de la Unión Europea o, por otro lado, cumplir lo dispuesto en el estatuto de bloqueo y enfrentar el riesgo de ser sancionados por la Administración norteamericana. Por esta razón, el párrafo 2º del artículo 5 del estatuto de bloqueo introduce una solución que matiza o atenúa el, en principio, terminante mandato del párrafo 1º del mismo artículo.

8. El párrafo 2º del artículo 5 del Reglamento (CE) 2271/96 establece que la Comisión podrá autorizar a los operadores de la UE a respetar las disposiciones citadas en el Anexo, en su totalidad o en parte, en los casos en los que su incumplimiento pueda perjudicar gravemente a sus intereses o a los de la Unión Europea. De esta manera, el interesado puede dirigirse a la Comisión solicitando que le autorice a cumplir las normas sancionadoras extraterritoriales norteamericanas si acredita que su incumplimiento le puede perjudicar gravemente.

9. La Comisión para conceder la autorización valorará los argumentos y pruebas presentados con la solicitud y la concederá o denegará aplicando los criterios que establece el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101. En su artículo 4, esta norma enuncia de manera ejemplificativa, por consiguiente se pueden ponderar otros índices, 14 criterios. Algunos son muy razonables y lógicos; por ejemplo: “... b) la existencia de una investigación administrativa o judicial en curso contra el solicitante por parte del tercer país del que emane la legislación extraterritorial enumerada, o de un acuerdo previo de resolución con dicho país; c) la existencia de un vínculo de conexión sustancial con el tercer país del que emanen la legislación extraterritorial enumerada o las acciones subsiguientes; por ejemplo, el hecho de que el solicitante tenga sociedades matrices o filiales, o una participación de personas físicas o jurídicas, sujetas a la jurisdicción primaria del tercer país del que emanen la legislación extraterritorial enumerada o las acciones subsiguientes; d) si el solicitante podría razonablemente adoptar medidas para evitar o mitigar el perjuicio; e) el efecto adverso sobre el ejercicio de la actividad económica, en particular la eventualidad de que el solicitante se enfrente a importantes pérdidas económicas, que pudieran, por ejemplo, amenazar su viabilidad o suponer un grave riesgo o quiebra; f) si la actividad del solicitante se vería excesivamente dificultada debido a la pérdida de materias primas o recursos esenciales que no puedan sustituirse razonablemente; ...”. Otros criterios se refieren a preservación del medio ambiente, políticas humanitarias de la Unión Europea, los efectos para el mercado interior, etc. En todo caso, la Comisión goza de gran discrecionalidad a la hora de conceder las autorizaciones, ya que, además de que algunos criterios son muy vagos y generalistas, el último dice: “n) cualquier otro factor pertinente”. Por el camino de las autorizaciones previstas en el artículo 5, párrafo 2º, del Reglamento (CE) 2271/96 se abre un importante camino para que las *Secondary Sanctions* norteamericanas se proyecten eficazmente en el territorio de la Unión Europea.

10. Sentado lo anterior, los presupuestos de hecho que dieron lugar a la STGUE de 12 de julio de 2023⁷ fueron los siguientes. La demandante, IFIC Holding AG, es una sociedad domiciliada en Alemania cuyas acciones pertenecen indirectamente al Estado iraní, es titular de participaciones en diferentes empresas alemanas de las que tiene derecho a recibir dividendos. Desde el 5 de noviembre de 2018,

⁷ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada) de 12 de julio de 2023, asunto T-8/21, IFIC Holding AG/Comisión apoyada por Clearstream Banking AG, ECLI:EU:T:2023:387.

IFIC Holding AG está incluida en la lista SDN (*Specially Designated Nationals and Blocked Persons List*) que elabora la OFAC (*Office of Foreign Assets Control*). Por su parte la coadyuvante, Clearstream Banking AG, es una sociedad alemana que se encarga de la liquidación, custodia y gestión de valores nacionales y extranjeros. Hay que destacar que es el único banco depositario de valores autorizado en Alemania. Su relación con la demandante consistía fundamentalmente en el pago de los dividendos procedentes de las participaciones que la demandante tenía en empresas alemanas.

11. El 8 de mayo de 2018, el Presidente Trump anunció su decisión de denunciar el Acuerdo Nuclear con Irán de 2015 y de restablecer las sanciones contra dicho país. Entre las mismas se encontraban varias sanciones secundarias y en concreto la prohibición para los sujetos que no fuesen *US Persons*, es decir sin ninguna vinculación con Estados Unidos, de mantener relaciones comerciales con las personas físicas y jurídicas incluidas en la lista SDN. De esta manera, el servicio que Clearstream Banking AG prestaba a IFIC Holding AG podía ser objeto de sanción por parte de las autoridades norteamericanas en aplicación de sus sanciones secundarias.

12. Ante esta situación, el 8 de noviembre de 2018, Clearstream Banking AG presentó a la Comisión Europea una solicitud de autorización en el sentido del artículo 5, párrafo 2º del Estatuto de Bloqueo. Además, bloqueó en una cuenta separada los dividendos adeudados a IFIC Holding AG y se negó a abonárselos. Este comportamiento dio lugar a un litigio ante los Tribunales alemanes⁸. El 28 de abril de 2020, mediante la Decisión de Ejecución C(2020) 2813 final, la Comisión admitió la solicitud de Clearstream Banking AG, autorizándola a respetar determinadas leyes de Estados Unidos de América en lo que respecta a los valores o fondos de IFIC Holding AG durante un periodo de doce meses. La Decisión de Ejecución C(2021) 3021 final, de 27 de abril de 2021, y la Decisión de Ejecución C(2022) 2775 final, de 26 de abril de 2022, prorrogaron la autorización por sendos periodos de doce meses. Esto motivó que IFIC Holding AG plantease un recurso contra la Comisión solicitando la anulación de las tres decisiones mencionadas, dando lugar al procedimiento que ha culminado con la sentencia que ahora nos ocupa y en el que Clearstream Banking AG fue parte coadyuvante en apoyo de la Comisión⁹. En su sentencia el Tribunal General desestimó la pretensión de IFIC Holding AG. La sentencia no ha sido recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia.

IV. Principales pronunciamientos de la sentencia

1. Introducción

13. La parte demandante alegó cuatro motivos de anulación: vulneración del derecho a ser oído, infracción del artículo 5, párrafo 2º del Reglamento (CE) 2271/96, incumplimiento de la obligación de motivación y error de apreciación. Lógicamente la sentencia aborda diversas cuestiones de Derecho de la Unión Europea que no afectan específicamente al estatuto de bloqueo, como pueden ser la apreciación de la exigencia de motivación de los actos o la existencia de error de apreciación, en este trabajo no se entra en los pronunciamientos de la sentencia sobre estos extremos, sino que únicamente se analizan los pronunciamientos que propiamente se refieren al estatuto de bloqueo.

⁸ El 6 de febrero de 2020, IFIC Holding AG interpuso una demanda ante el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno contra la coadyuvante con la finalidad de obtener información sobre la situación de sus dividendos y el pago de los mismos. En el marco de este procedimiento, IFIC Holding AG tuvo conocimiento de que, en base a la primera Decisión impugnada, Clearstream Banking AG había bloqueado los dividendos que se le adeudaban. También en el seno de este procedimiento, la demandante conoció las otras dos Decisiones impugnadas.

⁹ La litigiosidad sobre el artículo 5, párrafo 2º, del estatuto de bloqueo europeo no va a terminar con esta sentencia; de hecho el 21 agosto 2023 se ha planteado otro recurso de anulación que ha dado lugar al asunto T-518/23 (Middle East Bank, Munich Branch/Comisión) en el que también se solicita la anulación de una autorización concedida en base al citado precepto a Clearstream Banking AG. Los fundamentos jurídicos de este último recurso son en gran medida coincidentes con los alegados por IFIC Holding AG en su demanda.

14. No obstante, en razón de lo que diremos posteriormente al hablar del derecho a ser oído, queremos señalar que al rechazar el motivo de impugnación basado en el incumplimiento de la obligación de motivación, el Tribunal afirma que el hecho de que la Comisión no tuviese en cuenta la posición del recurrente, sino únicamente la de la entidad coadyuvante, no afecta a la motivación de los actos impugnados sino a su fundamento.

15. Por otro lado, también tenemos que tener presente que la sentencia no aborda determinadas cuestiones por el mero hecho de que las partes litigantes no se las llegaron a plantear; de esta manera se quedaron en el tintero aspectos tan sumamente importantes como pueden ser la eventual vulneración del derecho de propiedad de la parte recurrente, que puede implicar la concesión de la autorización para que la parte coadyuvante respetase determinadas normas de Estados Unidos de América.

2. El ámbito temporal de las Decisiones impugnadas

16. El demandante alega que la Comisión infringió el artículo 5, párrafo segundo, del Reglamento (UE) 2271/96 al conceder unas autorizaciones con efectos retroactivos, puesto que cubren conductas o fondos obtenidos antes de su adopción. Afirma que ni el estatuto de bloqueo ni el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 ni la propia Comisión en su Nota¹⁰ orientativa atribuyen un efecto retroactivo a este tipo de autorizaciones.

17. Sin embargo, el Tribunal General no admitió estas alegaciones y por el contrario sostuvo que las Decisiones impugnadas carecían de efectos retroactivos y eran plenamente admisibles. En este sentido, señaló que en las mismas se decía expresamente que *“esta Decisión es válida por un periodo de doce meses a partir de la fecha de su notificación”* y que dejarían de aplicarse inmediatamente si se excluía a la demandante de la lista SDN, lo que al parecer del Tribunal definía claramente su ámbito de aplicación temporal. Además, añadía que las autorizaciones permitían a la coadyuvante realizar determinadas conductas, como no prestar ciertos servicios si la demandante pudiera beneficiarse de ellos o participar en ellos; o sea se permitía a Clearstream Banking AG a *“congelar”* los bienes o a *“abstenerse de”* efectuar determinadas operaciones con independencia de la fecha en la que ella o la demandante hubiesen recibido dichos bienes o en la que se solicitará la realización de dichas operaciones. El Tribunal también entendía que del texto de las Decisiones impugnadas no se desprendía que estas tuviesen efecto retroactivo y de esta manera concluía que las mismas no cubrían las conductas que se hubiesen realizado antes de su fecha de validez, sino únicamente las que se habían realizado a partir de dicha fecha.

18. Si nos atenemos a la pura y fría literalidad de las normas aplicadas y al contenido de las Decisiones impugnadas los pronunciamientos del Tribunal General en cuanto a este concreto problema son correctos. Sin embargo, si nos fijamos en las consecuencias prácticas de las citadas Decisiones y de la propia sentencia que nos ocupa, el ámbito temporal de las mismas suscita serios reparos. En efecto, la realidad práctica es que la aplicación de las Decisiones controvertidas se proyecta sobre acciones previas de IFIC Holding AG, puesto que, como ya hemos puesto de manifiesto, en base a las mismas Clearstream Banking AG bloqueó los dividendos adeudados a la demandante y se negó a abonárselos. De esta manera se vieron seriamente afectados los activos de IFIC Holding AG previamente depositados. En este sentido, hay que ser conscientes de que cualquier persona física o jurídica, susceptible de ser objeto de las *Secondary Sanctions* de Estados Unidos, se puede ver ante la desagradable sorpresa de que sus activos confiadamente depositados en una entidad europea se vean posteriormente congelados o que lo mismo suceda con los dividendos fruto de tales activos.

19. Esta preocupante, e incluso intolerable, realidad de que de hecho nos hallamos ante Decisiones que afectan a comportamientos previos a su concesión y a bienes previamente depositados nos lleva a

¹⁰ Véase la nota 4.

una reflexión, que se va a reiterar repetidamente a lo largo de este trabajo, en el sentido de que es muy necesario que la Unión Europea reforme su legislación sobre sanciones internacionales, y por supuesto dentro de la misma su estatuto de bloqueo. A este respecto las reformas son imprescindibles tanto en lo que se refiere al contenido normativo como a los procedimientos mediante los cuales se aplican las normas.

20. El estatuto de bloqueo europeo tiene como finalidad fundamental proteger a los operadores de la Unión Europea frente a las *Secondary Sanctions* de Estados Unidos. Su origen se encuentra en que en el ordenamiento jurídico europeo tal tipo de sanciones son un tabú y se considera que tienen un efecto extraterritorial inadmisibles, por lo que se debe legislar contra las mismas. Por consiguiente, el estatuto de bloqueo debe ser interpretado y aplicado de manera extensiva por lo que las excepciones a sus mandatos deben ser objeto de una interpretación y aplicación restrictivas. En este sentido, el estatuto de bloqueo debe ser articulado de tal manera que sin dejar de proteger a los operadores de la Unión Europea no perjudique extraordinariamente a los nacionales de terceros Estados, que pueden ser objeto de las *Secondary Sanctions* norteamericanas, ni a otros sujetos implicados. En esta línea pudiera ser conveniente establecer legislativamente que en los casos en los que se conceda una autorización de las previstas en el artículo 5.2 la misma no pueda tener efectos sobre los comportamientos y acciones previos (depósito de activos, operaciones contractuales, etc.) de tales terceros y solamente se pueda proyectar sobre los eventos posteriores a su concesión.

3. La ponderación de los intereses en presencia

21. Cuando se concede una de las autorizaciones previstas en el artículo 5, apartado segundo, del estatuto de bloqueo inevitablemente se confrontan dos intereses contrapuestos; por un lado, los del solicitante, que por sus condicionantes económicos, empresariales, reputacionales y de otra índole, tiene interés en que se le permita cumplir determinadas sanciones extraterritoriales norteamericanas, y por otro lado están los intereses de las personas físicas y jurídicas que se van a ver afectadas por la concesión de dicha autorización, en cuanto que van a padecer ciertos perjuicios derivados de la misma: congelación de sus activos, privación de recibir algunos servicios, etc.

22. De conformidad con la normativa vigente y los procedimientos actualmente establecidos, la Comisión concede las autorizaciones del artículo 5, apartado segundo, del estatuto de bloqueo escuchando solamente las alegaciones del solicitante y teniendo únicamente en cuenta los intereses del mismo y de la propia Unión Europea. En base a esta realidad, uno de las causas de impugnación que alegó IFIC Holding AG, en el marco general del motivo consistente en la existencia de un error de apreciación, fue que la Comisión no tuvo en cuenta sus intereses, sino únicamente los de Clearstream Banking AG, a la hora de aprobar las Decisiones impugnadas, que perjudicaron gravemente su situación jurídica y empresarial.

23. El Tribunal General rechazó las alegaciones del recurrente por los siguientes motivos: en primer lugar, por que el propio artículo 5, apartado segundo, del Reglamento (UE) 2271/96 determina que la concesión de una autorización para respetar las leyes de su anexo está supeditada a la condición de que el incumplimiento de tales leyes pueda perjudicar gravemente los intereses del solicitante o los intereses de la Unión Europea; por consiguiente, la Comisión solamente debe ponderar esos dos intereses. Por el contrario, el citado precepto no menciona los intereses de los terceros afectados por las medidas restrictivas extraterritoriales de un tercer país. En segundo lugar, por que el artículo 4 del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101, cuando enumera los criterios que la Comisión puede tener en cuenta a la hora de evaluar las solicitudes de autorización, se remite solamente a los intereses protegidos del solicitante y de la Unión. Además, ninguno de dichos criterios se refiere a los intereses de terceros y la referencia que el artículo 4.n) hace a “*cualquier otro factor pertinente*” no puede conducir a una interpretación diferente ni a la toma en consideración de elementos ajenos a la literalidad y al espíritu del artículo 5, párrafo segundo, del estatuto de bloqueo. En tercer lugar, el Tribunal General recuerda que de los considerandos quinto y sexto del preámbulo del Reglamento (UE) 2271/96, de lo sostenido

por el Abogado General Hogan en el apartado 73 de sus conclusiones en el asunto C-124/20 (Bank Melli Iran/Telekom Deutschland)¹¹ y de lo sostenido en la sentencia del citado caso se desprende que la finalidad del estatuto de bloqueo europeo es únicamente, por una parte, proteger el ordenamiento jurídico establecido, y por otra parte, proteger los intereses de la Unión Europea y los de las personas físicas o jurídicas que ejercen derechos en virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Finalmente, la realidad de que IFIC Holding AG es una persona jurídica comprendida dentro de la enumeración del artículo 11 del estatuto de bloqueo, y por lo tanto es también un operador de la Unión Europea al que debe proteger dicha norma, no implica que en el marco de la aplicación de la excepción del artículo 5, párrafo segundo, exista la obligación de tener en cuenta sus intereses a la hora de que la Comisión conceda una autorización en base al mencionado artículo.

24. Lo sostenido por el Tribunal General es irreprochable desde la perspectiva de la normativa actualmente vigente. En efecto, de conformidad con la literalidad de las normas y la posición de la jurisprudencia lamentablemente hay que llegar a la misma conclusión a la que llegó el Tribunal: cuando se concede una autorización en aplicación del artículo 5, apartado 2, del estatuto de bloqueo, la Comisión no tiene ninguna obligación de tener en consideración los intereses de terceros que puedan verse afectados en mayor o en menor grado por tal autorización.

25. No obstante, y aunque posteriormente volveremos sobre esta problemática, no podemos olvidar que la concesión de una autorización de las previstas en el artículo 5, apartado segundo, del estatuto de bloqueo frecuentemente conlleva notables perjuicios para terceros, como claramente se aprecia en el caso que ahora nos ocupa. Además, dichas autorizaciones contribuyen a vaciar de contenido al estatuto de bloqueo y limitan severamente su eficacia real, especialmente cuando los terceros afectados son operadores de la Unión Europea. Partiendo de estos presupuestos es necesario defender que la normativa debe ser reformada en el sentido de articular mecanismos procedimentales que permitan, durante el procedimiento de concesión de la autorización, tomar en consideración los intereses de terceros afectados, sobre todo si se trata de operadores de la Unión Europea. Una reforma de esta naturaleza se nos presenta como imprescindible si se pretenden proteger todos los intereses en presencia.

4. La exclusión de la solución consistente en recurrir a alternativas menos gravosas para los terceros afectados

26. IFIC Holding AG en el marco de su recurso alegó que la Comisión debiera haber adoptado medidas menos gravosas para sus intereses, puesto que, como ya hemos visto, la concesión de la autorización a la coadyuvante para cumplir las disposiciones extraterritoriales norteamericanas significó un grave perjuicio económico y empresarial para la recurrente. El Tribunal General rechazó este argumento de IFIC Holding AG por las razones que pasamos a exponer.

27. En primer lugar, por el motivo de que el marco jurídico aplicable no impone tal obligación a la Comisión. En efecto, el Tribunal recuerda que la obligación de la Comisión es verificar si los elementos de prueba alegados por el solicitante o pedidos por la propia Comisión permiten llegar a la conclusión, a la luz de los criterios del artículo 4 del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101, de que el incumplimiento de las leyes enumeradas en el anexo del estatuto de bloqueo causaría un perjuicio grave a los intereses del solicitante o de la Unión y constatada esta realidad la Comisión no tiene ningun-

¹¹ En la nota 40 de sus conclusiones el propio Abogado General pone de relieve las limitaciones y carencias procedimentales de las concesiones de autorización, aunque trata de justificarlas, puesto que afirma: “... la Comisión no publica sus decisiones de autorización, siendo así que la publicación es, en principio, un requisito para que un acto normativo pueda invocarse contra terceros. Sin embargo, cabe entender el motivo: permitiría a las autoridades extranjeras de que se trate saber qué empresa no ha solicitado la autorización y, por tanto, no ha cumplido supuestamente la legislación en cuestión”. Esta última justificación no parece muy consistente en cuanto que las autoridades extranjeras, o sea las autoridades norteamericanas, van a tener otros medios por los que van a poder conocer que empresas no han solicitado la autorización.

na obligación de buscar y articular alternativas menos gravosas para los terceros afectados. En segundo lugar, por que, como ya hemos analizado y criticado, la Comisión no está obligada a tener en cuenta los intereses de terceros. De la misma manera, en tercer lugar, la Comisión tampoco tiene la obligación de comprobar si la solicitante, la coadyuvante en el presente caso, había intentado aclarar la situación con las autoridades norteamericanas.

28. Una vez más hay que concluir que la sentencia en este punto es correcta en el actual marco legal. Sin embargo, también en este aspecto se pone de manifiesto, aunque quizás de una manera menos urgente que en otros apartados, la necesidad de reformar el estatuto de bloqueo y la demás legislación europea relacionada con el mismo para tratar de lograr una situación más equilibrada entre el beneficiario de una autorización concedida en base a su artículo 5, apartado segundo, y los terceros afectados negativamente por tal concesión.

5. Precisión de algunos elementos fundamentales a la hora de conceder una autorización en base al artículo 5, párrafo segundo, del estatuto de bloqueo

29. Como ya hemos visto, el artículo 4 del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 enumera, de manera ejemplificativa, 14 criterios que puede ponderar la Comisión cuando tiene que decidir sobre la concesión de una de las autorizaciones previstas en el artículo 5, apartado segundo, del estatuto de bloqueo europeo. También hemos visto que el último de los mencionados criterios dota a la Comisión de una gran libertad de apreciación. Además, los índices o elementos del artículo 4 del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 deben ser aplicados a la luz de lo establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2021 en el asunto C-124/20. Con estos presupuestos en la sentencia que ahora nos ocupa el Tribunal General realiza algunas interesantes precisiones sobre algunos de dichos índices o elementos. Y siendo conscientes de que no todos se hacen presentes ni afectan de la misma manera en la totalidad de los casos.

30. De acuerdo con la sentencia, un elemento fundamental a considerar es el riesgo de sanciones, o de deber acudir a transacciones para evitar tales sanciones, en Estados Unidos. Debemos tener presente a este respecto que las *Secondary Sanctions* norteamericanas tienen como finalidad obligar a las empresas de terceros países a elegir entre operar en Estados Unidos o en el Estado objeto de las sanciones secundarias, por esta causa las autoridades norteamericanas imponen sanciones, o amenazan con imponerlas, a las empresas extranjeras que no cumplen las *Secondary Sanctions* para forzarlas a salir del mercado del país sancionado si pretenden continuar operando en Estados Unidos o en relación con este último país¹².

31. Además, la sentencia señala que el riesgo de ser sancionado debe ser real de acuerdo con la legislación y las prácticas concretas y temporalmente actuales de las autoridades norteamericanas. De esta manera, si las sanciones secundarias se flexibilizan o reducen o la práctica de dichas autoridades se hace más moderada la realidad del riesgo debe ser evaluada de conformidad con esta evolución de la

¹² Entre otros: T. RUYS, C. RYNGAERT, “Secondary sanctions: A Weapon out ...”, pp. 9 y ss. S. SZUREK, “Le recours aux sanctions”, en: H. GHERARI, S. SZUREK (eds.), *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, Paris, 1998, pp. 36 y ss. B. REDDING, “The Long Arm of the Law or the Invasive Reach of the American Legal System”, *Int’l Bus. L. J.*, 2007, pp. 659 y ss. V. R. GRUNDMAN, “The New Imperialism: The Extraterritorial Application Of United States Law”, *The International Lawyer*, vol. 14, 1980, pp. 257 y ss. C. RYNGAERT, “Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)”, *Chinese J. Int’l L.*, vol. 7, 2008, pp. 625 y ss. J. A. MEYER, “Second Thoughts on Secondary Sanctions”, *U. Pa. J. Int’l L.*, vol. 30, 2009, pp. 905 y ss. R. L. MUSE, *La fragilidad ante el Derecho Internacional de la Legislación de los EE.UU. sobre Cuba: Una Nueva Política Hacia Cuba*, Madrid, 1977. ID., “The Nationality of Claims Principle of Public International Law and the Helms-Burton Act”, *Hastings International and Comparative Law Review*, 1997. ID., “A Public International Law Critique of the Extraterritorial Jurisdiction of the Helms-Burton Act”, *Journal of International Law and Economics*, 1998. A. F. LOWENFELD, “The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act: Congress and Cuba. The Helms-Burton Act”, *American Journal of International Law*, 1996, pp. 419-434.

situación. Pero siempre ponderando el riesgo real, de tal manera que una posible o presumible flexibilización o atenuación de las *Secondary Sanctions*, por ejemplo por un cambio de Presidente en Estados Unidos, no puede ser tenida en cuenta si no se materializa en una evolución real de las normas o del comportamiento de la Administración de Norteamérica.

32. Por último la sentencia que ahora nos ocupa señala que al valorar el riesgo de sanción no solo hay que tener en cuenta a la entidad solicitante de la autorización sino también a sus “*sociedades hermanas*”, es decir, el riesgo de que sean sancionadas por Norteamérica otras empresas del grupo societario del que forma parte la solicitante. Esta posición es plenamente coherente con lo establecido en el artículo 4.c) del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101, que determina que para evaluar el vínculo con el Estado sancionador un criterio es “*el hecho de que el solicitante tenga sociedades matrices o filiales, o una participación de personas físicas o jurídicas, sujetas a la jurisdicción primaria del tercer país del que emane la legislación extraterritorial*”. También es plenamente coherente con lo sostenido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de diciembre de 2021 en el asunto C-124/20.

33. Estas precisiones que realiza el Tribunal General sobre la aplicación del artículo 5, párrafo segundo, del Estatuto de Bloqueo tienen notable interés en cuanto que esta es prácticamente la primera sentencia europea que se dicta sobre el citado precepto. De esta manera se formulan líneas jurisprudenciales que pueden marcar el devenir futuro de esta problemática.

6. El problema del derecho de terceros afectados a ser oídos durante el procedimiento de concesión de la autorización. Breve referencia a los aspectos procedimentales en las sanciones impuestas por la Unión Europea

34. Uno de los motivos en los que IFIC Holding AG fundamenta su recurso consiste en que se vulneró su derecho a ser oído durante el procedimiento que culminó con la concesión de la autorización a la coadyuvante. A este respecto invoca el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que consagra el derecho a una buena administración, que incluye, entre otros, el “*derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente*”. También invocó la parte recurrente que no se habían publicado las Decisiones recurridas. En la sentencia se rechazó este motivo de impugnación.

35. El Tribunal General comienza señalando que el respeto del derecho a ser oído constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión de conformidad con el artículo 41 de la Carta. Según el Tribunal “*El derecho a ser oído debe respetarse en todo procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo, aun cuando la normativa aplicable no establezca expresamente tal formalidad. Este derecho a ser oído garantiza a cualquier persona la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista durante el procedimiento administrativo y antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar desfavorablemente a sus intereses (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de junio de 2020, Comisión/RQ, C831/18 P, EU:C:2020:481, apartado 67)*”¹³. Pero, el artículo 52, párrafo primero, de la Carta admite limitaciones al ejercicio de los derechos recogidos en ella cuando concurren las siguientes circunstancias: que la limitación esté establecida por la ley, se respete el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, se respete el principio de proporcionalidad y la limitación sea necesaria y responda efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión. A esto hay que añadir que la existencia de una violación del derecho a ser oído debe apreciarse en función de las circunstancias específicas de cada caso: naturaleza del acto de que se trate, contexto en el que se adoptó y las normas jurídicas que regulan la materia correspondiente. El Tribunal General considera que estas circunstancias concurren en el caso presente¹⁴.

¹³ Apartado 102.

¹⁴ Tangencialmente hay que señalar que el Tribunal General puntualiza que el deber de información a la Comisión, que

36. Además, el Tribunal pone énfasis en que ni el estatuto de bloqueo ni el Reglamento de Ejecución 2018/1101 establecen la intervención de terceros, aunque se vean afectados, en el procedimiento destinado a conceder una autorización con arreglo al artículo 5, párrafo segundo. Dichos Reglamentos no establecen ninguna posición procesal de los terceros en el procedimiento, los cuales no son informados ni oídos por la Comisión. A esto hay que sumar que ningún elemento inherente a la situación concreta de los terceros está entre la información que se debe incluir en la solicitud de autorización y, como ya hemos visto, sus intereses no tienen que ser valorados por la Comisión.

37. De esta manera, al parecer del Tribunal General, concurren las condiciones necesarias para que el derecho a ser oído pueda ser limitado legítimamente. En primer lugar, la limitación está establecida por la ley, en cuanto que el legislador de la Unión Europea optó por un sistema en el que los intereses de los terceros no deben tenerse en cuenta y esos terceros no deben participar en los procedimientos tramitados en base al artículo 5, párrafo segundo del estatuto de bloqueo. En segundo lugar, la adopción de una Decisión fundamentada en el citado precepto responde a un objetivo de interés general que consiste en proteger los intereses de la Unión o de los operadores europeos contra los perjuicios graves que se podrían derivar en caso de no respetar las disposiciones extraterritoriales norteamericanas. En tercer lugar, la limitación del derecho a ser oídos de los terceros afectados no es desproporcionada si se toma en cuenta el marco jurídico aplicable y los objetivos perseguidos por este. Por último, no se vulnera el contenido esencial del derecho, ya que la concesión de la autorización no exige al solicitante de cumplir el Derecho nacional y las demás disposiciones del Derecho de la Unión, por tanto, la ejecución por el solicitante de las conductas autorizadas puede ser controlada por las autoridades administrativas y judiciales nacionales y la Decisión por la que se concede la autorización puede ser recurrida ante el Tribunal General e incluso, en casación, ante el Tribunal de Justicia. Luego, el control administrativo y jurisdiccional está garantizado.

38. Partiendo del marco legislativo existente y del contenido de las Decisiones impugnadas, el Tribunal General estaba obligado a decir lo que plasmó en la sentencia. En este sentido, la misma es impecable desde el punto de vista de la técnica jurídica. Ahora bien, existen algunos elementos que no podemos olvidar, como son que los derechos de terceros se pueden ver severamente afectados por las autorizaciones concedidas de conformidad con el artículo 5, párrafo segundo, del estatuto de bloqueo; también que la concesión de tales autorizaciones es una excepción a la aplicación normal del estatuto de bloqueo, por consiguiente, su carácter de excepcionalidad obliga a concederlas de una manera restrictiva; a esto hay que añadir que la concesión de las autorizaciones desvirtúa el contenido del estatuto de bloqueo que puede perder toda su eficacia a consecuencia de las mismas; finalmente, a los terceros afectados no se les deja más camino, en caso de estar en desacuerdo con las Decisiones de concesión, que plantear recursos administrativos y judiciales contra las mismas, lo que es caro, problemático y dilata las soluciones en el tiempo. Todo esto pone palmariamente de manifiesto que sería muy conveniente, incluso necesario, reformar la normativa, en el sentido de articular mecanismos que permitan a los terceros interesados conocer la existencia del procedimiento de concesión e intervenir en el mismo, de tal manera que sus argumentos puedan ser oídos y evaluados.

39. La conclusión con la que se termina el apartado anterior nos puede llevar a una reflexión de más calado, que desborda los límites de este trabajo, pero que ahora deseamos esbozar de una manera somera, y es la necesidad de que en general todo el sistema normativo europeo en relación con las sanciones internacionales debe ser reformado para hacerlo más respetuoso con los derechos fundamentales enumerados en la Carta y con lo establecido en el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea, especialmente en lo que se refiere a las *“tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”*. Por ejemplo, cuando el Consejo impone a una persona física o jurídica la dura sanción consistente en el bloqueo de todos sus activos y derechos y la prohibición de poner activos y derechos a su disposición,

establece el artículo 2 del estatuto de bloqueo, cuando los intereses de un operador de la Unión Europea se vean afectados negativamente por las normas enumeradas en el anexo del mismo, es distinto del procedimiento de autorización previsto en su artículo 5, párrafo segundo, por lo que no tiene ninguna incidencia en él.

lo hace sin escuchar al sujeto afectado, el cual no interviene en el procedimiento mediante el que se le impone la sanción. Esta realidad ha sido invocada como un motivo de anulación en los recursos planteados por los sancionados, que reiteradamente han alegado que se ha vulnerado su derecho a ser oídos. Sin embargo, los Tribunales de la Unión Europea no han acogido este argumento y lo han rechazado con unos repetidos fundamentos de los que es paradigmático exponente la reciente sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 15 de noviembre de 2023¹⁵, en la que se sostiene:

“93. *Au demeurant, il convient de noter que, selon la jurisprudence, l'absence de communication individuelle des actes initiaux, si elle a une incidence sur le moment auquel le délai de recours a commencé à courir, ne justifie pas, à elle seule, l'annulation des actes en question. Or, le requérant n'invoque aucun argument tendant à démontrer que, dans le cas d'espèce, l'absence de communication individuelle de ces actes a eu pour conséquence une atteinte à ses droits qui justifierait l'annulation de ces actes pour autant qu'ils le concernent (voir, en ce sens, arrêt du 13 septembre 2018, VTB Bank/Conseil, T734/14, non publié, EU:T:2018:542, point 111 et jurisprudence citée).*

94. *Deuxièmement, le requérant soutient qu'il n'aurait pas reçu en temps utile les motifs de l'inscription de son nom sur les listes litigieuses.*

95. *Toutefois, il ressort des éléments du dossier que, à la suite de l'avis publié le 16 mars 2022, le requérant a demandé au Conseil, par lettre du 5 avril 2022, de lui communiquer les documents étayant ladite inscription, ce que le Conseil a fait par lettre du 13 avril 2022. Par lettre du 14 avril 2022, les observations du requérant ont été adressées au Conseil.*

96. *Dès lors, la communication des motifs doit être considérée en l'espèce comme ayant été effectuée en temps utile, dans la mesure où elle a permis au requérant de faire connaître utilement son point de vue à l'égard des motifs retenus à son égard.*

97. *Troisièmement, il y a lieu de rappeler que ni la réglementation en cause ni le principe général du respect des droits de la défense ne confèrent aux intéressés le droit à une audition, la possibilité de présenter ses observations par écrit étant suffisante (voir, en ce sens et par analogie, arrêts du 23 octobre 2008, People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil, T256/07, EU:T:2008:461, point 93 ; du 6 septembre 2013, Bank Melli Iran/Conseil, T35/10 et T7/11, EU:T:2013:397, point 105, et du 10 novembre 2021, Alkattan/Conseil, T218/20, non publié, EU:T:2021:765, point 64).*

98. *En l'espèce, à la suite de la réception, le 13 avril 2022, de l'intégralité du dossier de preuves, le requérant a adressé ses observations au Conseil les 14 avril, 30 mai, 7 juin, 5 juillet et 18 août 2022. Il a également pu introduire un recours devant le Tribunal ainsi qu'une demande en référé, de façon étayée.*

99. *Dès lors, il y a lieu de constater que, en l'espèce, l'absence d'audition du requérant par le Conseil n'a pas porté atteinte à ses droits de la défense”.*

40. Ciertamente, la respuesta del Tribunal General es correcta en el marco del actual sistema de Derecho Positivo, pero este debe ser modificado para hacerlo más coherente con la que debe ser la concepción europea de los derechos fundamentales.

V. Conclusiones

41. La sentencia es novedosa puesto que aborda una cuestión hasta ahora no tratada por la jurisprudencia europea y escasamente abordada por los Tribunales nacionales de los Estados miembros, aunque es previsible que en el futuro tenga cada vez mayor proyección práctica. En este sentido, es destacable que en la sentencia se hacen interesantes precisiones sobre algunos elementos fundamentales a la hora de conceder una autorización en base al artículo 5, párrafo segundo, del estatuto de bloqueo (riesgo de sanciones norteamericanas, realidad de este riesgo, situación de otras sociedades del mismo grupo societario, etc.).

42. Sin embargo, la sentencia también pone de relieve algunas carencias y limitaciones del estatuto de bloqueo europeo. Centrándonos en su artículo 5, apartado segundo, se aprecia claramente

¹⁵ Asunto T-193/22; OT/Consejo apoyado por el Reino de Bélgica. ECLI:EU:T:2023:716, apartados 93-99.

la necesidad de reformarlo para que los terceros que puedan verse afectados por la concesión de las autorizaciones prevista en el mismo puedan intervenir en el procedimiento, de tal manera que puedan ser oídos y puedan hacer valer sus intereses, que debieran ser tenidos en cuenta a la hora de conceder la autorización. De la misma manera, las autorizaciones debieran articularse de un modo en el que no afectasen a comportamientos y acciones previos de los terceros afectados.

43. Posiblemente la necesidad de reforma y adaptación del artículo 5, apartado segundo, del estatuto de bloqueo no es más que un concreto exponente de la necesaria reforma de todo el sistema europeo de sanciones internacionales para hacerlo más protectorio con los derechos fundamentales de todos los sujetos implicados en los procedimientos.

La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar

Gender identity in cross-border mobility: personal and family aspects

PILAR JIMÉNEZ BLANCO*

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

ORCID ID: 0000-0003-2954-8400

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8955

Resumen: La autodeterminación de género tiene una vertiente personal y una vertiente familiar. La primera tiene implicaciones para la identificación de la persona y, para ello, la Ley 4/2023 ha introducido un doble sistema que discrimina en función de la nacionalidad, excluyendo injustificadamente de la rectificación registral a las personas extranjeras. Junto a ello, no existe ninguna previsión sobre competencia judicial internacional ni sobre ley aplicable que, por analogía con el estado y el nombre, debería ser la ley nacional. La vertiente familiar mide el impacto de la autodeterminación de género en la capacidad matrimonial y en el establecimiento de la filiación, introduciendo correctivos a las leyes aplicables a estas cuestiones.

Palabras clave: Identidad de género, rectificación registral, competencia judicial internacional, Derecho aplicable, documentación oficial de extranjeros, nombre, capacidad matrimonial, filiación.

Abstract: Gender self-determination has a personal aspect and a family aspect. The first has implications for the identification of the person and, to this end, Law 4/2023 has introduced a double system that discriminates based on nationality, unjustifiably excluding foreign persons from registration rectification. Along with this, there is no provision on international judicial jurisdiction or on applicable law which, by analogy with the state and the name, should be the national law. The family aspect measures the impact of gender self-determination on marriage capacity and the establishment of parenthood, introducing correctives to the laws applicable to these issues.

Keywords: Gender identity, registry rectification, international judicial jurisdiction, applicable law, official documentation of foreigners, name, marriage capacity, parenthood.

Sumario: I. Planteamiento. II. Dimensión personal de la identidad de género. 1. La perspectiva del Registro civil. A) Legitimación registral. B) La reasignación judicial de género: ¿criterios de competencia judicial internacional?. C) Ley aplicable. D) Reconocimiento de decisiones extranjeras de reasignación sexual. 2. La perspectiva de la documentación administrativa. A) El alcance subjetivo del art. 50 de la Ley Trans. B) Condiciones para la adecuación documental. 3. El impacto en el régimen del nombre. III. Dimensión familiar de la identidad de género. 1. El impacto en el matrimonio transfronterizo. 2. El impacto en la filiación y relaciones paternofiliales transfronterizas. A) En el establecimiento de la filiación. B) En la mención del progenitor. IV. Conclusiones.

*El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

I. Planteamiento

1. La determinación del sexo o género¹ de una persona no es una mera cuestión de hecho, sino que tiene relevancia jurídica en la medida en que afecta a la identidad propia de la persona, de la que queda constancia en el Registro civil y en la documentación administrativa oficial. Adicionalmente, el género de una persona tiene – puede tener – un impacto en otras instituciones jurídicas que afectan también a su identidad y a sus relaciones familiares: es el caso del régimen jurídico del nombre, del matrimonio o de la filiación.

2. El Derecho comparado ofrece, en los últimos años, diferentes modelos que refuerzan la autodeterminación de género, de la que es exponente la denominada Ley Trans². También encontramos ejemplos de superación del binarismo para quienes tienen la condición biológica de intersexuales o cuando, sencillamente, no quiera manifestar su condición sexual, como muestra el Derecho alemán o maltés. Adicionalmente, la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual es base de la admisión cada vez más amplia del matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no universalizable ni siquiera dentro de la UE.

Detrás del régimen de autodeterminación de género, de la igualdad de género y de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual se encuentra una fundamentación desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En concreto, el derecho libre desarrollo personalidad e intimidad personal y derecho a la propia imagen (arts. 10 y 18 CE)³, la prohibición de discriminación por razón de sexo y orientación sexual (art. 21 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta DFUE) y el derecho a la vida privada (art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH)⁴. Lógicamente el ámbito espacial del derecho difiere en función de su fuente normativa pero también de su ámbito competencial. De este modo, el art. 21 de la Carta DFUE que, espacialmente abarca toda la UE, no alcanza a las soluciones de Derecho civil, que siguen siendo competencia exclusiva de los Estados miembros, aunque sí fundamenta la libre circulación de personas, generando un difícil equilibrio como se ha puesto ya de manifiesto a propósito de los asuntos *Coman* y *Pancharevo*⁵. De modo semejante, en el ámbito laboral, la prohibición de discriminación claramente afecta a aquellas normativas nacionales que impliquen un trato discriminatorio de una persona por un motivo de cambio de sexo, como podría ser el despido laboral por tal razón⁶.

3. La Ley Trans tiene un amplio ámbito de aplicación personal, incluyendo, en su art. 2, a toda persona “que resida, se encuentre o actúe en territorio español” al margen de cualquier otro condicionamiento de nacionalidad o situación administrativa. Por su parte, el art. 72 también garantiza la igualdad de trato a las personas extranjeras LGTBI. Exponente máximo del alcance de la protección para personas extranjeras es la modificación del art. 3 de la Ley 12/2009 de asilo para incorporar, dentro de la condición de refugiado, la persecución por razón de identidad sexual. Ahora bien, persiste, como se verá, un tratamiento diferente de los procedimientos para el ejercicio de la autodeterminación de género en función de la nacionalidad de la persona. Debe destacarse, además, la ausencia de posicionamiento de la Ley Trans sobre el DIPr. lo que deja lagunas en el ámbito registral, en competencia judicial internacional y en ley aplicable. En este contexto, procede analizar la regulación de la identidad de género en

¹ Sobre la construcción sexo/género *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La identidad de género en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. 75, 2023-2, pp. 343 y ss., especialmente nota 1.

² Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, *BOE* n° 51, de 1-III-2023. Ver el mapa de derechos trans de Europa y Asia Central de 2023 en <https://transrightsmap.tgeu.org/>

³ *Vid.* la STC 99/2019, de 18 de julio (*BOE* n° 192, de 12-VIII-2029) y el Preámbulo de la Ley Trans.

⁴ Expresamente reconocido por el TEDH en su jurisprudencia: *vid.* STEDH *Yc. France* de 31 de enero de 2023, n° 76888/17 (ECLI:CE:ECHR:2023:0131JUD007688817) y STEDH *O.H. et G.H. c. Allemagne*, de 4 de abril de 2023, n° 53568/18 y 54741/18 (ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD005356818).

⁵ STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman* (ECLI:EU:C:2018:385) y STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20: *Pancharevo* (ECLI:EU:C:2021:1008).

⁶ *Vid.* en este sentido la STJUE de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94: *P/Sy Cornwall County Council* (ECLI:EU:C:1996:170).

su doble dimensión, personal y familiar, en situaciones de movilidad transfronterizas y el estudio debe hacerse partiendo de una doble realidad, en función de que las personas extranjeras estén inscritas, o no, en nuestro Registro civil.

II. Dimensión personal de la identidad de género

1. La perspectiva del Registro civil

A) Legitimación registral

4. Un primer perfil de identidad nos lo da el Registro civil. Uno de los grandes avances expresados de la Ley Trans consiste, precisamente, en permitir una modificación de la mención registral del sexo de una persona sin someterla a condicionantes específicos, reconociendo la voluntad libremente manifestada y despatologizando el procedimiento. Como es sabido, el acceso al Registro civil está previsto, en el art. 9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC) para los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español; también se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español. En lo que aquí nos interesa, queda clara la inscripción de los extranjeros nacidos en España, con la indicación sobre su sexo, conforme al art. 44 LRC. Este recordatorio es importante para valorar el procedimiento registral para la asignación de sexo y la reasignación de la mención del sexo por la vía de la rectificación registral.

5. El sexo de la persona se asigna en el registro desde el momento mismo del nacimiento, con la única salvedad de la moratoria establecida por la Ley Trans que permite no establecer ningún sexo en el plazo del primer año de vida⁷.

No hay ninguna concesión en el Derecho español al tercer género o género “diverso”; ni siquiera la posibilidad de dejar en blanco la casilla correspondiente después del primer año. Nuestro Derecho parte del sistema binario, al igual que Francia o Suiza y se diferencia de otros como el sistema alemán, en los que la posibilidad del tercer género sí está contemplada⁸. La valoración de estas soluciones normativas difiere en función de su aplicación a una situación interna o a una situación internacional.

En el ámbito interno, ha de entenderse que – de momento – no hay obligación derivada de los derechos humanos de incorporar a los registros estatales la posible asignación de tercer género en el acta de nacimiento de una persona intersexual. La valoración del TEDH en el asunto *Y c. France*, se realiza, como es habitual en su jurisprudencia, sobre la base de la inexistencia de consenso en Derecho comparado, por lo que hay margen de apreciación nacional sobre esta cuestión. A todo ello se le une el principio de indisponibilidad del estado civil, la coherencia y la seguridad jurídica. También se suma el impacto que ese reconocimiento de género tendría sobre el resto del ordenamiento jurídico construido desde una perspectiva binaria y que afectaría al Derecho de familia, la filiación, la procreación y la igualdad hombre-mujer.

Para las situaciones internacionales, no se prevé considerar la ley extranjera para la asignación de tercer género. Para no forzar demasiado la rigidez de la normativa registral, podría al menos dejarse en blanco la casilla sobre el sexo. Inmediatamente podemos asociar aquí la doctrina sobre apellidos *García Avello* (para dobles nacionales UE) y *Grunkin-Paul* (para registro previo en otro Estado UE) sobre identidad única para garantizar la libre circulación de personas. Y esa es la solución que, como veremos más adelante, ya se ha mantenido para el registro administrativo de extranjeros⁹.

⁷ Vid. el art. 49.5 LRC.

⁸ Ver la panorámica de Derecho comparado en S.L. GÖSSL y B. VÖLZMANN, “Legal Gender Beyond the Binary”, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2019, 33, pp. 403 y ss.

⁹ Vid. *infra* núm. 20. Vid. un planteamiento similar en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pp. 351-352.

6. Por lo que se refiere a la reasignación en la identidad sexual mediante el procedimiento de la rectificación registral, lo llamativo es que el art. 43 de la Ley Trans solo establece la legitimación registral de los españoles, sin que exista razón que avale la exclusión para las personas extranjeras¹⁰, máxime considerando el carácter constitutivo del registro en estos casos¹¹. Se rompe la coherencia entre el acceso al Registro y la posibilidad de su modificación al dejar fuera a extranjeros nacidos en España. Curiosamente, se sigue en este punto a la norma predecesora, sin que las proposiciones de ley anteriores hubieran cuestionado en ningún momento esa restricción¹². Presuponiendo el conocimiento por parte de nuestro legislador del Derecho registral, solo cabría pensar en una autolimitación para la modificación de asientos respecto de personas extranjeras por razones de "soberanía registral", hoy ya superadas¹³. Pero es que, además de no ser conforme con nuestro sistema de acceso registral, la legitimación del art. 43 resulta incoherente con el propio fundamento de la Ley Trans basado en el libre desarrollo de la propia personalidad que, por definición, no puede ser atribuido únicamente a los nacionales españoles.

B) La reasignación judicial de género: ¿criterios de competencia judicial internacional?

7. Conforme se ha indicado, la Ley Trans ha desjudicializado la reasignación de género sustituyéndola por la vía de la rectificación registral cuando existe asiento previo. Pero esta desjudicialización no alcanza a todos los casos. Por una parte, la exclusión de las personas extranjeras de la legitimación registral del art. 43 de la Ley Trans obliga a habilitarles vía judicial para la rectificación de sus asientos registrales¹⁴. Por otra parte, se sigue necesitando un proceso judicial queda para los supuestos de reasignación de menores de 12 a 14 años y para los supuestos de una nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la mención registral ya realizada¹⁵. Cabe destacar que, inicialmente, ninguno de estos dos supuestos está previsto para personas extranjeras¹⁶. Sin embargo, estas personas han de poder, con carácter general, acudir a un juez para ver reconocida su nueva identidad y, a partir de ahí, instar la modificación registral correspondiente.

No existe en el DIPr español un criterio de competencia judicial internacional para las cuestiones relativas a la asignación y reasignación de identidad sexual. Sin embargo, sí tenemos un precedente judicial con la Sentencia del Juzgado 1ª instancia nº 40 de Barcelona de 22 de mayo de 2002, en la que se solicitaba la declaración a título principal del cambio de sexo de un nacional de Costa Rica, aunque ley nacional no lo permitiera, para poder celebrar un matrimonio en España conforme a su nueva identidad sexual. La competencia se justificó sobre la base de la competencia exclusiva de los tribunales españoles en materia de registros del art. 22 LOPJ¹⁷. El planteamiento es inadecuado: por una parte, porque en el

¹⁰ Vid. una posición crítica también en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *ibid.*, p. 361.

¹¹ Cf. art. 46.1 de la Ley Trans y art. 91.2 LRC.

¹² Vid. la misma legitimación registral solo para españoles en el 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ya criticada en su momento por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y la legitimación restringida a nacionales españoles", *REDI*, 2007-1, pp. 441 y ss.) y que se ha mantenido en diversas proposiciones normativas (*Id.*, "Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30, de 1 de abril de 2021, pp. 21-22).

¹³ Así puede comprobarse en el art. 7 de la Proposición de Ley sobre la protección jurídica de las personas trans y el derecho a la libre determinación de la identidad sexual y expresión de género. *BOCG. Congreso de los Diputados*, XII Legislatura, 2 de marzo de 2018, 220-1, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea.

¹⁴ Vid. la crítica A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022 pp. 1335 y ss.; también S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Una visión...", *loc. cit.*, p. 18; y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 361 y nota 72.

¹⁵ Esta vía judicial general está prevista en el art. 90 LRC en relación con el art. 781 bis LEC.

¹⁶ Art. 47 de la Ley Trans en relación con el Cap. I ter del Título II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁷ Legitimación para quienes puedan instar la rectificación registral del sexo: art. 26 septies.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁸ Esa Sentencia fue la base de la RDGRN de 24 de enero de 2005 de R. ARENAS GARCÍA, "Transexualidad y matrimonio en el derecho internacional privado", en S. NAVAS NAVARRO, *Matrimonio homosexual y adopción perspectiva nacional e internacional*, Reus, 2006, pp. 191 y ss., claramente contrario a la competencia exclusiva en esta materia.

caso concreto afectaba al registro administrativo de extranjeros, no incluido en el citado art. 22 relativo al ámbito civil¹⁸; por otra parte, porque la competencia exclusiva se limita a la “validez o nulidad” de las inscripciones, lo que no admite una interpretación extensiva a la decisión sobre el acto (el reconocimiento de la identidad sexual) que se pretende inscribir¹⁹.

8. Actualmente, la vía para extender la competencia de nuestros tribunales sería o bien valorar una extensión del art. 22 quater.b) LOPJ en materia de capacidad o bien utilizar el *forum necessitatis* del art. 22 octies.3. La primera posibilidad forzaría el supuesto de hecho del foro de competencia dado que no cubre cuestiones sobre el “estado” de las personas como sí ocurre en el art. 9.1 C.c. para el Derecho aplicable. La segunda posibilidad podría colmar parcialmente esta laguna²⁰. Este criterio sería imprescindible para asegurar a las personas extranjeras inscritas la rectificación de los asientos en el Registro civil o para obtener un pronunciamiento de reasignación de género a título principal que, en su caso, pudiera interesar al extranjero reconocer en otro Estado²¹. Su articulación como foro de necesidad requeriría acreditar, en todo caso, la imposibilidad de acceder a los tribunales de “su” Estado (preferiblemente, los de su nacionalidad) para realizar allí la reasignación de género pretendida y obtener una resolución para su posterior reconocimiento en España.

No habría laguna de competencia judicial internacional cuando la cuestión de la identidad sexual se planteara como cuestión previa respecto de un litigio principal matrimonial (en relación con la capacidad matrimonial) o de filiación (en un litigio para el establecimiento del vínculo respecto de uno de los progenitores). En esos casos, siguiendo la regla general de funcionamiento de las normas de competencia, la competencia sobre la cuestión principal absorbería a la cuestión incidental.

9. En una revisión futura, deberían introducirse los foros de competencia judicial internacional basados en la nacionalidad española y, de manera alternativa, la residencia habitual en España. Este doble criterio ha sido ya admitido en Derechos de nuestro entorno²².

Dado que estamos en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, no cabría entender como exorbitante el criterio de la nacionalidad del solicitante. Y la introducción de este criterio sería necesaria para garantizar los procedimientos judiciales de reasignación de género de menores españoles de 12 a 14 años o de la revisión de la rectificación previa a la que se refiere el art. 47.

Por su parte, la residencia habitual en España contiene un vínculo razonable con nuestro territorio y coherente con nuestro sistema de competencia judicial internacional en materia de persona. Tal criterio sería imprescindible para garantizar la rectificación registral de la mención del sexo cuando la persona extranjera estuviera inscrita en nuestro Registro civil.

Para el ámbito de reconocimiento de las resoluciones sobre cambio de sexo, el Convenio n° 29 CIEC también admite la residencia habitual o la nacionalidad como criterios de competencia judicial internacional indirecta²³.

¹⁸ Es cierto que la literalidad del art. 22 LOPJ cubre los litigios sobre las inscripciones practicadas en “un registro español”, sin limitación expresa a Registro civil. Pero ese ámbito material es el que se deriva de una interpretación sistemática del art. 22 en relación con el art. 24 relativo a la competencia en el orden contencioso-administrativo.

¹⁹ En el mismo sentido P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 356.

²⁰ *IBIDEM.*, p. 357.

²¹ Por ejemplo, sería necesaria esa nueva identidad sexual si pretende celebrar un matrimonio en un país que solo admite matrimonio entre personas de diferente sexo.

²² *Vid.* también P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 358. Es la solución del art. 35.bis del Código belga de Derecho internacional privado, de 16 de julio de 2004 (cuya versión consolidada puede consultarse en <https://www.dipr.be/fr/1%C3%A9gislation>). La residencia habitual en Alemania, aparte de la nacionalidad, fue un criterio introducido a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de aquel país de 18 de julio de 2006, que extendió la aplicación de la *Transsexuellengesetz* a los residentes de larga duración o indefinida en Alemania; *cf.* A. SCHULZ, “Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR – Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7.a EGEGB”, *IPRax.*, 2024, 1, pp. 28 y ss. esp. pp. 29-20,

²³ Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena el 12 de septiembre de 2000, *BOE* n° 36, de 11-II- 2011, vigente para España y Países Bajos

C) Ley aplicable

10. La Ley Trans tampoco colma la laguna sobre la falta de ley aplicable a la determinación del sexo. En Derecho comparado, allí donde existe regulación, ésta se ha basado en extender la solución conflictual aplicable al estado o capacidad de la persona²⁴ o la ley aplicable al nombre y apellidos²⁵. Se están proyectando también soluciones específicas para determinar la ley aplicable a la autodeterminación de género, como ocurre en el Derecho alemán, que introduce expresamente la autonomía de voluntad en este ámbito²⁶.

Dada su vertiente jurídica – e impacto sobre el resto de instituciones que conforman la identidad de una persona y sus relaciones familiares – lo razonable sería entender sometida la autodeterminación de género a la ley nacional, activando el carácter general y residual que tiene el art. 9.1 C.c. sobre las cuestiones relativas a “la capacidad y estado civil” aunque no encuentre encaje jurídico propio en ninguna de estas categorías²⁷. Siendo cierto que las cuestiones tradicionalmente incluidas en el estatuto personal han ido sustituyéndose progresivamente por la ley de la residencia habitual, la ley nacional sigue siendo la conexión aplicable a la determinación del nombre y apellidos, elemento esencial – al igual que sucede con el sexo – de la identidad de la persona. De este modo, se unifica el tratamiento y facilita la acreditación de una identidad única basada en la certificación de nacimiento. De hecho, si hubiera que decantarse – en caso de soluciones divergentes – entre la ley aplicable al estado de la persona y la ley aplicable al nombre, me parece que habría que inclinarse más a la segunda que a la primera.

En todo caso, teniendo en cuenta la coincidencia actual entre el art. 9.1 C.c. y el art. 1 del Convenio de Múnich de 1980, sobre ley aplicable a los nombres y apellidos, puede concluirse, a falta de solución específica, la aplicación de la ley nacional para la asignación (inicial) de género y también la reasignación (autodeterminación) de género. Sin embargo, existen diversas matizaciones a este planteamiento derivadas de la intervención del orden público y del desconocimiento por el Derecho del foro del tercer género.

11. La primera cuestión hace referencia a la intervención del correctivo del orden público del Derecho español si el Derecho extranjero rechaza la posibilidad de autodeterminación de género. En el siempre difícil equilibrio entre la imposición de los valores del foro y la constitución de realidades jurídicas claudicantes, la referida fundamentación de la Ley Trans en el libre desarrollo personalidad debería prevalecer sobre el inconveniente de que el Estado de origen de la persona no reconociera la reasignación sexual realizada. Ahora bien, no estaría justificado ni sería realizable una “universalización” de nuestro posicionamiento sobre la autodeterminación de género que acogiera a toda persona al margen de su vínculo efectivo con nuestro territorio²⁸. La promoción de un “turismo identitario sexual LGTBI” no sería razonable y sería poco efectivo en la práctica. De ahí, que pueda defenderse la aplicación de nuestro Derecho a quienes residan en España²⁹. En el fondo esta activación del orden público más que matizar la aplicación de la ley nacional, lo que traduce es el carácter de norma material imperativa de la ley del foro. Este ya fue el planteamiento subyacente en la RDGRN de 24 de enero de 2005, que reco-

²⁴ El art. 35.ter del Código belga en relación con el art. 34.1 párrafo 1.

²⁵ En este sentido, el art. 40a de la Ley suiza de Derecho internacional privado, con la modificación dada por la Ley de 18 de diciembre de 2020, establece que los arts. 37 a 40 (relativos al nombre y al cambio de nombre) se aplican por analogía al sexo de una persona (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr).

²⁶ El proyecto de Ley alemán de la *Selbstbestimmungsgesetz* reforma el § 7º EGBGB para introducir una norma de conflicto para la autodeterminación de género, sometiéndola a la ley nacional, pero pudiendo las personas residentes en Alemania elegir este Derecho para la reasignación sexual (*vid.* BT-Drucksache 20/11004).

²⁷ Al margen de la discusión doctrinal sobre la consideración del sexo como integrante del estado civil, la doctrina española se muestra partidaria de incluir la autodeterminación de género en el art. 9.1 C.c., *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (“Una visión...”, *loc. cit.*, apdo. 3.1); P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pp. 350-351. En la doctrina extranjera, *vid.* S.L. GÖSSL, “From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?”, *JPRIL*, vol. 12, 2016, 2, pp. 261 y ss., esp. p. 270. En Derecho comparado, se realiza en ocasiones una calificación directa como cuestión de estado civil: *vid.* el artículo 43, letra i) de la Ley n.º 119/1996, sobre el estado civil rumana.

²⁸ Perspectiva que sí parece promover S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 15.

²⁹ La exigencia sería similar al requisito del domicilio de al menos uno de los contrayentes en España, conforme al criterio de competencia territorial del art. 57 C.c., para autorizar matrimonios entre personas del mismo sexo.

noció el cambio de sexo, al margen de lo dispuesto en la ley nacional³⁰. Esta solución se alinea, además, con la protección en España por la vía de asilo de las personas que sufren persecución en su Estado de origen por razón de identidad sexual³¹.

12. Por su parte, el desconocimiento por el foro del tercer género puede dificultar el acomodo registral de una ley nacional que permita su existencia, más de solucionar cuando se trata de documentación administrativa, como veremos a propósito de la STSJ 83/2023 de Andalucía³². Ciertamente, la normativa y los asientos registrales suelen ser muy rígidos y establecidos en función de la normativa material del foro. No obstante, siempre sería posible una solución intermedia como dejar la casilla en blanco, lo que permite acomodar una normativa extranjera que no tiene parangón en el foro sin tener que forzar la propia normativa interna³³. Y, todo ello, sería conforme con la doctrina del TEDH asentada en el asunto *Y. c. France*, según la cual, dadas las divergencias actuales de Derecho comparado, no existe vulneración del derecho a la vida privada del art. 8 CEDH por no prever la mención de intersexual en el registro.

D) Reconocimiento de decisiones extranjeras de reasignación sexual

13. La rectificación registral puede venir del reconocimiento de una resolución extranjera; de hecho, la estricta legitimación establecida en el art. 43 de la Ley Trans presupone – implícitamente – que cualquier corrección registral de personas extranjeras inscritas en España podrá instarse a partir del reconocimiento de resoluciones dictadas en sus países de origen. Si hay resolución de autoridad, no cabe duda de que debe ir a un método de reconocimiento. Si no hay resolución de autoridad, estamos ante una cuestión de ley aplicable, incluso aunque se traiga una certificación registral extranjera donde conste su género³⁴.

El único marco normativo específico de referencia se encuentra en el citado Convenio nº 29 de la CIEC de 2000 que establece una regla de reconocimiento de decisiones judiciales o administrativas de cambio de sexo dictadas por los tribunales o autoridades administrativas de la nacionalidad o de la residencia. Al margen de este Convenio, cabe entender también aplicables los Convenios bilaterales de reconocimiento que incluyen los litigios y actos de jurisdicción voluntaria en materia civil y no excluyen expresamente las cuestiones relativas al “estado” de las personas, ámbito en que se situaría la reasignación de género³⁵.

14. En el escenario UE, el reconocimiento mutuo que puede afectar a españoles residentes en otro Estado y a ciudadanos UE residentes en España o que se encuentran en España. Sobradamente conocido es el planteamiento a propósito del régimen del nombre y apellidos que, por su vinculación, también puede extenderse a la identidad de género, conforme al principio de unicidad de status del ciudadano de la UE³⁶. En todo caso, es llamativa la ausencia de la mención del sexo en el Reglamento (UE) 2016/1191 sobre documentos públicos, para facilitar, al menos, la eficacia probatoria de un documento expedido en otro Estado UE.

³⁰ Se solicita autorización para celebrar matrimonio en España por parte de un costarricense nacido varón y que había cambiado de sexo con decisión judicial previa dictada por un Juzgado español. El juez encargado del registro denegó la capacidad matrimonial por la falta de reconocimiento de la sentencia española en Costa Rica. Frente a ello, la DGRN excepciona la aplicación de la ley nacional sobre la base del orden público y la coherencia interna de nuestro propio sistema (*vid.* el comentario de la Resolución de M. REQUEJO ISIDRO, *REDI*, 2005, pp. 986-994).

³¹ La Disposición final décima reforma el art. 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo.

³² STSJ 83/2023, de 23 de enero de 2023, ECLI:ES:TSJAND:2023:792.

³³ Cf. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, p. 352.

³⁴ Recuérdese que, conforme al art. 98.1.c) LRC, ello no está exento de control de validez conflictual

³⁵ Así, por ejemplo, sería aplicable el Convenio con Austria, de 17 de febrero de 1984, pero no el Convenio con Brasil, de 13 de abril de 1989. También sería importante la calificación del cambio de sexo como estado de las personas a los efectos de verificar el ámbito del control sobre la ley aplicada, caso de existir dicho control en el Convenio.

³⁶ D. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 66 y ss.; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *REEL*, 2018, nº 35, pp. 1 y ss., esp. pp. 20 y ss.

Precisamente en este ámbito está pendiente una cuestión prejudicial en el asunto *Mirin*³⁷. El hecho se suscita porque la Ley estado civil de Rumanía no reconoce las modificaciones en el estado civil sobre las menciones relativas al sexo y al nombre realizadas en el Reino Unido por un doble nacional británico-rumano, de modo que se exige tramitar desde el principio otro procedimiento judicial en Rumanía, lo que puede dar lugar a una solución contraria a la adoptada en el otro Estado miembro. El Abogado General ya se ha pronunciado sobre la incompatibilidad con la libre circulación UE del rechazo al reconocimiento del cambio de nombre y sexo realizados en otro Estado miembro, aplicando la jurisprudencia TJUE sobre apellidos. En estos casos, la eficacia registral civil parece inescindible de la documentación administrativa, de modo que el reconocimiento implique automáticamente la modificación registral en Rumanía en las menciones relativas a la propia persona, aunque no sobre los asientos registrales relativos al matrimonio o la filiación³⁸.

Rechazar el reconocimiento de la identidad sexual establecida en otro Estado UE es dudosamente compatible con el ejercicio del estatuto de la ciudadanía de la UE y de la libertad de residencia en condiciones no discriminatorias. Como fundamento, cabe no solo invocar los arts. 20 y 21 TFUE, sino también la Carta de Derechos Fundamentales UE, en concreto su art. 21 y el respeto al derecho a la vida privada del art. 7, trasunto del art. 8 CEDH, lo que permitiría extrapolar a este ámbito la jurisprudencia dada por el TEDH.

2. La perspectiva de la documentación administrativa

A) El alcance subjetivo del art. 50 de la Ley Trans

15. Al margen del Registro civil, los extranjeros que se encuentran en España pueden intentar la rectificación de su sexo en la documentación administrativa que se les expida con base en el art. 50 de la Ley Trans. Frente a otras posibles interpretaciones, de los antecedentes y la literalidad de este precepto, cabe entender que cubre únicamente la documentación que las autoridades españolas expiden a los extranjeros³⁹, en concreto la tarjeta de identidad de extranjeros y la autorización de residencia y de trabajo⁴⁰. Por otra parte, la previsión del art. 50 garantiza la compatibilidad de nuestro sistema con el CEDH: se evita la vulneración del art. 8 CEDH, *Rana c. Hungría*, dado que se prevé un sistema de reasignación sexual para aquellos casos en los que la persona extranjera no está inscrita⁴¹.

16. Conforme a esto, los perfiles incluidos en este art. 50 serían, inicialmente, extranjeros no inscritos en el Registro civil español y que pretendan una rectificación en su identidad. Entrarían aquí las personas refugiadas que se encuentran en España y a las que se les otorga protección por vía de asilo por persecución por razones de género e identidad sexual y también personas indocumentadas. La expresión personas “extranjeras” no debe entenderse en sentido literal, sino que debe entenderse que cubre también a los apátridas. En estos casos, en caso de negativa a expedir la documentación conforme a su nueva identidad sexual, podrá recurrirse por la vía contencioso-administrativa sin que exista, en esta parte, una laguna de competencia judicial internacional.

³⁷ Asunto C-4/23: *Mirin*, Conclusiones, de 7 de mayo de 2024, del Abogado General R. de la Tour, ECLI:EU:C:2024:385.

³⁸ Las Conclusiones del Abogado General pretenden alinearse, de este modo, con la jurisprudencia *Coman y Pancharevo*. En este contexto, debe considerarse la cuestión prejudicial pendiente en el asunto *Wojewoda Mazowiecki* (asunto C-713/23) en relación con la inscripción en el Registro civil polaco de un matrimonio entre personas mismo sexo celebrado en Alemania.

³⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, pp. 362-363, entiende que el art. 50 cubriría todos los casos en los que se solicite la rectificación de la mención del sexo y del nombre, tanto si se trata de documentación administrativa como registral.

⁴⁰ Así se preveía expresamente en el art. 7 de la Proposición de Ley de propuesta de ley presentada en marzo de 2018 (*loc. cit.*).

⁴¹ STEDH de 16 de julio de 2020, *Rana c. Hungría*, núm. 40888/17, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD004088817. Lo que hacía contrario al CEDH el Derecho húngaro era la inexistencia de una vía para solicitar el cambio de sexo para los extranjeros que no contaran con certificación nacimiento en Hungría, dado que solo estaba prevista la vía civil de cambio del acta de nacimiento inscrita en el registro.

17. Sin embargo, el art. 50 debe interpretarse de manera extensiva incluyendo también a los extranjeros que tengan inscripción previa en el Registro civil español. Recordemos que, tal y como está configurado actualmente el art. 43 de la Ley Trans, estas personas no tienen posibilidad de rectificar su mención registral; pero sí deben tener abierta al menos la vía de la adecuación de su documentación oficial. Y es aquí donde se muestra la paradoja de nuestro sistema vigente al permitir extender una documentación oficial con un sexo diferente al que consta en el Registro civil, rompiendo con la obligada concordancia a la que obliga el propio art. 49 de la Ley Trans.

Por ese motivo, un doble sistema de vía registral para españoles (art. 43) y adecuación de la documentación oficial para extranjeros (art. 50) no puede funcionar. Toda persona inscrita en el Registro civil debe poder acudir a la rectificación registral y, a partir de ella, obtener la acreditación oficial de identidad. Si no existe inscripción registral previa, la adecuación de la documentación se hará directamente conforme al art. 50.

B) Condiciones para la adecuación documental

18. El art. 50 contempla una doble situación en función de que se inste una solicitud de adecuación de los documentos directamente a una autoridad competente española (apartado 1) o que se inste el reconocimiento de una reasignación de género realizada por una autoridad extranjera (apartado 2).

19. Por una parte, el art. 50.1 presupone la aplicación de la ley nacional más un correctivo orden público que hace prevalecer, en los términos ya indicados, el criterio de la norma material imperativa española relativa a la autodeterminación. De este modo, si en los registros del país de su nacionalidad (entendiendo por tal la referencia al “país de origen”) ha logrado una rectificación de la mención del sexo, tal rectificación va a constar también en la documentación administrativa que se les expida. Y también es lógica la prevalencia en este caso del criterio de la nacionalidad, dado que son las autoridades del país las que habitualmente – salvo los casos de apatridia, refugiados e indocumentados – otorgan la correspondiente documentación a las personas.

Para la aplicación de la ley española, se requiere que exista una imposibilidad legal o de hecho de realizar la rectificación registral en el país de origen. La primera se daría si la ley de origen no prevé o prohíbe la reasignación; incluso podría pensarse en activar la aplicación de nuestra ley si el Derecho extranjero somete la reasignación a un proceso de patologización. La segunda se daría en supuestos de grave crisis en el país de origen, por ejemplo, por una situación de conflicto bélico o de catástrofe humanitaria, que haga inviable iniciar en la práctica cualquier procedimiento registral en aquel país.

En el caso de negativa por parte de la autoridad competente a extender la documentación con la nueva identidad sexual, la persona extranjera tendrá a su disposición la vía judicial. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, aquí no hay laguna de competencia judicial internacional, dado que los recursos entran en el orden contencioso-administrativo y serán competentes los tribunales españoles respecto de los actos dictados por sus Administraciones (art. 24 LOPJ). No necesitamos en este caso, por tanto, acudir al expediente del *forum necessitatis* para garantizar el acceso a los protegidos por la vía de asilo a un reconocimiento documental de su nueva identidad sexual.

20. Por otra parte, el art. 50.2 obliga a las Administraciones públicas a habilitar procedimientos de adecuación de los documentos expedidos a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular en España, que hayan procedido a realizar la rectificación registral correspondiente en su país de origen⁴². Es decir, partimos aquí de lo que podría entenderse como hipótesis habitual en la que el país de origen realiza la reasignación de género que luego pretende reflejarse en la documentación oficial expedida para la persona extranjera.

Si la persona extranjera no estuviera inscrita previamente en el Registro civil español, se plantea únicamente el reconocimiento de la certificación registral extranjera en el ámbito administrativo que,

⁴² *Vid.* la crítica a la exigencia de regularidad en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *loc. cit.*, nota 75.

tal y como y se prevé, se formula de manera incondicional. Se sigue en este punto una mecánica que ya viene siendo habitual para la acreditación de situaciones personales y familiares a los efectos de la normativa de extranjería, que obvia los procedimientos y controles habituales del Derecho internacional privado⁴³. En el ámbito de la libre circulación de personas, nos movemos en el contexto del reconocimiento mutuo directo de la identidad acreditada conforme al Registro civil del país de origen, tal y como se estableció en la STS 83/2023 de Andalucía⁴⁴. La flexibilidad en el ámbito registral no sólo incide en el sistema de reconocimiento de la certificación sino también en la posibilidad de adecuación de la documentación y del registro administrativo al tercer género o género diverso.

Si la persona extranjera estuviera inscrita en el Registro civil español, los efectos de la certificación extranjera quedarían supeditados a las exigencias de la eficacia registral de documentos públicos extranjeros exigidas por el art. 98 LRC (con control de validez del acto) o del reconocimiento automático de la resolución judicial extranjera con las condiciones del art. 96, si la hubo en el país de origen para realizar la modificación registral.

3. El impacto en el régimen del nombre

21. La autodeterminación de género puede tener un impacto directo en el régimen del nombre, en la medida en que el Derecho material establezca – o, según los casos, imponga – que el nombre ha de adecuarse al género, siguiendo las variantes masculina, femenina o, en su caso, neutra. Si la reasignación y el cambio de nombre se ha hecho ante autoridad extranjera, la cuestión se tratará como reconocimiento y, en el caso UE, como reconocimiento mutuo para dar efecto a la identidad sexual y al nombre establecido en el Estado de origen.

22. Desde la perspectiva de la autoridad española, el planteamiento de una reasignación de género y el cambio de nombre responde a dos cuestiones – previa y principal – que debe resolverse, inicialmente, conforme a la ley nacional del Convenio de Múnich de 1980. Es la ley aplicable al nombre la que debe determinar el impacto que tiene la reasignación de género en el nombre⁴⁵. Desde la perspectiva del sistema – en construcción – español, habría una equivalencia de tratamiento conflictual si consideramos incluida en el art. 9.1 C.c. la identidad de género. Y esa equivalencia también se da en otros sistemas⁴⁶.

Puede presentarse aquí una primera duda sobre la competencia de las autoridades españolas para autorizar el cambio de nombre de una persona extranjera, conforme a una autolimitación inicial seguida por la DGRN y también a la eventual incidencia en este ámbito del Convenio de Estambul⁴⁷. La primera, como ya se ha indicado, no encuentra justificación. Por su parte, si fuera aplicable el Convenio de Estambul, las autoridades españolas no tendrían competencia para autorizar un cambio de nombre a nacionales de otros Estados parte, a menos que también tuvieran la nacionalidad española. Sin embargo, el mismo solo resulta aplicable para aquellos casos en los que se solicite un cambio de nombre de manera voluntaria, no como consecuencia directa del cambio de sexo, en la medida en que el Convenio excluye los cambios que respondan modificación del estado de las personas.

⁴³ Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, pp. 29 y ss.

⁴⁴ STSJ Andalucía 83/2023 (ECLI:ES:TSJAND:2023:792) La pretensión del apelante, con ciudadanía alemana, era modificar la solicitud de inscripción en el Registro Central de Extranjeros residentes ciudadanos de la Unión Europea el dato relativo al sexo, de forma tal que en el mismo se haga constar sexo “indeterminado” con base en los datos obrantes en el pasaporte alemán. El recurso se admitió buscando la concordancia con la documentación oficial extendida por las autoridades alemanas. Vid. el comentario a esta Sentencia de P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Asignación de sexo legal indeterminado (Sala de contencioso-administrativo, Secc. 4ª), núm. 83/2023, de 23 de enero, REEI, nº 46, 2023, pp. 623 y ss.

⁴⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 10.

⁴⁶ En el Proyecto alemán, la propuesta del art. 7.a) EGBGB permite la elección del Derecho alemán para las personas que tienen su residencia habitual en aquel Estado tanto para la autodeterminación de género como para el cambio de nombre en las condiciones o vinculado (*unter den Voraussetzungen oder im Zusammenhang*) al cambio de sexo. Obsérvese que con ello el cambio de sexo arrastra la solución para el cambio de nombre, excepcionando la aplicación de la ley nacional a este prevista en el art. 10.1 EGBGB. Vid. A. SCHULZ, *loc. cit.*, p. 32.

⁴⁷ Convenio relativo a los cambios de apellidos y de nombres, hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958, BOE nº 15, de 18-I-1977.

23. En el ámbito del Registro civil, tratándose de solicitudes de reasignación realizadas por españoles, el cambio de nombre es voluntario, dado que para el Derecho español el género es irrelevante a los efectos de elección del nombre⁴⁸.

Si la solicitud de reasignación se ha presentado por una persona extranjera, será la ley rectora del nombre la que determine si el cambio de identidad sexual implica un cambio automático de nombre. Obviamente, si la ley extranjera no reconoce la reasignación sexual realizada, volvemos al punto de partida de aplicación imperativa del Derecho español que se aplicará al cambio de sexo y, en su caso, de nombre⁴⁹. En estos casos, la aplicación del Derecho español arrastrará también la solución sobre el nombre por lo que se desactiva la regulación sobre la cuestión previa del art. 1 del Convenio de Múnich.

Si la ley nacional rectora del nombre admite la reasignación sexual, pero establece que el cambio de nombre será voluntario, podría plantearse en este contexto la aplicación del Convenio de Estambul, con la consiguiente limitación de la competencia de nuestras autoridades para realizar ese cambio.

24. Fuera del Registro civil, tratándose de solicitudes de adecuación de la documentación oficial de personas extranjeras, el citado art. 50 de la Ley Trans establece el mismo sistema, y con los mismos condicionantes, para el cambio de sexo y “en su caso” el cambio de nombre en el supuesto de que no hubiera sido posible una rectificación registral en el Estado de origen. Más que pensar en este caso en una solución conflictual específica para el cambio de nombre, parece llevarse todo ello a una aplicación del Derecho español como norma material imperativa para el ámbito de la documentación administrativa. Lo correcto sería, no obstante, determinar conforme a la ley nacional el impacto de la reasignación de género en el nombre (de haberlo “en su caso”).

Si la persona extranjera está inscrita en el Registro civil español, queda por determinar el tratamiento de la rectificación registral. En este caso, debería llegarse a la misma solución de ley aplicable, consecuente con la necesaria coordinación entre Registro civil y la documentación administrativa emitida en España. Dicha coordinación interna debe prevalecer al margen de la falta de concordancia con el registro del país de origen.

III. Dimensión familiar de la identidad de género

1. El impacto en el matrimonio transfronterizo

25. La autodeterminación de género también tiene implicaciones para el ámbito familiar, en particular, en relación con el matrimonio y la filiación. La primera vertiente depende, inicialmente, de la concepción matrimonial existente en el Estado en cuestión; y, posteriormente, del reconocimiento de la reasignación de género a los efectos de la capacidad matrimonial.

26. El impacto de la autodeterminación de género en el matrimonio está directamente relacionado con la concepción matrimonial estatal, en la medida en que el género condicione la posibilidad (o no) de contraer matrimonio. El Estado de referencia es, a estos efectos, el de la celebración o en el que pretenda reconocerse el matrimonio.

En este contexto, podemos encontrarnos con los siguientes modelos:

- Una concepción matrimonial que admite matrimonios entre personas del mismo sexo no requiere una reasignación de sexo, dado que este es irrelevante a los efectos de contraer matrimonio. Ya la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 se encargó de extender nuestro sistema al margen de la nacionalidad de los contrayentes.

⁴⁸ Art. 51 LRC. En este sentido, el art. 46.3 de la Ley Trans establece, entre los efectos de la rectificación de la mención registral relativa al sexo “en su caso, el cambio de nombre”, lo que evidencia, a mi juicio, la ausencia de correlación automática entre cambio de sexo y de nombre.

⁴⁹ A la contravención del orden público de una ley extranjera que no permita cambiar de nombre a una persona que ha cambiado legítimamente de sexo/género en nuestro país, también se refiere S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 15.

- Una concepción matrimonial que solo admite matrimonios entre personas de distinto sexo puede condicionar la decisión de reasignación de género de uno de los contrayentes para poder celebrar el matrimonio. El contexto del problema no es nuevo: la citada RDGRN de 22 de mayo de 2005 se dictó precisamente para reconocer la reasignación de género no admitida por la ley nacional del contrayente y, conforme a ella, autorizar el matrimonio (en aquel momento heterosexual) conforme al nuevo género.
- Una concepción matrimonial exclusivamente binaria obligaría a tener que identificar el género hombre/mujer para poder contraer matrimonio. Se ha planteado la duda para nuestro sistema a la vista de la mención constitucional sobre los contrayentes en la Constitución⁵⁰. Claramente, se dan modelos en Derecho comparado en los que se reconoce expresamente la posibilidad de matrimonio a personas intersexuales, como es el caso de Nueva Zelanda⁵¹. A día de hoy, siguiendo el planteamiento en el asunto *Y. c. France*, no estaría claro un pronunciamiento del TEDH que derivara, del art. 8 y art. 12 CEDH, un derecho a contraer matrimonio de una persona intersexual.

27. Determinada la concepción matrimonial de la *lex auctoritas*, todavía se impondría verificar si se reconoce la reasignación de género a los efectos de la capacidad matrimonial: esto es, si la transexualidad de una persona puede entenderse como impedimento para contraer matrimonio. La cuestión se ha planteado en Derecho comparado y también en el Derecho español⁵². En este punto, el TEDH ha sido claro desde la Sentencia *Goodwin*: no está justificada, y sería una restricción ilegítima al *ius connubi*, admitir la reasignación sexual de una persona y, posteriormente, no reconocer la nueva condición a los efectos de contraer matrimonio⁵³. El impacto de esta jurisprudencia es evidente: la propia admisión de la autodeterminación de género conlleva, imperativamente, un reconocimiento a su capacidad matrimonial y ello al margen de la ley nacional⁵⁴. Desde esta perspectiva, un eventual impedimento previsto por la ley nacional para celebrar matrimonio basándose en su condición de transexual no será admitido por contravenir nuestro orden público, lo que tendrá incluso efectos en el ámbito del Convenio de París de 1964⁵⁵.

2. El impacto en la filiación y relaciones paternofiliales transfronterizas

A) En el establecimiento de la filiación

28. La autodeterminación de género también tiene impacto sobre en el establecimiento de la filiación y en la constancia registral de la condición e identidad sexual de los progenitores. Centraremos nuestro análisis en la tradicionalmente denominada filiación por naturaleza, dado que un análisis de las particularidades de la adopción desbordaría las pretensiones de este trabajo.

El establecimiento de la filiación depende del art. 9.4 C.c., mientras no sea reemplazado por la propuesta de Reglamento UE sobre el que se está trabajando. La ley de la residencia habitual del hijo de-

⁵⁰ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una visión...”, *loc. cit.*, p. 13.

⁵¹ Vid. S.L. GÖSSL, *loc. cit.*, p. 276.

⁵² Vid. el apdo. IV de la Resolución RDGRN de 22 de mayo de 2005. Ver, en todo caso, el valor limitado de aquella jurisprudencia en la medida en que no se planteaba directamente la cuestión matrimonial (*vid.* R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, p. 193).

⁵³ STEDH de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin c. United Kingdom*, nº 28957/95 ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795 Arrêt 11.7.2002. Véase que lo relevante en ese caso es potenciar el derecho a contraer matrimonio. La autodeterminación de género era accesoria; es decir, en este caso, el orden público español no se activó por reconocer el derecho a la autodeterminación, sino por facilitar el *ius connubi*.

⁵⁴ Una cuestión diferente es la obligación, desde la perspectiva de las autoridades del Estado de origen, de conceder ese certificado de capacidad matrimonial en la medida en que su propio sistema no admita el matrimonio entre personas del mismo sexo. *Vid.* en este contexto, la cuestión pendiente ante el TEDH en relación con la no expedición de certificados de capacidad matrimonial por la autoridad de la nacionalidad polaca para impedir que puedan contraer en España un matrimonio entre personas del mismo sexo (asunto *Szypula c. Polonia*, 78030/14 y 23669/16).

⁵⁵ Ver el Convenio de París de 10 de septiembre de 1964, tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, que establece la competencia de las autoridades de las autoridades del Estado de la celebración, cuando el contrayente resida habitualmente en ese Estado, para realizar la dispensa del impedimento conforme a la ley nacional.

terminará cómo se establece la filiación matrimonial y no matrimonial (por reconocimiento voluntario, sentencia judicial, posesión de estado, presunciones de paternidad). Las preguntas que deben responderse en este caso son: ¿Cómo influye el género en el establecimiento de la filiación? ¿Hasta qué punto la reasignación de género puede privar o limitar la posibilidad de establecer la filiación?

29. La influencia del género en el establecimiento de la filiación suele partir de la fijación de la “maternidad” (cualquiera que sea su denominación) a partir de una circunstancia biológica como es la gestación y el parto⁵⁶. En ese caso, la reasignación de género (esté admitida o no por el Derecho reclamado), en la medida en que no altera la capacidad de procrear, no habría de afectar al establecimiento de la filiación por esta vía, aunque sí pueda incidir en la denominación del progenitor en la inscripción, cuestión sobre la que volveremos posteriormente.

La situación cambia para el establecimiento de la filiación por parte de la pareja o cónyuge de la gestante, en la medida en que el Derecho rector de ésta determine requisitos o condiciones diferentes en función de su cualidad como hombre o mujer.

En el ámbito de la filiación matrimonial, por ejemplo, la ley rectora de la filiación puede partir de presunciones de “paternidad”. La presunción ha tenido una justificación biológica tradicional basada en la equivalencia entre el sexo biológico del presunto padre y su sexo legal. Desde el momento en que esa correlación puede romperse, el interrogante es si esa misma presunción ha de operar también a favor de una mujer que ha reasignado su género a hombre o, en caso contrario, el establecimiento de la filiación requiere un reconocimiento voluntario⁵⁷.

En el ámbito de la filiación no matrimonial, lo habitual es que la filiación se establezca por acto de reconocimiento voluntario del nacido. La legitimación para el reconocimiento (hombre, mujer, género neutro) vendrá determinada por la correspondiente ley rectora y considerando el género que tiene en el momento del reconocimiento de la filiación.

En todos estos casos, la consecuencia más importante es que la ley aplicable a la filiación debe admitir la reasignación sexual realizada y, en función de ella, determinar las consecuencias sobre el modo y forma de establecer la filiación.

30. Esto nos lleva a la cuestión de una eventual restricción, en la ley rectora de la filiación, que impida el reconocimiento de la filiación por parte de personas transgénero, precisamente por su condición de transgénero. Precisamente, en un caso como en este, la conexión en cascada del art. 9.4 C.c. hace innecesario acudir al expediente del orden público. La aplicación subsidiaria del Derecho español permitiría ese establecimiento de la filiación dado que la reforma del art. 120.1º C.c., en relación con el art. 44.6 LRC.

En todo caso, en este contexto se impondría la jurisprudencia del TEDH sobre el impacto del derecho a la vida privada del menor en el establecimiento del vínculo de filiación. Desde esta perspectiva podría entenderse que: por una parte, habiendo vínculo biológico el establecimiento del vínculo debe estar garantizado al margen de la identidad sexual del progenitor, siguiendo la doctrina *Labassee y Menneesson*⁵⁸; por otra parte, prohibir el establecimiento del vínculo por el hecho de existir reasignación sexual sería contrario al art. 8, extrapolando aquí la doctrina *Goodwin* aplicable a la capacidad matrimonial⁵⁹.

B) En la mención del progenitor

31. El segundo problema que anticipábamos es el relativo a la mención de la identidad sexual del progenitor en la inscripción de nacimiento del hijo. El problema se suscita básicamente cuando se ha producido una reasignación sexual por parte alguno de los progenitores antes del nacimiento del

⁵⁶ Dejamos a salvo, claro está, la determinación de la filiación por contrato de gestación por sustitución.

⁵⁷ Por ejemplo, el reconocimiento previsto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

⁵⁸ Si bien es cierto que se formuló para la gestación por sustitución, la construcción es extrapolable a este ámbito.

⁵⁹ En cualquier caso, aquí la decisión no se construiría sobre la base del derecho a tener un hijo (derecho inexistente desde el punto de vista del CEDH) sino sobre el derecho a la vida privada del menor.

hijo⁶⁰. Las menciones registrales sobre la condición de los progenitores dependen, en cada caso, de la ley registral correspondiente que interviene, *a posteriori*, una vez fijada la filiación. Como se desprende de la jurisprudencia del TEDH, no estando la filiación ni la responsabilidad parental en juego, la intervención del art. 8 del CEDH es de menor impacto.

Así, en el asunto *Y c. France*, la demanda tuvo su origen en la constancia registral, en el acta de nacimiento, del sexo masculino del progenitor a pesar de ser biológicamente intersexual, condición que quería que figurase. Como ya se ha indicado, la ausencia de consenso en Derecho comparado y su impacto en un sistema jurídico binario, impiden derivar del CEDH una obligación de reconocimiento de tal identidad sexual.

Una cuestión parcialmente diferente se planteó en la cuestión ante el TEDH, en los asuntos *O.H. et G.H. c. Allemagne*: en el primer caso, se trataba de una persona nacida como mujer que da a luz a un niño cuando ya se había cambiado de sexo y era hombre, haciéndose constar en el registro como madre; en el segundo caso, se trataba de una persona nacida hombre que transita a mujer y su pareja mujer da a luz a un niño con gametos masculinos de la persona trans. En el registro se le hace constar como padre.

La perspectiva de análisis se centra en el equilibrio entre el derecho a la vida privada del menor (con derecho al establecimiento de la filiación y a conocer sus orígenes biológicos) y la protección de la intimidad de la persona trans que requeriría que su mención como progenitor (padre/madre) no revelase o divulgase su condición de transexual. Obsérvese que cualquier denominación que identifique al progenitor en función de su condición de gestante revela, de manera indirecta, una identidad sexual biológica que puede no corresponderse con la legal⁶¹. En estos supuestos, el acceso restringido a la mención registral sobre la filiación permitiría, a juicio del TEDH, garantizar la intimidad del progenitor.

32. Cuestión diferente es la incidencia del carácter transgénero de un progenitor sobre la decisión de la custodia del menor. A propósito de ello, en un reciente caso de sustracción internacional, las autoridades polacas denegaron la restitución por ser la madre transgénero y poder suponer, por ello, un peligro psíquico para los hijos (se entiende sobre la base del art. 13.1.b) del CH 1980)⁶². En este supuesto, y viendo la propia jurisprudencia del TEDH, cabría ver una vulneración del derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH en la medida en que el criterio de decisión no se basa en el interés superior del menor, sino en un criterio de política legislativa.

IV. Conclusiones

33. Desde la perspectiva del tratamiento de las personas extranjeras y de las situaciones de movilidad transfronteriza, la Ley Trans reincide en las mismas limitaciones que tenían las normas hasta ahora vigentes, introduciendo un doble sistema de rectificación registral en el art. 43 (limitado a personas españolas) y de adecuación de documentación en el art. 50 (para extranjeras) que resulta insostenible.

34. Las personas extranjeras inscritas en el Registro civil no tienen – inexplicablemente – reconocida legitimación para la rectificación registral de la mención del sexo a no ser que se haga por el

⁶⁰ . Cabe entender que la cuestión no se va a plantear si la reasignación se ha realizado después del nacimiento, ya que, en ese caso, no sería lógica una retroactividad en la identificación del progenitor. Prevalece aquí el principio de estabilidad y seguridad jurídica en la indicación de la filiación y esta es la solución recogida en el art. 112 C.c. en relación con el efecto constitutivo de la rectificación registral sobre el sexo del progenitor.

⁶¹ Se pueden incluir aquí menciones como “progenitor 1 y progenitor 2”, “progenitor gestante”/“progenitor no gestante”. La reforma del art. 120 C.c. introduce la expresión “padre o progenitor no gestante” lo que implica, según consta en la Exposición de Motivos de la Ley Trans, la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales (*vid.* el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Trans). La referencia a la madre se extiende a “progenitor gestante”.

⁶² Picha terminología, sin embargo, no se corrobora con la utilizada por la LRC, cuyo art. 44, se refiere al “padre o madre no gestante” o “madre o persona trans gestante”, lo que evidencia claramente la reasignación de género del progenitor.

⁶² www.eldiario.es/catalunya/polonia-retiene-hijos-madre-espanola-trans-considerarla-peligro-psiquico_1_10296781.html

reconocimiento de una resolución extranjera. Si desean acudir a la vía judicial, no tienen tampoco un criterio de competencia judicial internacional, lo que obligaría a acudir al *forum necessitatis*. Tampoco existe una norma de Derecho aplicable, aunque todo conduce a la aplicación de la ley nacional.

En todo caso, la fundamentación en el libre desarrollo de la personalidad se configura como cuestión de orden público que hace aplicable el Derecho español a personas extranjeras con residencia habitual en España.

35. Todas las personas extranjeras podrían adecuar su documentación administrativa en aplicación de la ley española, que opera de manera relativamente imperativa respecto de la ley nacional que no admita, prohíba o patologice la autodeterminación de género.

Particularmente importante es la protección para personas refugiadas en España por motivos de persecución por razón de identidad sexual.

36. Debe prevalecer la coherencia y coordinación entre registros españoles (civil y administrativo) al margen de la concordancia con los registros extranjeros de los países de origen, de modo que la autodeterminación de género se inscriba aunque la ley nacional no la permita.

37. El reconocimiento mutuo UE tiene un impacto evidente y directo en esta materia: la mera divergencia normativa entre Estados miembros no puede ser un obstáculo a la libre circulación de personas en lo que se refiere a sus elementos identificativos, y quedan incluidos aquí tanto el sexo como el nombre. Resultan en este caso inescindibles las certificaciones registrales civiles y la documentación administrativa derivada.

38. En relación con el nombre, el tratamiento de la cuestión previa (la autodeterminación de género) se desvincula de la solución que se sigue para la cuestión principal (el régimen del nombre): si la ley nacional no admite la reasignación de género, se activaría el orden público a estos efectos y la aplicación imperativa del Derecho español que arrastraría a los dos aspectos más íntimamente interrelacionados con la identidad de una persona, el sexo y el nombre.

39. El impacto de la autodeterminación de género sobre el matrimonio implica el reconocimiento de la capacidad matrimonial para facilitar el *ius connubii* al margen de la ley nacional.

40. El impacto de la autodeterminación de género sobre la filiación implica que la reasignación de género no puede ser, por sí misma, una restricción al establecimiento de la filiación, aplicándose en todo caso la ley española a título de ley subsidiaria.

La tecnología TRD y el derecho: una relación necesaria para la seguridad jurídica

DLT and law: a necessary relation for legal certainty

BRISEIDA SOFÍA JIMÉNEZ-GÓMEZ

Profesora Titular (acred.) de Derecho Mercantil

Universidad Complutense de Madrid

LL.M. College of Europe, Postdoctorado Harvard Law School

Miembro del Instituto Complutense de Estudios Internacionales

ORCID ID: 0000-0003-0862-8188

Recibido: 20.06.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8956

Resumen: Este trabajo plantea la relación que debe existir entre la tecnología de registros distribuidos y el Derecho, entendido como ordenamiento jurídico. Para ello recorre cuál es la revolución que implica la tecnología de registros distribuidos, así como quienes están interesados en regularla. La TRD en sí misma permite solucionar determinados problemas de las transacciones. Sin embargo, se necesita tanto un desarrollo de la ley aplicable como del Derecho material que amparen la seguridad jurídica que necesita la tecnología. Como la TRD funciona naturalmente en contextos internacionales se estudian las diferencias y las similitudes que existen entre los activos digitales negociados dentro de la TRD con otro tipo de derechos intangibles, tales como los datos personales, los secretos comerciales o la propiedad intelectual. Además, se contrasta la actitud regulatoria de dos bloques, China y la Unión Europea, así como el papel que juegan los gigantes tecnológicos estadounidenses. Finalmente, se cierra el trabajo con unas reflexiones.

Palabras clave: Tecnología de registro distribuido, blockchain, *Soft law*, Derecho comparado, activos digitales, euro digital

Abstract: This paper discusses the relationship that should exist between distributed ledger technology and the law, understood as a legal system. In order to do so, it reviews the revolution that distributed ledger technology implies, as well as those who are interested in regulating it. DLT makes it possible to solve certain transactional problems. However, both the applicable law and the substantive law need to be developed to provide the legal certainty that technology requires. As DLT naturally operates in international contexts, differences and similarities between digital assets traded within DLT and other types of intangible rights, such as personal data, trade secrets or intellectual property, are explored. It also contrasts the regulatory attitude of two blocs, China and the European Union, as well as the role played by U.S. technology giants. Finally, the paper closes with some reflections.

Keywords: Distributed Ledger Technology, blockchain, Soft law, Comparative law, digital assets, digital euro.

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación nacional «Gobierno Corporativo: Desafíos Regulatorios ante la Digitalización del Derecho de Sociedades» (PID2019-104019RB-I00) financiado por el MCIN/AEI /10.13039/501100011033.

Sumario: I. La revolución de la TRD. II. Interesados en la regulación. III. El poder de la TRD. 1. Prescinde de intermediarios. 2. El carácter vinculante de las transacciones. IV. El *soft law*. 1. Desarrollo de la ley aplicable. 2. El Derecho material: adaptación de conceptos clásicos. V. Activos digitales: en torno a sus diferencias y su tratamiento por algunos países. 1. Comparación con otros derechos. 2. El caso de China. 3. La Unión Europea. 4. Empresas tecnológicas estadounidenses. VI. Reflexiones finales.

I. La revolución de la TRD

1. La tecnología de registro distribuido se conoce como DLT, al ser las siglas en inglés de *Distributed Ledger Technology*. Su novedad radica en que permite la existencia de activos digitales posibilitando operar de forma internacional de manera automática, lo cual implica una revolución similar a lo que la aparición de internet para uso comercial supuso en su día. Sus usos y aplicaciones son variados, por ejemplo, a nivel corporativo, puede servir para mejorar la implementación del derecho de voto y pago de dividendos¹. Las operaciones en la tecnología de registro distribuido son intentos fidedignos de cambiar el estado del registro. Cada operación contiene una serie de instrucciones, que puedan dar lugar a la emisión, la transferencia o la amortización de tokens, así como actualizaciones de balance o simplemente descripción de un evento².

2. Debe ser destacado que *blockchain* es un tipo de tecnología distribuida³. Las TRD se caracterizan por poseer una base de datos compartida, un protocolo de consenso que puede requerir autorización o no para participar en la TRD⁴. Los rasgos esenciales de esta tecnología disruptiva se resumen en dos. En primer lugar, cada usuario puede realizar confirmaciones de forma independiente, detectar manipulaciones o alteraciones de los datos introducidos (“*tamper evidence*”). Y, en segundo lugar, la resistencia de la red implica la imposibilidad de alterar individualmente los datos históricos (“*tamper resistance*”)⁵.

3. Las TRD están diseñadas para operar en contextos contradictorios, adversos o deshonestos, es decir, donde existen actores maliciosos que pueden actuar de formas que no son las esperadas legítimamente, pudiendo aprovechar las reglas de consenso para realizar transferencias sin autorización, actuar censurando otras transferencias, o incluso, interrumpiendo el servicio de la red⁶. Por tanto, lo que diferencia a la TRD de otros sistemas descentralizados es poder mantener la integridad de los datos en un contexto contradictorio o deshonesto⁷. Por eso, se considera que las TRD son máquinas de consenso multiparte, donde se produce una traslación de confianza desde la autoridad central que deja de existir para confiar en el resto de los nodos o usuarios del sistema. El registro resulta fidedigno; porque las inscripciones de los datos son confirmadas por una multitud de partes.

¹ Para un análisis en Derecho español, *vid.* B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “El derecho de voto en las sociedades cotizadas a través de la tecnología blockchain”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2022, No. 168, pp. 141-170. Para la inclusión de una visión de Derecho comparada transatlántica, *vid.*, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Blockchain as an opportunity to upgrade the right to vote in listed companies”, *Indret*, No. 1, 2023, pp. 61-97.

² M. RAUCH, *et al*, *Distributed Ledger Technology Systems, A Conceptual Framework*, University of Cambridge Judge Business School, Agosto 2018, p. 28, disponible en <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2018-10-26-conceptualising-dlt-systems.pdf>

³ *Vid.* por ejemplo, EIOPA, *Blockchain and cryptoassets*, consultado el 1.05.2023, disponible en https://www.eiopa.europa.eu/browse/digitalisation-and-financial-innovation/blockchain-and-crypto-assets_en Sin embargo, a menudo se confunden tales conceptos, y se tienen por sinónimos. Por ejemplo, una de las consultoras más grandes en diciembre de 2019 publica un documento por R. LEOPOLD, P., VOLLMANN, *In Depth: Cryptographic assets and related transactions: accounting considerations under IFRS*, Pricewaterhouse Cooper House Private Limited, No. 2019-05, p. 2, donde parece asimilar blockchain a DLT.

⁴ “Permissioned” o “permissionless” son las palabras en inglés que se utilizan con frecuencia en la literatura.

⁵ RAUCH, *Distributed Ledger Technology... op.cit.*, p. 24.

⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁷ *Ibid.*, p. 22.

4. No obstante, resulta destacable que la tolerancia a contextos adversos o deshonestos tiene sus límites y los actores tienen que confiar en el sistema.

5. A juicio de algún autor, la *blockchain* es incompatible con la calificación registral⁸. Tampoco parece sensato exigir la emisión de *tokens* en el Registro de la propiedad, porque en Derecho español la inscripción es voluntaria⁹. Por ello, los controles de la transmisión de *tokens* deben ser forzosamente *ex ante* y la inscripción automática, más aún cuando la inscripción hipotecaria en el sistema registral español no convalida los actos o contratos por vicio del negocio que sean nulos de acuerdo con las leyes¹⁰. La transmisión de los *tokens* que representan un inmueble debería siempre hacerse al margen del Registro de la Propiedad, sin perjuicio de hacer constar en el mismo su emisión, precisamente por los efectos beneficiosos de inscribir en un registro dotado de calificación. En particular, como correctamente sostienen los Registradores de la Propiedad y Mercantiles Campuzano Gómez-Acebo y Sieira Gil, la tecnología *blockchain* “no puede realizar pronunciamientos jurídicos, responsables e independientes, consistentes en asignaciones de derechos, previo control independiente de su legalidad”¹¹.

6. La tecnología de registro distribuido y, en general, todo tipo de tecnología necesita al Derecho para florecer. Sin embargo, una ley solo alcanza hasta donde llegue su ámbito de aplicación y normalmente suele limitarse al territorio de un Estado o región. Por eso la tecnología descentralizada en red altera la naturaleza de los poderes actuales, en su mayoría gobiernos e intermediarios financieros. Son los intermediarios, instituciones financieras, compañías de inversión, custodios, etc., los interesados en regular *blockchain* y la propiedad de los bienes digitales a nivel internacional si es que llegamos a considerar que existe tal “propiedad” sobre los bienes digitales.¹²

II. Interesados en la regulación

7. Los intermediarios llaman a la puerta de las organizaciones internacionales para que investiguen el tema y propongan guías legislativas a los propios Estados. A juicio de los intermediarios los Estados no están actuando con mano dura, y como lobby a favor de la regulación lo que pretenden es asegurar la existencia de los intermediarios en un mundo que puede sobrevivir sin ellos. Por eso, a pesar de que las transacciones en criptomonedas no representan la mayoría a nivel mundial, los intermediarios financieros y el Banco Mundial las perciben como una amenaza a su control absoluto del sistema monetario. Asimismo, el propio Fondo Monetario Internacional tiene entre sus objetivos regular el Derecho privado de los Estados. Este cambio no se hace en un día. Para agilizar tal cambio necesitan promocionar sus instrumentos.

8. Primero, se alega que las criptomonedas no son monedas, porque tampoco están interesados en que lo sean. Sin embargo, esta cuestión debería depender del legislador de cada país¹³ y en su caso,

⁸ *Vid.*, R. FERRER MOLINA, “Tokenización de acciones y participaciones sociales”, en A. MADRID PARRA Y C. PASTOR SEMPERE (dirs.), *Guía de criptoactivos MICA*, Aranzadi, 2021, pp. 97-110, p. 103.

⁹ *Ibid.*, p. 102.

¹⁰ Art. 33 de Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (última actualización 9/05/2023), «BOE» núm. 58, de 27/02/1946.

¹¹ *Vid.*, J. CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO Y J. SIEIRA GIL, “Tokenización de activos físicos. Tokenización inmobiliaria y mobiliaria”, en A. MADRID PARRA Y C. PASTOR SEMPERE (dirs.), *Guía de criptoactivos MICA*, Aranzadi, 2021, pp. 111-137, p. 122.

¹² *Vid.*, S. BAYERN, “Dynamic Common Law and Technological Change: The Classification of Bitcoin”, *Wash. & Lee L. Rev. Online*, vol. 471, 2014, p. 22 y ss., pp. 25-29, que mantiene que no existe tal concepto de “propiedad” sobre un bitcoin, lo que existe es un derecho contractual sobre Bitcoin.

¹³ Por ejemplo, en el Salvador el bitcoin es una moneda oficial, porque cada país decide que moneda quiere tener, *vid.*, Decreto nº 57 de 9 de junio de 2021. En Japón es un medio de pago de aceptación voluntaria desde 2017, que sería una suerte de categoría intermedia entre bien inmaterial susceptible de valor y la categoría de dinero de curso legal. *vid.*, P. D. DENOYA ROLLO, “Las criptomonedas y su naturaleza jurídica en el derecho comparado y Argentina”, Universidad Nacional del Noroeste Bonaerense 2018, disponible en https://bdigital.uncuyo.edu.ar/objetos_digitales/12511/4-desarrolloregional-denoayarollapablodaniel-unnoba.pdf

los tribunales respectivos, no de lo que opinen unos pocos. Las criptomonedas pueden no ser “moneda” en el sentido estricto del término¹⁴, pero no existe un concepto independiente de “moneda” desde el Derecho internacional público¹⁵.

9. Segundo, se aduce que las criptomonedas solo son un instrumento especulativo en un mundo donde se desincentiva el ahorro privado del pequeño consumidor, y solo interesa las inversiones en fondos indexados controlados por las grandes instituciones financieras que tienen un poder global. A pesar de la fragmentación jurídica, los intermediarios están cómodos con el *statu quo*; porque ellos tienen la relevancia que el sistema necesita. Según ellos, los intermediarios son indispensables, a pesar de haber incurrido más de una vez en crisis financieras. Por ejemplo, los bancos y los *brokers* mejoraron la transmisibilidad de los títulos valores en los mercados financieros¹⁶. Debe tenerse en cuenta que el mercado produjo ese resultado antes de la codificación¹⁷. Los intermediarios redujeron la necesidad de transferencia física de los títulos valores, pues solo se necesita el mantenimiento de los valores en un depositario central de valores. Sin embargo, en los libros de registro no reflejan el nombre de los inversores finales, sino el del primer intermediario de la cadena, que suele ser un representante en nombre propio (*nominee*) o una de los mayores *brokers* o entidades financieras del país¹⁸. Como afirma el notario González-Meneses García-Valdecasas lo que está sucediendo es “lo más paradójico de todo: que una tecnología que nació como contestación al sistema financiero y económico vigente cada vez suscita más interés por parte de éste”¹⁹.

10. La amenaza que supone *blockchain* y la TRD es la posibilidad de la desintermediación en múltiples operaciones. Esto afecta principalmente al *statu quo* de los intermediarios actuales. No obstante, debe destacarse que también aparecen nuevos intermediarios, a veces son quienes acercan la tecnología al público en general.

III. El poder de la TRD

1. Prescinde de intermediarios

11. La tecnología TRD permite hacer transacciones sin terceros que aporten confianza, esto puede evitar el coste de generar confianza entre partes que no se conocen. Son los intermediarios los que suelen aportar esta confianza en el mundo real, por eso existen las entidades financieras o depositarios de valores, como un medio que capta ahorro del público y lo vende a través de préstamo al público. Por eso, existen los notarios; porque dan fe de las operaciones mobiliarias e inmobiliarias. Y por eso, existen los Registradores de la Propiedad; porque examinan y califican los contratos y documentos públicos que acceden al Registro para conocimiento de terceros. La lista de autoridades o entidades podría continuar, pero debe señalarse que su concepto no es el mismo en cada ordenamiento jurídico, cuestión de especial relevancia a la hora de abordar posibles soluciones internacionales.

¹⁴ Pero algunos consideran la tendencia a ser moneda, sobre el *bitcoin* y las *altcoins*: “En este sentido sería equiparable a lo que en los términos clásicos une la función de la moneda-euro o dólar-cuando se acompaña de una particular estructura de pagos-red visa o paypal.” A.F. MUÑOZ PÉREZ, “Criptomonedas. El dinero mágico. Aspectos jurídicos”, en VV.AA., *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, 2018, pp. 1223-1243, p. 1232.

¹⁵ Vid. C. PROCTOR, “Cryptocurrencies in International and Public law conceptions of money”, in D. FOX & S. GREEN, *Cryptocurrencies in public and private law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 33-55, p. 55.

¹⁶ J. BENJAMIN, *Interests in Securities*, Oxford University Press, 2000. CW. MOONEY, “Property beyond Negotiability”, *Cardozo Law Review*, 1990, vol. 12, pp. 305 y ss.

¹⁷ D. EINSELE, *Wertpapierrecht als Schuldrecht*, Mohr 1995, pp.12-13.

¹⁸ B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “El derecho de voto en las sociedades cotizadas a través de la tecnología blockchain”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2023, No. 168, pp. 141-170.

¹⁹ M. GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, “Blockchain: ¿el notario del futuro?”, *El Notario del siglo XXI*, No. 73, 2017, Conferencia dictada en el Colegio notarial de Madrid, salón académico, el 16 de febrero de 2017, disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-73/7659-blockchain-el-notario-del-futuro>

12. Sin embargo, la TRD otorga a los usuarios el control y flujo de la información, por ello, sin la ayuda de todas estas profesiones un cambio de sistema no es posible. O, mejor dicho, son estas profesiones las que van a intentar camuflar sus propios intereses para decir que aceptan la revolución digital, pero siempre que les mantenga una “tarea” que hacer con el matiz de comprender las diferencias entre sistemas jurídicos, ya que lo que puede ser relevante en un país no exista como tal en otro país.

13. Habida cuenta que cada sistema de derechos reales es distinto en el mundo, en unos Estados la TRD puede solucionar los fallos del sistema jurídico real²⁰, mientras que en otros Estados puede que la tecnología de registros distribuidos no aporte un valor adicional, porque todo está muy controlado y supervisado, por lo que no interesa cambiar ese modelo y desplazar la responsabilidad y vigilancia al cedente y cesionario de la “propiedad” de los bienes.

14. Desde un punto de vista operativo, la profesora Fernández Torres diferencia dos escenarios²¹. En un primer escenario, si los intermediarios convencionales son poco eficientes, podría tener sentido acudir al uso del *blockchain* cuando las partes necesiten confiar en que las transacciones sean válidas. En cambio, en un segundo escenario, cuando exista un introductor de datos fiable, conocido o tercero de confianza siempre disponible, no sería necesario acudir a la tecnología *blockchain*. Por ejemplo, en los países donde existe la figura del notariado latino, el *blockchain* no podría sustituir su función, porque desconoce si los otorgantes tienen capacidad, si un poder de representación es suficiente o si se cumplen las normas imperativas propias de la rama del Derecho relevante, civil, urbanístico, medioambiental o societario²². Otro ejemplo paradigmático son los registros societarios, donde ya se ha adelantado que el cambio vendrá de la mano de las sociedades cotizadas, por cuestiones de lógica y eficiencia, donde el accionariado no solo es más numeroso que en las sociedades cerradas, sino que, además, está más disperso, en contraposición a las sociedades cerradas, en las que suelen existir pocos socios, por lo que no se daría un presupuesto básico de multiplicidad de nodos validadores²³.

2. El carácter vinculante de las transacciones

15. La premisa de los amantes de la tecnología en red es que el propio sistema TRD produce efectos de carácter vinculante. Por tanto, el proceso de transmisión de bienes digitales puede realizarse sin intermediarios, abogados, notarios, registradores, bancos, agentes de compensación o depositarios de valores. El valor de *blockchain* no es únicamente una criptomoneda, (por cierto, se han creado miles de criptomonedas desde que se lanzó Bitcoin), sino que se pueden “*tokenizar*” todo tipo de bienes y llegar a transferirse los bienes digitales junto con el bien real vinculado²⁴, siempre que las partes así lo decidan.

16. Sin embargo, la vinculación entre el activo digital y el bien físico o real solo puede entenderse como representación del activo real si el ordenamiento jurídico relevante así lo acepta. Por tanto, el código informático necesita al Derecho, si bien dicha afirmación es distinta a decir que el código necesita a los intermediarios que son regulados por el Derecho. Los intermediarios pueden ayudar a

²⁰ Por ejemplo, con respecto a las garantías reales sobre bienes en los Estados Unidos, se proclama usar los *smart contracts* para hacer un “*financing statement*” bajo el artículo 9 del *Uniform Commercial Code*, porque el sistema da lugar a múltiples errores, *vid.*, C. REYES, “Cryptolaw for the Uniform Commercial Code”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 78, no. 4, 2021, pp.1521-1609.

²¹ *Vid.*, I. FERNÁNDEZ TORRES, “Capítulo 13. Digitalización de registros y blockchain”, en M. FUENTES NAHARRO, M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, (dirs.) y B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ (coord.), *Gobierno corporativo: digitalización y sostenibilidad*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2024, pp. 199-205, p. 200.

²² *Vid.*, E. BRANCÓS NUÑEZ, “Blockchain, función notarial y registro”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 71, 2017, <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-71/7325-blockchain-funcion-notarial-y-registro>, quien hace alusión a que *blockchain* es ciego.

²³ *Vid.*, R. PALÁ LAGUNA, “Capítulo V. Digitalización de registros societarios (blockchain)” en C. ALONSO LEDESMA, A. F. MUÑOZ PÉREZ, J. DE RÁBAGO MARÍN, Y S. MARTÍNEZ GARRIDO, (coords.), *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, Iberdrola, 2021, pp. 92-109, p. 94.

²⁴ *Vid.*, A.F. MUÑOZ PÉREZ, “Tokenizaciones. Caracterización de las criptomonedas, los criptoactivos y los instrumentos financieros”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año núm. 42, núm. 170, 2023, pp. 179-210.

la implementación del sistema, pero si lo que se pretende con el Derecho es replicar las transacciones sobre los bienes del mundo físico y, por tanto, la necesidad de intermediarios, como por ejemplo, se está haciendo en los mercados de capitales donde ahora se pueden transmitir títulos-valores representados mediante tecnología TRD junto con un sistema que replica la supervisión central²⁵, lo que se realiza deja de ser la revolución que se prometía, porque los participantes en el sistema no solo siguen constreñidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, sino que son los programadores a los que se les dicta que acaben con su imaginación, para adecuarse a tantas legislaciones como sean aplicables. No solo existe un caos jurídico, sino que es precisamente ese caos jurídico el que pretendía evitar las redes de TRD.

17. El debate tiene varias aristas, porque la TRD pretendía reducir el papel de las normas de los gobiernos, preservar la intimidad de los participantes y protegernos del Estado paternalista Gran Hermano²⁶. Sin embargo, el Estado paternalista tiene interés en regular para que todo siga igual²⁷. En este contexto tecnológico, ha surgido una nueva “ley” denominada *lex cryptography* para referirse al “conjunto de normas que operan a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones autónomas descentralizadas”²⁸. No obstante, aunque pueda parecerse a la *lex mercatoria* que se desarrolló al margen del Estado²⁹, así la *lex cryptography* pretende ser universal y no necesitar de leyes nacionales, lo cierto es que son precisamente las leyes nacionales las que ahora les toca establecer el valor de la *lex cryptography*.

IV. El *soft law*

1. Desarrollo de la ley aplicable

18. Los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales y Derecho privado (2023) sugieren a los Estados que sean los propios programadores y desarrolladores los que elijan la ley aplicable para el régimen jurídico de los activos digitales³⁰. No deja de ser curioso este enfoque. Si entendemos que sobre los activos digitales no se puede tener “propiedad”, sino tal solo “posesión”, la autonomía de la voluntad no resulta novedosa en el ámbito contractual. A los efectos de entender la raigambre histórica nos remitimos al maestro Calvo Caravaca al que hoy rendimos homenaje. De su gran aportación a la doctrina, destacamos su artículo “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales” publicado en la Revista Jurídica del Notariado (2020)³¹. Así como otro artículo “El Derecho internacional privado en la Unión Europea: valores y principios regulatorios”, donde el profesor Calvo Caravaca expone que nuestro actual Derecho está en construcción y como proceso actualmente desarrolla unos valores intrínsecamente europeos que representan una nueva manera de entender el Derecho

²⁵ Para una crítica al Reglamento de la UE, *vid.*, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “El Reglamento Piloto sobre la tecnología de registros distribuidos en los mercados de valores: un análisis crítico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 172, 2024, pp. 37-66.

²⁶ Por ejemplo, se pretende erradicar la corrupción de la emisión de moneda y el intercambio de divisas, P. DE FILIPPI, & B. LOVELUCK, “The Invisible Politics of Bitcoin: Governance Crisis of a Decentralised Infrastructure”, *Internet Policy Review*, vol. 5, 2016, pp. 1-4.

²⁷ Un ejemplo es el caso de la aplicación de la tecnología *blockchain* a los mercados financieros, *vid.*, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “El Reglamento Piloto sobre la tecnología de registros distribuidos en los mercados de valores: un análisis crítico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 172, 2024, donde advierte del riesgo de “crear una situación «lampedusiana» en los mercados de valores, donde todo parece cambiar y, sin embargo, puede provocar que al final todo siga igual”.

²⁸ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable a los *smart contracts* y *lex cryptography*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 441-459, p. 448.

²⁹ F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en D. KRAUS, T. OBRIST Y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82, p. 73.

³⁰ *Vid.*, Principio 5(1)(a), Principio 5(1)(b) Principios de UNIDROIT disponibles en inglés en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked.pdf>. Para un análisis detallado *vid.*, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales: entre el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XXIII, 2023, pp. 283-325.

³¹ A. L. CALVO CARAVACA, “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 111, 2020, pp. 163-180.

internacional privado³². Además del artículo del homenajeado, nos referiremos aquí a nuestro maestro común: el Profesor Basedow, que nos dejó de forma inesperada y a quien tuvimos la ocasión de traducir un artículo al idioma español que estudiaba la coherencia del Derecho internacional privado europeo³³.

19. Sin embargo, si entendemos que sobre los activos digitales se puede reclamar la “propiedad”,³⁴ que es lo que subyace en los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales, entonces la autonomía de la voluntad resulta un fenómeno novedoso, porque los aspectos jurídico-reales siempre son controlados por un Estado de forma imperativa, a modo de *lex rei sitae* o ley del cedente. Esto significa que los “programadores” del activo digital podrían decidir registrarse por cualquier ley del mundo, aunque no tuvieran ningún tipo de relación estrecha con un Estado en concreto. Esta perspectiva del Derecho internacional privado hasta ahora ha tenido sus límites.

20. En este nuevo contexto, nos preguntamos por qué irían los “programadores” a elegir una ley de un Estado, cuando pueden hacer sus operaciones sin necesidad de una regulación nacional. Por una parte, se busca incentivar a los mismos a que elijan por qué ordenamiento jurídico quieren registrarse. Por otra parte, esta situación llevará a que no elijan ninguna o elijan la ley más favorable a sus intereses, por ejemplo, aquella donde no hay imposición fiscal o podrían no aceptar regularse por leyes que prohíban las criptomonedas, pues las criptomonedas son en sí mismo activos digitales, pero también pueden ser usados como medio de cambio en la TRD para adquirir y vender otros activos digitales.

21. Además, dado que se percibe a la TRD como un mecanismo de transferencia global y virtual, resulta muchas veces imposible identificar el Estado que tiene la relación más estrecha con la operación³⁵.

2. El Derecho material: adaptación de conceptos clásicos

22. Debemos aceptar varias asunciones para que *blockchain* o una red TRD florezca en el comercio internacional y no sea impedida, sino ayudada y suplementada por el Derecho. En conceptos de Derecho civil, debemos aceptar que los activos digitales que se transmiten por *blockchain*, transmiten “posesión” de la clave privada, y aceptar que esa “posesión” será la “titularidad” sobre el activo digital en la mayoría de los casos, con las excepciones de fraude, entendidos dentro de este concepto, el robo o el hackeo de las claves privadas, es decir, cuando el poseedor de la clave privada la ha obtenido en contra de la voluntad de su poseedor “legal”. Por tanto, necesitamos que el Derecho proteja situaciones de hecho, es decir, que quien posee la clave privada sea protegido por el Derecho, de igual forma que en situaciones como los datos personales o los secretos industriales se protegen sus “tenedores”.

23. En consecuencia, el hecho de que sea un intangible no impide que la regulación no proteja a los titulares de los derechos incorporales mencionados. Esto es así, porque a pesar de que *blockchain* y la primera criptomoneda fuera inventada en 2008 (Nakamoto) y haya pasado más de una década funcionando al margen del Derecho, resulta necesario el Derecho en este estadio, precisamente para proteger al poseedor de la clave privada del activo digital. La idea de Fairfield de que se reconceptualice el derecho de propiedad para considerar la ley de la información (“*law of information*”) o que Bayer piense que resulta necesario crear una nueva clase de propiedad para las criptomonedas no es ni más ni menos que

³² Vid., A. L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado en la Unión Europea: valores y principios regulatorios”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 110, 2020, pp. 11-40.

³³ B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, Traducción de JÜRGEN BASEDOW “Consistency in EU Conflict of Law” en “Coherencia del Derecho Internacional Privado de la UE”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVI, 2016, pp. 53-73.

³⁴ Vid., J. A. T. FAIRFIELD, “BitProperty”, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 88, 2014, p. 805 y ss., pp. 842-854, para quien el Derecho de propiedad tendría que reconceptualizarse como un Derecho de la información para incluir a los activos digitales.

³⁵ Vid., M. LEHMANN, “Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain”, *Minn. J. L. Sci. & Tech.*, Vol. 21, 2019, pp. 93-136, p. 97.

reconocer que sobre estos bienes o activos digitales pueden ostentarse derechos³⁶, siendo el más claro el derecho de uso exclusivo. Por eso, el profesor Lehman opina que, dado que la TRD es un sistema autónomo, autoreferenciado y global debe aceptarse como tal, sin poder identificar una ley aplicable nacional dentro de *blockchain*³⁷.

24. No obstante, *blockchain* no es un sistema completo, incluso aunque codifiquemos un contrato y lo introduzcamos dentro de *blockchain*³⁸. En caso de los *smart-contracts* siguen necesitando a las decisiones fuera de la cadena, porque un *smart-contract* no es más que ejecución de un contrato. Sin embargo, la exigencia de que exista un contrato fuera de la cadena para hacer una transferencia por *blockchain* podría considerarse un obstáculo a la transmisibilidad del activo digital; sin perjuicio de que en determinados casos resulta necesario que las transacciones en *blockchain* se complementen con contratos *off-chain* y que se articule un mecanismo de “restauración” de posiciones mediante transferencias inversas³⁹.

V. Activos digitales: en torno a sus diferencias y su tratamiento por algunos países

1. Comparación con otros derechos

25. Aunque no se pretende analizar la naturaleza jurídica de los activos digitales de forma exhaustiva, resulta significativo que son distintos a los datos personales, a los secretos comerciales o a la propiedad intelectual, a pesar de ser todos piezas de “información”. En el caso de los datos personales, éstos pertenecen a la persona sin que haga nada al respecto, no necesita inscribirlos en un Registro público. Además, estamos en presencia de un derecho fundamental y, por tanto, el ordenamiento jurídico le otorga la máxima protección en relación con las personas físicas, al menos en el seno de los Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, ténganse en cuenta la distinción de la protección de los datos personales y sus implicaciones en las transferencias internacionales, donde se percibe la concepción no unánime sobre los datos personales⁴⁰.

26. En el caso de los secretos industriales o comerciales también pertenecen a la empresa sin que tenga que cumplimentar requisitos con el Estado, pues no existe un Registro público de secretos comerciales, tal existencia mataría el valor de la información confidencial que se considera objeto de protección⁴¹. Recientemente se ha producido cierta armonización regional al respecto con la Directiva de la UE 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas⁴², precisamente por su valor estratégico, donde se alude a los secretos comerciales como “la moneda de cambio de la economía del conocimiento”, proporcionando, además, una ventaja competitiva⁴³.

27. Los activos digitales nacen con el objetivo de ser bienes inmateriales sin contar con la necesidad de que un Estado los cree como ocurre con la propiedad industrial⁴⁴. Sin embargo, la regulación

³⁶ *Vid.*, FAIRFIELD, “BitProperty”, *op.cit.*, pp. 849-854; Bayern, “Dynamic Common Law...”, *op.cit.*, p. 29.

³⁷ LEHMANN, “Who Owns Bitcoin?...”, *op.cit.*, p. 127.

³⁸ REYES, C., “Creating Cryptolaw for the Uniform Commercial Code”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 78, no. 4, 2021, pp.1521-1609.

³⁹ En la misma línea, *vid.*, LEHMANN, “Who Owns Bitcoin?...”, *op.cit.*, p. 127.

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Cross-Border Data Transfers Between the EU and the U.S.: A Transatlantic Dispute”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 19, issue 2, 2021, pp. 1-45. Para un análisis de los problemas más recientes, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Los derechos de protección de datos de las personas en internet: ¿es sólida la decisión de adecuación de transferencias de datos personales con los EEUU?”, VV.AA., *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024 (en prensa).

⁴¹ *Vid.*, art. 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

⁴² Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, DO L 157/1, 15.96.2016.

⁴³ *Vid.*, Considerando 1, Directiva (UE) 2016/943.

⁴⁴ *Cf.*, B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp.121-152.

debe considerar a los activos digitales si quieren ser usados en el comercio. En este sentido, se asimilan más a los derechos de propiedad intelectual sobre una obra artística.

28. Primero, los derechos de propiedad intelectual no necesitan ser registrados para que el ordenamiento jurídico los proteja a diferencia de las patentes o las marcas.

29. Segundo, si yo solo compro un libro (físico o electrónico), no compro el derecho a reproducirlo con fines comerciales, pero si compro el derecho de reproducción del libro, no necesito comprar el libro, pero necesitare acceder al libro para poder reproducirlo con fines comerciales. Por tanto, si clasificamos al activo digital como un bien, se pueden ostentar derechos sobre el mismo, pero deberá ser amparable en la legislación. Es decir, reconocer los activos digitales es el primer paso. La prohibición es la peor de las alternativas; porque priva a las personas físicas o jurídicas de un “objeto” que puede tener un valor en el comercio e incluso, pueden transmitirse *mortis causa* por ministerio de la ley en el caso del Derecho sucesorio. Sin embargo, aunque pueda ser posible transmitir los activos digitales sin analizarlo en términos patrimoniales⁴⁵, resulta necesario ampararlo y protegerlo por la legislación, ya sea como bien o como derecho para que pueda traspasar al heredero. Sin la existencia de ese amparo por el sistema jurídico, ¿cómo puede existir un deber de entregar la clave privada de un tercero que lo posee “ilegalmente”, porque no es sucesor del causante?

30. En términos jurídicos, no puede existir una obligación de entregar algo que el ordenamiento jurídico no protege. Por tanto, es en estas situaciones en las que puede no existir consentimiento del poseedor de la clave privada sobre el activo digital, donde puede el Derecho ayudar al funcionamiento de la TRD -no en términos tecnológicos; sino- en términos de los derechos de los poseedores de los activos digitales. En este caso, cuando se distingue entre transmisiones dentro y fuera de la TRD, podemos llegar a la conclusión de que una transmisión en la TRD puede haberse realizado por error o no habiendo error, porque no se han cumplido las obligaciones recíprocas de una de las partes en el caso de compraventa de una mercancía por *blockchain*, por ejemplo, porque no ha llegado la mercancía. Por ejemplo, si entendemos que existe un contrato sinalagmático fuera de la TRD, se debería llegar a la restitución de las prestaciones, pero en la TRD lo más sencillo es ordenar una transferencia inversa. Sin embargo, si no se cumple voluntariamente esta acción, la TRD ofrece dos soluciones para hacerla coercitiva dada la “inmutabilidad” de la TRD. Una primera solución es tecnológica, difícil de realizar para quien no posea poder computacional mayoritario en la red. Y otra solución es jurídica, acudiendo a los tribunales. En este segundo escenario, que parece el más habitual, los tribunales estatales necesitan estar dentro de un Estado de Derecho donde no se hayan prohibido los activos digitales. No resulta adicional destacar aquí que el Banco Central de Argentina prohibió tanto a las entidades financieras como a los monederos electrónicos regulados por el Banco Central la oferta de criptomonedas a sus clientes⁴⁶. Igualmente, China prohibió tanto la minería de bitcoin como el comercio con criptomonedas⁴⁷.

⁴⁵ LEHMANN, “Who Owns Bitcoin?...”, *op.cit.*, p. 131.

⁴⁶ *Vid.*, Banco Central de la República de Argentina, Comunicación “A” 7759, 04/05/2023, Ref. Circular SINAP 1-777; Banco Central de la República de Argentina, Comunicación “A” 7506, 05/05/2022, Ref. Circular RUNOR 1-1730.

⁴⁷ “China Crypto Ban”, <https://worldcoin.org/articles/china-crypto-ban>, consultada el 31.12.2021. Esta página ha sido eliminada de internet a 29/5/2023. El artículo original expresaba: “China sent shockwaves through the blockchain sector in 2021, when it announced extreme restrictions on Bitcoin (BTC) mining and crypto trading. It imposed the ban in phases, and by late-September 2021, the government put a stop to all crypto transactions. Within months, Bitcoin’s hash rate plummeted, and Chinese crypto exchanges left the country, leaving many BTC supporters unsure of how the industry would recover after Beijing’s ruling. As the world’s second-largest economy, China’s decisions affect global crypto adoption. However, that doesn’t mean all hope is lost for Bitcoin. Interestingly, China’s crypto ban serves as a case study of how tricky it is to outlaw cryptocurrencies.” Cómparese con un artículo actual “Where Is Crypto Banned? An In-Depth Overview”, <https://es-es.worldcoin.org/articles/where-is-crypto-banned> 09/04/2023, consultado el 29/05/2024, “Despite these extreme restrictions on crypto trading, the CBECI notes that Chinese BTC miners have rejoined the network. In January 2022, Chinese BTC miners accounted for more than 20% of the Bitcoin blockchain’s hash power. This fact highlights the difficulty nations face effectively “banning” cryptocurrencies.”

2. El caso de China

31. El caso de China resulta muy destacable por su incoherencia regulatoria. En un primer momento, en octubre de 2017 entró en vigor un artículo del Código civil que establece: “*In case law have provisions on the protection of data and internet virtual properties, such laws should be complied with*”.⁴⁸ Aunque esto pueda interpretarse como un reconocimiento de estatus de “propiedad” virtual a las criptomonedas en términos legales, no parece que sea lo que quieren las autoridades, en particular, la asociación china de las finanzas nacionales de internet, la asociación china de la Banca y la asociación china de pagos y compensaciones. Estas autoridades que parecen depender del Gobierno chino prohíben a las instituciones financieras y las sociedades de medios de pago ofrecer servicios relacionados con el comercio de criptomonedas y advierten a los inversores no involucrarse en el negocio de las criptomonedas. Dicha Declaración conjunta data de mayo de 2021 en un país donde se encontraban la mayoría de los campos de mineros del mundo.

32. Anteriormente, el tribunal de apelación de Shenzhen en China anuló un laudo arbitral de Schenzhen que ordenaba al demandante compensar a los demandados en dólares estadounidense por la equivalencia de bitcoins⁴⁹. El tribunal consideró que la conversión de bitcoins a dólares es una negociación de bitcoins y moneda fiduciaria de forma encubierta y contra el orden público, alegando el anuncio de prevenir riesgos relativos a un proceso de *fundraising* con ofrecimiento de tokens del año 2017.

33. Esta actitud tan combativa contra los criptoactivos deja traslucir la ausencia de un sistema democrático, donde se necesitan múltiples autoridades como el Banco de China para hacer declaraciones que luego son tenidas por vinculantes por los jueces, quienes no gozan de independencia.

34. A la par que se combaten los criptoactivos, se crea la moneda digital “oficial” potenciada por los gobiernos a través de los bancos centrales que estudian la manera de emitir CBDC para que sea usada como método de pago. Resulta interesante estudiar el caso de China y su yuan digital, porque en cierto sentido ha sido imitado en la UE. China creó el yuan digital y lo extiende gradualmente en un programa piloto ciudad por ciudad. Sin embargo, para que la adopción sea rápida ha tenido que recurrir al sistema bancario tradicional, cauce previsto en la propuesta del euro digital de la UE⁵⁰. Y, además, la aplicación creada por el gobierno chino también tiene que recurrir a los gigantes tecnológicos. Primero, se recurrió a Alibaba en mayo de 2021 en la aplicación de comida a domicilio, y otras plataformas chinas de entrega de comida. Segundo, se contrató a Tencent gigante digital chino dueño de WeChat, el Facebook chino donde se pueden realizar pagos, lo cual implicó introducir en la plataforma privada la moneda pública a 2,7 mil millones de usuarios a septiembre de 2022⁵¹; siendo además evidente que las plataformas introducen la aplicación de pago con yuan chino en clara competencia de sus propias plataformas de pago como Alipay. Tercero, se posibilita la promoción de la aplicación, incluyendo funciones que ocurren en el mundo *off-line*, como es regalar dinero en épocas señaladas⁵².

35. Esta actitud tan proactiva demuestra una vez más el intento de control de los ciudadanos, pues el yuan digital es programable por una única entidad, lo cual significa que es una herramienta más a disposición del Estado autoritario para vigilar a sus ciudadanos con consecuencias devastadoras unido

⁴⁸ Art. 127 General Rules of the Civil Law of China (Property law), consultado en anexo II del HCCH, Prel. Doc. 4 REV, Enero 2022, p 16.

⁴⁹ Civil Judgement (2018) Yue 03 Min Te No. 719, extraído del anexo III del HCCH, Prel. Doc. No. 4 REV, enero 2022, p. 22.

⁵⁰ *Id.*, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

⁵¹ A. HULD, “China Launches Digital Yuan App – All You Need to Know”, 22.09.2022, disponible en <https://www.china-briefing.com/news/china-launches-digital-yuan-app-what-you-need-to-know/>

⁵² J. COGHLAN, “El monedero para la CBDC de China recurre a una tradición milenaria para impulsar su adopción”, *Coin-telegraph*, 28.12.2022, <https://es.cointelegraph.com/news/china-s-cbdc-wallet-resorts-to-ages-old-tradition-to-boost-adoption>

al programa de crédito social⁵³. El yuan chino está diseñado para compras frecuentes a pequeña escala, es decir, para personas físicas.

3. La Unión Europea

36. En el caso del euro digital un estudio de los economistas del Eurosistema hace referencia al proyecto en fase de investigación, previsto que terminara en octubre de 2023 donde fijaba un límite de tenencia 1000 o 3000 euros⁵⁴. Por tanto, el euro digital no sirve como reserva de valor, sino solo como un medio de pago accesible a todos los ciudadanos⁵⁵. La justificación es la preservación y estabilidad del sistema financiero, pero resulta muy evidente que se podrá comprar poco más que el pan con un límite tan bajo.

37. Por otra parte, si solo va a ser válido en los veinte países que hayan adoptado el euro como moneda de circulación, la internacionalidad queda limitada al área de la Unión Europea, lo cual no deja de ser extraño⁵⁶. Si el euro digital resulta tan maravilloso, ¿por qué no es preciso que cubra los pagos entre intermediarios financieros, proveedores de servicios de pago y otros participantes en el mercado (es decir, los pagos mayoristas)?⁵⁷.

38. La Propuesta de Reglamento utiliza el argumento de la inclusión financiera recabando datos del Banco Mundial y el Banco de Pagos Internacionales⁵⁸, pero en España no existe el problema del acceso a los bancos que necesite de inclusión financiera como sí que existe en otras áreas del mundo. Por tanto, forzar que el euro digital sea moneda de curso legal, significa que no puede rechazarse a la hora del pago de una deuda denominada en la misma unidad monetaria, por su valor nominal y con efecto liberatorio⁵⁹, lo cual no deja de ser una contradicción.

39. Sin embargo, ¿no tendría más sentido introducir un euro digital voluntario para saber exactamente si los ciudadanos y las empresas realmente quieren tal euro digital que la propuesta de Reglamento nos intenta vender? Parece más bien que se está forzando la digitalización, porque hasta ahora el dinero en efectivo sigue siendo la alternativa más fiable para varios propósitos, por ejemplo, desde la perspectiva del derecho a la intimidad. Ante el absurdo de la obligatoriedad, la propuesta de Reglamento tiene que contemplar excepciones⁶⁰, donde la Comisión seguirá teniendo poderes delegados para establecer otras excepciones de carácter monetario⁶¹.

⁵³ Sobre el programa de crédito social, *vid.*, X. DAI, *Toward a Reputation System State: The Social Credit System Project on China*, (2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3193577. Y algunas críticas en B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, "Humans and Machines: Challenges of Treating a Person Like a Machine", *Arizona Law Journal of Emerging Technologies*, vol. 4, 2020, pp. 1-23, p. 16.

⁵⁴ R. ENRÍQUEZ, "Pros y contras e interrogantes del euro digital que (quizás) usarás en el futuro", *El economista*, 9/11/2023, <https://www.economista.es/economia/noticias/12529694/11/23/pros-contras-e-interrogantes-del-euro-digital-que-quizas-usaras-en-el-futuro-.html>

⁵⁵ *Vid.*, artículo 16 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

⁵⁶ *Vid.*, Artículo 8 y considerando 17 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD). Así como la necesidad de otra nueva propuesta de Reglamento relativo a la prestación de servicios en euros digitales por parte de los proveedores de servicios de pago constituidos en Estados miembros cuya moneda no es el euro, COM(2023) 368 final.

⁵⁷ Que existan sistemas de liquidación en dinero de banco central y el Eurosistema no son una explicación razonada.

⁵⁸ *Vid.*, considerando 5 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

⁵⁹ *Vid.*, art. 7 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

⁶⁰ *Vid.*, art. 9 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

⁶¹ *Vid.*, art. 11 y Considerando 19 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

40. Además, la Propuesta de euro digital hace referencia no solo a financiar sino también a “desfinanciar”⁶². El término desfinanciar no aparece en el diccionario de la RAE, pero sí “desfinanciado” definido como un adjetivo utilizado en Bolivia, Chile, Ecuador y Perú cuyo significado es “que no tiene financiación”. Aparece como un neologismo en la prensa que significa “dejar de financiar con dinero público un bien o servicio.”⁶³ Se utiliza en el sector de los medicamentos que dejan de tener financiación por el Estado, y no deja de ser inadecuado su uso en este contexto. La Propuesta de Reglamento define «financiación» como un proceso mediante el cual un usuario del euro digital adquiere euros digitales, a cambio de efectivo u otros fondos, creándose así un pasivo directo del Banco Central Europeo o de un banco central nacional frente a dicho usuario; y «desfinanciación» como un proceso mediante el cual un usuario del euro digital cambia euros digitales por efectivo u otros fondos⁶⁴. Sin embargo, la terminología plantea el problema de si los proveedores de servicios de pago gestores de cuentas pueden “desfinanciar” a sus clientes, “con independencia de su capacidad de proporcionar la fuente de liquidez para los fondos de que se trate en dinero de banco central.” El considerando 24 de la Propuesta no se entiende, si no se hace alusión a los límites de tenencia de euros digitales, que tanto el Banco Europeo como los proveedores de servicios de pago a cargo de distribuir el euro digital deberán cumplir.

41. La profesora Santaolalla Montoya compara a bitcoin con las CBDC, con clarísimas diferencias, destacando que: “en ningún momento, cuando hablamos de las monedas digitales privadas, se concibe una parte débil (o consumidor), porque las relaciones son entre pares iguales (*peer to peer*), y sin apenas conocer la identidad de las partes. No así cuando hablamos de las CBDC, donde obligatoriamente, por la regulación y centralización que existe, sí que se produce un desequilibrio en la relación. Por un lado, se encuentra el banco central o el banco comercial, y por otro se encuentra un consumidor que necesita ser protegido.”⁶⁵

42. El euro digital es una de las apuestas de la UE por la digitalización, pero no es la única, cabe aquí mencionar su interés de en los mercados de capitales con el Reglamento Piloto de registros distribuidos⁶⁶. Para no repetimos, nos remitimos a un par de estudios donde exploramos las deficiencias del marco regulatorio para las infraestructuras de mercados con un espíritu constructivo, sugiriendo mejoras que podrían incluirse en futuras revisiones⁶⁷.

43. La regulación de la Unión Europea resulta tan expansiva que a partir de 30 de diciembre de 2024 con la entrada de la aplicación del Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos⁶⁸ también los criptoactivos que no son instrumentos financieros estarán regulados. No obstante, ni el Reglamento MiCA proporciona un catálogo completo de fichas (*tokens*) y podemos encontrar fichas (*tokens*) que cumplan la definición de

⁶² *Vid.*, Considerando 24 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

⁶³ *Actualización del léxico del español en la prensa de Murcia y Alicante* (NEOMA), <https://www.um.es/neologismos/index.php/v/neologismo/4930/desfinanciar>

⁶⁴ Art. 2(11) y (12) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la instauración del euro digital, Bruselas, 28.6.2023 COM(2023) 369 final 2023/0212 (COD).

⁶⁵ C. SANTAOLALLA MONTOYA, “Bitcoin vs CBDC: última llamada para la libertad”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 578-602, p. 590.

⁶⁶ Reglamento (UE) 2022/858 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 sobre un régimen piloto de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 600/2014 y (UE) n° 909/2014 y la Directiva 2014/65/UE. «DOUE» núm. 151.

⁶⁷ B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “El Reglamento Piloto sobre la tecnología de registros distribuidos en los mercados de valores: un análisis crítico”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 172, 2024, pp. 37-66. B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Distributed Ledger Technology in Financial Markets: the European Union Experiment”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, No. 2, pp. 665-678.

⁶⁸ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1093/2010 y (UE) núm. 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (PE/54/2022/REV/1, OJ L 150, 9.6.2023).

criptoactivo del Reglamento MiCA, pero que no queden cubiertas en ninguna de las tres subcategorías distinguidas por el Reglamento MiCA⁶⁹.

4. Empresas tecnológicas estadounidenses

44. La actitud ante las criptomonedas de los gigantes estadounidenses es muy variable. Por ejemplo, Google que quería que la humanidad adquiriera un mayor conocimiento a través de su buscador, no parece que esté a favor de las criptomonedas, cuestionando la posibilidad de que las criptomonedas sean dinero⁷⁰ y prohibiendo el anuncio de criptomonedas como Twitter o Facebook⁷¹.

45. Su política no está muy clara, pero los experimentos de las empresas tecnológicas con el desarrollo de *blockchain* e incluso de sus propias monedas virtuales, como fue el caso del estudio de Libra, demuestran que sí quieren beneficiarse de la TRD. Vuelve aquí la pugna entre estos gigantes tecnológicos y el papel de los bancos comerciales y centrales. Citamos las palabras del profesor Muñoz García que resultan relevantes a los efectos de este artículo: “Libra no es o pretende ser solo un medio de pago. Su infraestructura de servicios y los socios que acompañan Facebook permiten afirmar que estamos más cerca del mundo de los servicios bancarios que del ecosistema cripto. Por ello estamos ante un instrumento que viene a competir con las entidades de crédito y de servicios financieros.”⁷²

46. Uno de los hechos más significativos fue que este tipo de proyectos privados⁷³ impulsó los proyectos públicos, en concreto, las CBDC. Por tanto, no solo la pugna existe entre nuevos y viejos intermediarios que buscan su porcentaje de rendimiento económico, sino que está en juego un sistema económico, tal y como hoy lo conocemos, así como su alcance a las estructuras de poder gubernativo, cada vez más dependientes del poder económico.

VI. Reflexiones finales

47. Las normas se convierten en jurídicas cuando las reconoce un sistema jurídico que es lo que confiere la legalidad a las normas.⁷⁴ La TRD ofrece una oportunidad de negocio y una oportunidad legal. No se trata de transmutar todo a la TRD, sino de valorar qué operaciones puede tener sentido que consten en la TRD por su eficacia, su coste y su automaticidad.

48. El Derecho debería ayudar a la TRD para adquirir su efecto vinculante teniendo presente la libertad de los ciudadanos y el valor de los activos digitales. Resultaría transmutable la idea del profesor Calvo Caravaca, según la cual “para unas concretas personas, las reglas que estas elaboren serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado”⁷⁵; porque “cada persona sabe lo que le conviene mejor de lo que puede saberlo el Estado.”⁷⁶

⁶⁹ T. TOMCZAK, “Crypto-assets and crypto-assets’ subcategories under MiCA Regulation”, *Capital Markets Law Journal*, 2022, Vol. 17, No. 3, pp. 365-382.

⁷⁰ *Ibid.*, W. SUBERG, “Nuevo anuncio bromista de Google cuestiona validez de criptomonedas como dinero”, *Cointelegraph*, 10.10.2018, <https://es.cointelegraph.com/news/new-google-joke-advertisement-questions-the-validity-of-cryptocurrency-as-money>

⁷¹ *Ibid.*, W. SUBERG, Finance Industry Calls Google’s Crypto Ad Ban ‘Unfair’, ‘Troubling’, *Cointelegraph*, 4.06.2018, https://cointelegraph.com/news/finance-industry-calls-googles-crypto-ad-ban-unfair-troubling?_ga=2.210419094.2051737471.1689331517-773102722.1686742217

⁷² A. MUÑOZ GARCÍA, “Dinero digital programable: caracterización y posibles aplicaciones en la economía social”, en C. VARGAS VASSEROT, D. HERNÁNDEZ CÁCERES (coords.), *Responsabilidad, economía e innovación social corporativa*, Marcial Pons, 2021, pp. 365-379, p. 367.

⁷³ *Libra* ni su sustituto *Diem* llegaron a materializarse.

⁷⁴ Schultz, T., *Transnational Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 104.

⁷⁵ A. L. CALVO CARAVACA, “Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 111, 2020, para. 13.

⁷⁶ *Ibid.*

49. A estos efectos, las iniciativas en foros internacionales, como UNIDROIT, pueden servir de guía a los legisladores nacionales para que tanto la TRD como los activos digitales adquieran no solo mayor presencia, sino también mayores dosis de seguridad jurídica. Sin embargo, como se ha expuesto previamente, cada sistema de derechos reales es distinto en cada país, por lo que en unos Estados la TRD puede solucionar los fallos del sistema jurídico real, mientras que en otros Estados puede que la tecnología de registros distribuidos no aporte un valor adicional, por lo que no interesaría cambiar ese modelo y desplazar la responsabilidad y vigilancia al cedente y al cesionario de la propiedad de los bienes.

50. Finalmente, la actitud tan proactiva de los Bancos Centrales de cada país demuestra una vez más el intento de control de los ciudadanos, pues el euro digital como el yuan digital es programable por una única entidad, lo cual significa que es una herramienta más a disposición del Estado y no parece que en la forma en que está regulándose beneficie a los ciudadanos.

La delimitación judicial de la inmunidad de jurisdicción en el orden social

Judicial delimitation of immunity from jurisdiction in social jurisdiction

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 21.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8957

Resumen: De arraigada tradición y dilatada historia jurídica, la figura de la inmunidad de jurisdicción ha sido objeto de una notable evolución legislativa y jurisprudencial, que ha tratado de adaptar esta institución a los cambios en la concepción de la soberanía estatal y las relaciones jurídico-privadas han experimentado los Estados a lo largo de los años. Esta evolución se refleja con especial claridad en el ámbito de las relaciones derivadas del contrato internacional de trabajo, donde a menudo los Estados han interpretado la inmunidad con una censurable amplitud, como táctica de blindaje frente a las demandas de sus trabajadores. En este escenario, la jurisprudencia española ha desarrollado una labor tan compleja como necesaria, que posee un doble mérito: combatir esta práctica abusiva y clarificar la mejorable regulación española en materia de inmunidad de jurisdicción y contrato individual de trabajo.

Palabras clave: Orden social, contrato internacional de trabajo, inmunidad de jurisdicción, Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros.

Abstract: With a deep-rooted tradition and extensive legal history, the figure of immunity from jurisdiction has been the subject of a notable legislative and jurisprudential evolution, which has attempted to adapt this institution to changes in the conception of state sovereignty and legal-private relations experienced by States over the years. This evolution is reflected with special clarity in the field of relationships derived from the international employment contract, where States have often interpreted immunity with reprehensible breadth, as a shielding tactic against the demands of their workers. In this scenario, Spanish jurisprudence has developed a task that is a complex as it is necessary, which has a double purpose: combating this abusive practice and clarifying the Spanish regulation that could be improved on immunity from jurisdiction and individual employment contracts.

Keywords: Social jurisdiction, international employment contract, immunity from jurisdiction, Organic Law 16/2015, of October 27, on privileges and immunities of foreign states.

Sumario: I. El origen de la inmunidad de jurisdicción y su evolución en el ordenamiento español. II. Inmunidad de jurisdicción y contrato de trabajo: régimen jurídico español. III. La interpretación judicial del régimen jurídico español: una lectura correctiva y clarificadora. 1. La inmunidad de jurisdicción como cuestión de orden público procesal. 2. La invocación de los intereses de seguridad como mecanismo de activación de la inmunidad. IV. Reflexión final: la meritoria y necesaria labor judicial para la protección del trabajador.

I. El origen de la inmunidad de jurisdicción y su evolución en el ordenamiento español

1. «*Par in parem, non habet imperium*». Sobre esta máxima se ha edificado todo un sistema jurídico -consuetudinario, legislativo y jurisprudencial- destinado a garantizar que los Estados, como iguales, carezcan de jurisdicción los unos sobre los otros. Un objetivo que, a lo largo de las décadas, ha suscitado no pocas controversias, lo cual resulta inevitable, si tenemos en cuenta los delicados intereses que esta institución concita, o más bien, confronta. Respecto a sus orígenes, explican A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ que, pese a existir evidencias de precedentes anteriores, “*esta doctrina presenta una raíz cristiana: «toda autoridad viene de Dios» (Jn 19,11 y Rom. 13,1). Por ello, la autoridad no puede ser juzgada por ningún tribunal*”¹. Sobre esta base, la institución comienza su desarrollo jurídico, marcado por siglos de evolución y diversidad de concepciones, que tratan de aunar, no siempre con éxito, los divergentes intereses que en ella confluyen.

2. Tal como hoy la conocemos, la inmunidad de jurisdicción es un producto de la jurisprudencia inglesa del siglo XIX, que consagró la inadmisibilidad de que un soberano del Reino Unido fuera demandado ante los tribunales británicos². Andado el tiempo, esta consideración se amplió a los Estados extranjeros y sus agentes diplomáticos, que resultaron así amparados por la inmunidad ante los tribunales británicos. En 1812, el Juez Marshall, presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, articuló claramente el principio de la inmunidad estatal, fundamentado en la plenitud de la soberanía de los Estados y la limitación que ésta representa para los demás³.

3. Sustentado sobre el citado aforismo, la inmunidad de jurisdicción surge como resultado de la soberanía del Estado que la reclama: es un derecho que posee cada Estado y una restricción impuesta a otros en su capacidad para delimitar el ámbito de actuación de sus tribunales o las competencias de sus órganos administrativos. Jurídicamente, la inmunidad estatal no deriva de una renuncia voluntaria del Estado territorial, ni de cortesía internacional, ni de ninguna forma de extraterritorialidad, sino que se fundamenta en una regla general consuetudinaria del Derecho internacional público⁴. Más adelante, la extensión de la inmunidad estatal a las organizaciones internacionales se hará con un sustento diferente, que no es ya el respeto a la soberanía estatal -ausente en este caso-, “*sino la necesidad de garantizar que la organización pueda llevar a cabo las funciones que tiene atribuidas*”⁵.

4. Desde entonces, la doctrina de la inmunidad permanente de debate, tradicionalmente dividido entre dos enfoques: el absoluto y el restringido. El primero defiende la total exención de los Estados de someterse a la jurisdicción de los tribunales de otro país, incluso en cuestiones estrictamente de Derecho privado, pues “*que el origen fuese meramente comercial o netamente público era irrelevante*”⁶, alineándose en esta postura los tribunales británicos y estadounidenses. El segundo admitía la inmunidad en las acciones públicas de los Estados extranjeros, pero no en las relaciones equiparables a las establecidas entre sujetos particulares o de Derecho privado. Adoptado inicialmente por los tribunales belgas e ita-

¹ *Tratado de Derecho Internacional Privado*, T. 1, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., 2022. p. 337.

² C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº 2 (2016), pp. 146-147.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *The Schooner Exchange vs. MacFaddon*, (1812), que abordó la reclamación efectuada por unos nacionales estadounidenses de un buque requisado por la marina de guerra de Napoleón (A. LAZARI, “Jurisprudencia española en materia de Derecho Internacional Público. Apartado 3.7: Inmunidad de jurisdicción del Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, 2, 2015, p. 177).

⁴ C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Sobre la inmunidad de jurisdicción.....”, ob. cit., p. 7; A.G. LÓPEZ MARTÍN, “Las inmunidades del Derecho internacional: su aplicación en España”, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 6, enero-abril 1999, p. 158.

⁵ R. ARENAS GARCÍA, que puntualiza que, justamente por dicho motivo, “*los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales no pueden considerarse análogos a los de los Estados*” (“Inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales y distinción entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* [a propósito de la STC 120/2021 (Sala Segunda) de 31 de mayo]”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 42, 2021, p. 11).

⁶ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 344. Una tendencia que, excepcionalmente, pareció seguir la STC núm. 140/1995, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TC:1995:140), acogiendo una interpretación controvertida en su momento y no seguida con posterioridad.

lianos, pronto se extendería por el resto de Europa, afectando incluso a la inicial reticencia de los países anglosajones y de Estados Unidos.

5. La doctrina de la inmunidad restringida se basa en la idea de que las acciones estatales pueden dividirse en dos categorías: las realizadas en el ejercicio de la soberanía (*acta iure imperii*), que gozan de inmunidad, y las relacionadas con la gestión de bienes privados (*acta iure gestionis*), que no están protegidas por la inmunidad. Desde sus inicios, el principal desafío en la aplicación de esta concepción restrictiva radica en la falta de un criterio universalmente aceptado para determinar si una acción o actividad estatal corresponde a una categoría u otra. Una duda que aún hoy continúan despejando, caso por caso, nuestros tribunales, si bien de sus decisiones se desprende que a menudo no estamos tanto ante una incertidumbre conceptual como ante una censurable estrategia de algunos Estados u organizaciones internacionales: la de parapetarse tras la barrera de la inmunidad para evitar la acción judicial respecto de sus actuaciones como personas jurídico-privadas⁷.

6. Esta práctica se repite con especial asiduidad en el ámbito de la jurisdicción social, concretamente, en los litigios sobre contrato individual de trabajo, y de forma particular -aunque no exclusiva-, respecto de las relaciones laborales con embajadas extranjeras⁸: En estos casos, la desigual posición que por definición ocupa el trabajador respecto de su empleador, se ve considerablemente agravada por la condición de Estado de éste, que le permite invocar a su favor el principio de inmunidad jurisdicción. Como veremos, la jurisprudencia social española ha realizado un considerable esfuerzo para neutralizar esta táctica, tratando de preservar la protección del trabajador como parte débil de la relación laboral, y al hacerlo, desentrañando la verdadera naturaleza de dicha relación en cada caso. Esta doctrina parte de la consideración de que la excepción de inmunidad resultará procedente o no en función de las concretas funciones que desempeñe el empleado de acuerdo con su categoría laboral. Seguidamente, exige del Estado que invoque dicha excepción la prueba fehaciente de que tales funciones menoscaban sus intereses de seguridad. Y finalmente, requiere la acreditación de que dicho menoscabo sería consecuencia directa de la celebración del proceso laboral.

7. La inmunidad de jurisdicción, como principio del Derecho internacional que protege a los Estados de ser sometidos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, sigue vigente en el siglo XXI. Pero su actual configuración es la consecuencia de una transformación continua, especialmente en el ámbito del derecho laboral y civil. En España, esta evolución ha sido sustancialmente jurisprudencial, siendo obligado reconocer la ingente y necesaria labor de nuestros tribunales de justicia para dibujar los contornos de la inmunidad estatal dentro de los límites que marca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Una tarea sumamente compleja, que exige encontrar el equilibrio entre los intereses y prerrogativas de los Estados extranjeros, la cooperación pacífica entre países, y los derechos de los particulares. Cuando estamos ante relaciones individuales de trabajo, a estos elementos se añade la mencionada desigualdad que les resulta inherente, lo que añade un componente de dificultad a la correspondiente interpretación judicial.

⁷ En efecto, tanto Estados como organizaciones internacionales han recurrido a esta institución para sustraer del conocimiento de los tribunales relaciones estrictamente jurídico-privadas, que por regla general impiden esta maniobra cuando detectan la improcedencia de la inmunidad. En este sentido, *vid.* STJUE de 3 de septiembre de 2020, *Supreme Site Services GmbH, Supreme Fuels*, asunto C-186/19, ECLI:EU:C:2020:638; STJUE de 7 mayo 2020, *Rina*, asunto C- 641/18, ECLI:EU:C:2020:349 (impagos por la OTAN de dos contratos de suministro de combustible); STS 420/2021, de 21 de abril (RJ 2021\20471, y STS núm. 424/2021, de 22 de abril (RJ 2021\1939), relativa a contratos de trabajo suscritos con la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO); y STS 146/2020, de 14 de febrero (RJ 2020\1380), sobre la extinción de la relación laboral de una trabajadora española al servicio de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico.

⁸ Y es que, como señala L. CARRILLO POZO, “*Existe un cuerpo de doctrina y de decisiones jurisprudenciales bastante amplio a propósito de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución en litigios entre personal contratado para trabajar en una representación diplomática (normalmente el litigio típico viene a propósito de un despido reputado de improcedente) y el Estado de la que depende*” (“Trabajo en embajadas y competencia judicial internacional. (Observaciones a propósito de la Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 5, Nº 8, 2012, p. 213).

8. Tradicionalmente, los tribunales españoles han venido efectuando esta labor de delimitación del ámbito de actuación de la inmunidad sobre una base jurídica esencialmente consuetudinaria y generalista. El motivo, la ausencia de un régimen jurídico específico de Derecho positivo, que no entrará en nuestro ordenamiento hasta la promulgación de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España⁹. En esta norma han encontrado nuestros tribunales tanto una fundamentación jurídico-positiva como un reto interpretativo, dada las incertidumbres y carencias que en la práctica ha planteado la redacción de algunos de sus preceptos. En todo caso, la entrada en vigor de esta norma vino a ratificar un hecho incontestable, ya señalado por C. GUTIÉRREZ ESPADA: que “*la inmunidad de jurisdicción permanece, pese a los avances que la defensa de la dignidad del ser humano ha logrado en otras esferas del Derecho internacional*”¹⁰.

II. Inmunidad de jurisdicción y contrato de trabajo: régimen jurídico español

9. En España, la regulación jurídica de la inmunidad de jurisdicción se ha compuesto tradicionalmente por las disposiciones recogidas en convenios internacionales de alcance general, que a su vez constituían un mecanismo integrador de los principios y normas consuetudinarias que crean y regulan esta institución: la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961¹¹, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963¹². Durante mucho tiempo, tal fue el marco general regulatorio de la inmunidad de jurisdicción, hasta que el 2 diciembre de 2004 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹³, que consagra la doctrina restrictiva de la inmunidad, basada en la distinción entre en los actos realizados en el ejercicio del poder soberano (*iure imperii*), amparados por la inmunidad, y los actos de gestión ordinaria (*iure gestionis*), que no gozan de ésta. Como veremos, en la práctica, la efectiva distinción entre unos y otros viene siendo el verdadero caballo de batalla de nuestros tribunales, una circunstancia que confirma la cuestionable eficacia real de esta clasificación, sustentada sobre dos parámetros: la finalidad y la naturaleza del acto. Explica el profesor CALVO CARAVACA la intrínseca limitación de este sistema: “*El criterio es confuso y poco operativo, porque, en definitiva, toda actividad desarrollada por el Estado persigue una «finalidad pública»*”¹⁴. Un análisis que corrobora la ingente labor de la jurisprudencia laboral española para determinar cuándo un trabajador realiza funciones afectas a la inmunidad de jurisdicción.

10. Ciertamente, el Convenio de Naciones Unidas vino a colmar una laguna legal ya excesivamente prolongada en el tiempo¹⁵, actualizando y completando el régimen jurídico contenido en sus

⁹ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015. Un profundo estudio de la exégesis de esta norma, así como de las diferentes implicaciones de la inmunidad de los Estados extranjeros en España, se contiene en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestación y Contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, número 55, 2016.

¹⁰ “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº 2 (2011), p. 167.

¹¹ United Nations, Treaty Series, vol. 500, p. 95. BOE núm. 21, de 24 de enero de 1968. Sobre este texto, Instrumento de Adhesión de España al Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, hecho en Viena el 18 de abril de 1961 (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2011).

¹² United Nations, Treaty Series, vol. 596, p. 261. BOE núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

¹³ A/RES/59/38. España depositó su instrumento de adhesión el 21 de septiembre de 2011. Un detallado estudio puede verse en R. O’KEEFE, *The United Nations Convention on jurisdictional immunities of states and their property: a commentary*, Oxford University Press.

¹⁴ “Inmunidad de jurisdicción y de ejecución”, en N. WITZLEB, R. ELLGER, P. MANKOWSKI, H. MERKT y O. REMIEN (coords.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, p. 648.

¹⁵ Así lo reconoce el propio legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, donde admite que esta situación ha provocado “*en el plano judicial interno, cierta inseguridad jurídica e incluso un casuismo jurisprudencial que, en ocasiones, puede conducir a errores o contradicciones, susceptibles, en el plano externo, de comprometer la responsabilidad internacional de España*”. Una situación denunciada hace ya décadas por el Tribunal Constitucional, que

antecedentes normativos convencionales. Sin embargo, veinte años después de su aprobación, aún no ha completado las treinta ratificaciones exigidas para su entrada en vigor, una circunstancia que contrasta con su considerable influencia “*como prueba de la práctica de los Estados y de la opinio iuris sobre el derecho relativo a la inmunidad de los Estados*”¹⁶. Así lo confirma el hecho de que entre sus Estados firmantes se encuentren los principales protagonistas del tráfico económico internacional (Francia, Reino Unido, Japón, China, India, Federación Rusa, etc.), y que la jurisprudencia interna aplique sus disposiciones como expresión del derecho internacional consuetudinario¹⁷.

11. Como directriz, el Convenio adopta la tesis de la inmunidad restringida, y con el tiempo se ha erigido en la base regulatoria general de la inmunidad estatal. Así lo evidencia el caso español, a través de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. En el ámbito del contrato de trabajo, la reglamentación estatal se muestra enormemente tributaria de la convencional, de forma que los respectivos preceptos que regulan la cuestión presentan considerables similitudes: el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas y el artículo 10 de la ley española, ambos aplicable a los procesos relativos a los contratos de trabajo.

12. Esta identidad concurre desde el punto de partida, consagrando tanto uno como otro en su primer párrafo la siguiente regla general: “*1. Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España*”. El texto corresponde al precepto español, que no hace sino reproducir -casi literalmente- la norma general consagrada por el artículo 11 del Convenio de Naciones Unidas¹⁸.

13. Sobre este principio básico, seguidamente ambas normas recogen un amplio catálogo de excepciones, tanto que aquélla resulta en la práctica devorada por éstas, que han terminado por convertirse en regla general. Así se aprecia claramente en el apartado 2 del artículo 10 de la ley española, que como establecen los siguientes supuestos que permiten activar la cláusula de inmunidad de jurisdicción:

- “*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los procesos a los que dicho apartado se refiere, en los siguientes supuestos:*
- a) *Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público;*
 - b) *Cuando el empleado sea:*
 - i) *Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961;*
 - ii) *Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; o*
 - iii) *Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional.*
 - c) *Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador;*

conminó al poder legislativo a subsanar este vacío legal, “*en aras a garantizar una mayor certeza en el ámbito jurisdiccional interno sobre la base de una doctrina restringida de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución*” (STC núm. 107/1992, de 1 de julio, RTC 1992\107)

¹⁶ P. WEBB, “Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes”, *Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, 19-07326 (S), 2019.

¹⁷ J. FERRER LLORET, «La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, p. 5.

¹⁸ “*1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado*”.

- d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad;
- e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; o
- f) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador¹⁹.

14. De nuevo se trata de una previsión que reproduce el régimen de excepciones contenido en el artículo 11 del Convenio¹⁹, donde “se adoptó una postura lo suficientemente cautelosa en la formulación de la excepción laboral a la inmunidad de los Estados”²⁰, una vez consagrado el principio de inmunidad de jurisdicción en los artículos 5 y 6.2. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este precepto convencional constituye la expresión de una norma consuetudinaria en vigor²¹, que vincula a todos los Estados que hayan firmado²² o estén en vías de ratificar el Convenio²³, a los que no hayan votado en contra de su adopción en el seno de la Asamblea General²⁴, y a los que no se hayan opuesto a la inclusión de esta norma a lo largo del desarrollo del proceso codificador²⁵.

15. Volviendo al artículo 10 de la LO 16/2015, ya hemos visto que determina las condiciones en las cuales un Estado extranjero puede o no hacer valer su inmunidad de jurisdicción ante los tribunales españoles en los procesos relativos a contratos de trabajo ejecutados en España. Como regla general (apartado 1) se establece que, a menos que exista un acuerdo en otro sentido, un Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales españoles cuando el contrato de trabajo se ejecute en España. La propia formulación de la regla general lleva inserta, pues, una posible excepción, ya que puede ser desactivada por la voluntad de las partes, sin que el precepto explicita los requisitos de dicho acuerdo en cuanto a su contenido y/o manifestación.

16. Se trata de la primera excepción que admite la regla general de inoperancia de la inmunidad de jurisdicción en el contrato de trabajo, que además constituye una prerrogativa considerablemente amplia por genérica, al no acotar el precepto los límites de dicho acuerdo de voluntades. Respecto a esta posibilidad de acuerdo entre España y un Estado extranjero, explica O. FOTINOPOULOU BASURKO que, en su origen, la Convención de Naciones Unidas, esta excepción estaba pensada únicamente para los acuerdos inter-estatales que existen respecto a las fuerzas armadas. Al generalizarla el legislador español, advierte la autora de que “su operatividad en la práctica debe ser muy escasa a la luz de la jurisprudencia emitida al respecto en nuestro país sobre la base de la protección que debe dispensarse a los trabajadores so pena de vulnerar la tutela judicial efectiva contenida tanto en nuestro derecho interno, como en el ordenamiento europeo y/o en el internacional”²⁶.

17. Seguidamente, la norma enumera toda una batería de excepciones (apartado 2), también de una notable extensión. Siguiendo la clasificación de la autora, éstas se configuran bajo tres grandes grupos: el ejercicio del poder público [art. 10.2.a)] y su especificación sobre los agentes diplomáticos y/o consulares [art. 10.2.b)]; las excepciones basadas en el trabajo realizado y en el contrato de trabajo

¹⁹ Para un completo e ilustrativo análisis de estas excepciones, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “Inmunidad y contrato de trabajo”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm.147/2010, esp. pp. 13-21.

²⁰ OLIVA IZQUIERDO, A., “La inmunidad de jurisdicción y ejecución en el Derecho laboral español: su relación con el artículo 7 de la Convención de Viena de 1961”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015...*, cit., p. 199.

²¹ Sobre esta particular interpretación, *vid.* J. FERRER LLORET, “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sobre del Derecho Internacional Consuetudinario”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 34, 2017.

²² STEDH de 14 de marzo de 2013, *Oleynikov c. Rusia*, TEDH 2013\28.

²³ STEDH de 29 de junio de 2011, *Sabeh El Leil c. Francia*, JUR 2011\223020.

²⁴ STEDH de 23 de marzo de 2010, *Cudak c. Lituania*, JUR 2010\88879; STEDH de 8 de noviembre de 2016, *Naku c. Lituania y Suecia*, JUR 2016\260636.

²⁵ STEDH de 17 de julio de 2012, *Wallishauser c. Austria*, JUR 2012\236534.

²⁶ “La inmunidad de jurisdicción y los contratos de trabajo en la LO 16/2015”, *Revista de Derecho Social*, N° 73, 2016, p. 80.

[art. 10.2.c) y art. 10.2.d)]; y la inmunidad basada en la nacionalidad [art. 10.2.e)] y en la autonomía de la voluntad de las partes [art. 10.2.f)]. Así configurado, este precepto viene a consagrar una regla general “*que más bien puede considerarse como el criterio residual a la luz de la excepción que se contempla en ese mismo apartado*”²⁷. Lo que, unido al extenso cuadro de exclusiones contenido en el apartado 2, ha conformado en la práctica una compleja norma, cuya interpretación no siempre ha obtenido el consenso de nuestros tribunales de justicia.

III. La interpretación judicial del régimen jurídico español: una lectura correctiva y clarificadora

18. Enuncia el preámbulo de la LO 16/2015 que una de las principales razones para instaurar un régimen jurídico de la inmunidad fue la necesidad de compatibilizar la existencia y operatividad de esta figura con las exigencias elementales de tutela judicial efectiva derivadas del principio del Estado de Derecho. Durante décadas, esta labor ha correspondido a nuestros tribunales de justicia, a los que la ausencia de una legislación interna específica sobre inmunidades estatales los ha abocado a interpretar y aplicar la normativa internacional existente en la materia para resolver los litigios suscitados ante ellos²⁸.

19. En consecuencia, la actual operatividad de la inmunidad de jurisdicción deriva tanto de la perspectiva constitucional y legislativa, como del marco jurisprudencial establecido básicamente por la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia. Sobre esta base, indica el Tribunal Supremo que, en la delicada cuestión de los límites de la inmunidad de jurisdicción y ejecución, la vieja doctrina absoluta de las inmunidades ha ido dando paso a una doctrina más restrictiva, para hacer compatible la existencia de tales inmunidades con las exigencias elementales de tutela judicial efectiva derivadas del principio de Estado de Derecho²⁹.

20. Ciñéndonos al ámbito de la jurisdicción social, y con la base jurídica que desde hace casi una década constituye la referida Ley sobre inmunidades, vemos cómo su aplicación ha exigido una considerable labor exegética por parte de los tribunales, principalmente dirigida a dibujar en sus precisos términos los límites de las excepciones del artículo 10.2. Sobre este particular, el tiempo ha demostrado que la LO 16/2015 no resultó en la práctica tan clara y concluyente como el legislador pretendía, de forma que las decisiones judiciales más recientes han configurado una jurisprudencia destinada a evitar una excesiva extensión de la inmunidad de jurisdicción bajo la cobertura de tales excepciones legales.

1. La inmunidad de jurisdicción como cuestión de orden público procesal

21. El primer aspecto que aborda esta doctrina judicial, y que constituye su punto de partida, es la relación directa entre la inmunidad de jurisdicción y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Esto la configura como una cuestión de orden público, un presupuesto del proceso que los tribunales deben resolver de oficio y con carácter previo a cualquier otra consideración. Como refieren A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, al ser la competencia un presupuesto del proceso, las normas del sistema español de Derecho internacional privado deben atribuir a los órganos jurisdiccionales españoles el conocimiento de la controversia derivada de una situación privada, pues de lo contrario, dichas autoridades no podrían entrar a conocer del asunto. Además, la determinación de la efectiva concurrencia de competencia judicial debe abordarse con anterioridad a las restantes cuestiones

²⁷ *Ibidem*, p. 69.

²⁸ Una tarea que, para J.M. SÁNCHEZ PATRÓN, “*convierte a la jurisprudencia resultante en especialmente relevante para conocer cuál ha sido la solución ofrecida por el Derecho internacional en relación con estos asuntos y cuál es la evolución experimentada al respecto por este ordenamiento jurídico*” (“*La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: los principios jurídicos aplicables según la jurisprudencia constitucional española*”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015...*, ob. cit., p. 144).

²⁹ STS núm. 456/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2421).

relativas al proceso: la designación de la ley aplicable, el establecimiento de la competencia especial o interna del tribunal competente para resolver el litigio³⁰.

22. En el orden social, este carácter de orden público que posee el examen de la competencia de los Tribunales españoles tiene una consecuencia procesal relevante, referida al recurso de casación para la unificación de doctrina. De conformidad con el artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS)³¹, la viabilidad del recurso depende de que concurra una efectiva contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial, dictada por una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o por la Sala IV del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere emitido un pronunciamiento diferente.

23. A la hora de interpretar este requisito, nuestros tribunales exigen que exista una divergencia respuestas judiciales ante controversias esencialmente similares, pero sin llegar a requerir una identidad absoluta de supuestos, aunque sí una diversidad entre los respectivos fallos que resulte injustificable a la luz de las similitudes de los supuestos confrontados. Sentado lo cual, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales³².

24. Esta exigencia procesal cambia sustancialmente cuando la cuestión jurídica debatida es la aceptación o no de la excepción de inmunidad invocada por un Estado u organización internacional. Como se ha indicado, la inmunidad está íntimamente vinculada a la cuestión de la competencia judicial internacional, que exige la concurrencia de jurisdicción de los tribunales españoles sobre un determinado asunto. Sobre esta base, considera el Tribunal Supremo que justamente porque se trata de una cuestión de orden público procesal, que afecta a la propia jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer del litigio, resulta factible entrar a resolverla de oficio en todo caso³³. De esta forma, en los supuestos de tales características, donde se suscita una cuestión de jurisdicción de los tribunales españoles, no resulta exigible que concurra el presupuesto de contradicción entre las sentencias en comparación.

25. En consecuencia, estamos hoy ante una doctrina acogida de forma unánime por los tribunales del orden social, en virtud de la cual, cuando se suscite una cuestión de jurisdicción de los tribunales españoles, si la materia y las concretas circunstancias del caso evidencian *a priori* una manifiesta falta de jurisdicción, debe resolverse, incluso de oficio, la cuestión competencial planteada. Y ello, aunque no concurriera el requisito de contradicción exigido por el artículo 219 LRJS, al modo en que se ha venido estableciendo en los supuestos de incompetencia material manifiesta y de falta de competencia funcional.

26. Cierto es que, con carácter general, las infracciones procesales están condicionadas por la existencia de contradicción, sin que sea posible apreciarlas de oficio, ni a instancia de parte si no resulta acreditada tal contradicción. Con la antedicha doctrina, se introduce una suerte de excepción a esta regla procesal general, que opera cuando se suscita la cuestión de la operatividad o no de la inmunidad de jurisdicción. De ser así, los tribunales españoles consideran que no es preciso analizar siquiera si concurre la contradicción requerida por el artículo 219 LRJS, debiendo adoptarse directamente la decisión que corresponda respecto de la admisibilidad de la excepción de inmunidad de jurisdicción, y por ende, de la efectiva competencia judicial internacional del órgano correspondiente. La justificación de esta doctrina es que se trata de una cuestión de orden público procesal, susceptible de ser apreciada de oficio, aunque

³⁰ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional*, Comares, Granada, 2001, pp. 3-4.

³¹ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

³² STS núm. 949/2022 de 30 noviembre (RJ 2022\5496).

³³ Una consideración que acoge la STS de 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7231), y que ha ido evolucionando con los cambios normativos de la institución, manteniendo siempre su esencia, que perdura en la actualidad: *ad ex.*, SSTS núm. 949/2022, de 30 de noviembre (RJ 2022\5496); núm. 146/2020, de 14 de febrero (RJ 2020\1380); núm. 442/2016 de 18 de mayo (RJ 2016\3886); y de 30 de diciembre de 2013 (RJ 2013\8369).

no hubiera sido planteada por las partes, y sin la previa comparación que con carácter general exige el recurso de casación para la unificación de doctrina, en atención a la peculiaridad de esta materia que puede evidenciar *a priori* una manifiesta falta de jurisdicción³⁴.

2. La invocación de los intereses de seguridad como mecanismo de activación de la inmunidad

27. Como vimos, el artículo 10.2.d) de la LO 16/2015 permite a los Estados extranjeros hacer valer la inmunidad de jurisdicción en los litigios sobre contrato de trabajo en casos de despido o rescisión, cuando “*una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad*”. Uno de los aspectos más relevantes de la doctrina judicial en materia de inmunidad de jurisdicción en el orden social ha derivado de la necesidad de concretar las exigencias inherentes al tenor literal de este precepto, esto es, sus condiciones de aplicabilidad. Así, la sola lectura del precepto suscita ya ciertas incertidumbres, como la evaluación de la competencia de la autoridad extranjera para efectuar la comunicación referida por la norma, o los requisitos formales y sustantivos de dicha comunicación, entre otras. Sobre ese supuesto, y el recogido en el apartado c) del mismo precepto, muy precozmente supo ver O. FOTINOPOULOU BASURKO la censurable la amplitud que lo caracteriza, contraria a la tendencia restrictiva que vienen sosteniendo tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y los órganos jurisdiccionales españoles³⁵.

28. Respecto al ámbito donde puede operar esta previsión legal, exigen nuestros tribunales que el menoscabo a los intereses de seguridad esté vinculado al proceso judicial, de forma que tanto la decisión como la comunicación deben referirse a él. Así delimitado el marco de la excepción, esta doctrina exige además que la autoridad extranjera competente identifique de qué modo pueden producirse los riesgos para la seguridad alegados como menoscabo de sus intereses de seguridad³⁶. En este punto, la jurisprudencia española ha seguido la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 11.2.d) de la Convención de 2004, que consagra la misma excepción, aunque con alguna diferencia relevante respecto al artículo 10.2.d), como el uso del término «determinar» en lugar de «comunicar» y la enumeración de las concretas autoridades que son competentes para activar esta excepción³⁷.

29. Su Sentencia de 23 de marzo de 2010 declara que operatividad de esta prerrogativa estatal exige la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan inferir la existencia real de riesgos de seguridad por la celebración del proceso³⁸. En aquel supuesto, el Tribunal de Estrasburgo no lo consideró así, declarando que no basta la mera alegación de que se ha tenido acceso a información o documentos confidenciales, sino que es preciso que resulte acreditado, *in casu*, un menoscabo real a la seguridad nacional como consecuencia de la celebración del proceso judicial (en dicho litigio, un procedimiento por despido de una nacional lituana contratada por el Embajada de Polonia en Vilna para prestar servicios de recepcionista y telefonista).

³⁴ Entre las decisiones más recientes, SSTS núm. 949/2022, de 30 de noviembre (RJ 2022\5496); núm. 898/2022, de 10 de noviembre (RJ 2022\5363); y núm. 611/2022, de 5 de julio (RJ 2022\3145).

³⁵ Desde esta perspectiva, la autora censura la “*ambigua o poco certera redacción*” del artículo 10.c) y d), pues la amplitud en se mueven ambas disposiciones contradice la tendencia interpretativa más reciente y predominante, que es basar la inmunidad de jurisdicción en las funciones que haya de desempeñar el empleado, es decir, teniendo en cuenta su categoría, en consonancia con el tipo de trabajo y, en concreto, las ocupaciones a ejecutar, cuestiones que omite el precepto (“La inmunidad de jurisdicción...”, ob. cit., pp. 72 y 84).

³⁶ Entre las más recientes, SSTS núm. 456/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2421); núm. 949/2022, de 30 de noviembre (RJ 2022\5496); núm. 493/2022, de 31 de mayo (RJ 2022\3364); núm. 611/2022, de 5 de julio (RJ 2022\3145); y núm. 898/2022, de 10 de noviembre (RJ 2022\5363).

³⁷ Sobre estas diferencias y su interpretación y consecuencias en la doctrina del Tribunal Supremo, *vid.* O. GARCÍA MACEIRAS, “Una aproximación a la jurisprudencia sobre la contra-excepción del “menoscabo a los intereses de seguridad” como justificación a la inmunidad de jurisdicción de un estado extranjero en los procesos de despido en España”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 70, Nº 2, 2022, pp. 255-276.

³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cudak v. Lithuania* (JUR\2010\88879).

30. En la actualidad, esta interpretación se ha consolidado en nuestros tribunales, que la abrazan sin fisuras. De este modo, el tradicional cerco que a la inmunidad de jurisdicción han venido levantando sus decisiones se estrecha un poco más, impidiendo que su ejercicio encuentre una vía indiscriminada de acceso, a través del genérico concepto de «intereses de seguridad» empleado por la ley española.

31. Al mismo tiempo, esta doctrina ha venido a corregir el rumbo incipiente que hacia una interpretación completamente opuesta venían adoptando en nuestro país algunas decisiones judiciales. Así, la STSJ de Madrid núm. 556/2016, de 21 de julio³⁹, que resolvió un recurso de suplicación contra una sentencia dictada en autos promovidos sobre despido, interpuesto por una trabajadora contratada como administrativa a tiempo completo por la Embajada de Lituania en Madrid. Tras haber sido prorrogado por tres veces su contrato de trabajo, el canciller del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Lituania puso fin a la relación laboral mediante una comunicación de finalización del contrato de trabajo.

32. En este punto, resulta procedente dejar constancia de la indeterminación en que tanto el Juzgado de lo Social como el TSJ de Madrid incurrían a la hora de encajar este supuesto en alguna de las excepciones contempladas en el artículo 10.2 de la LO 16/2015. Así lo evidencia el Fundamento Jurídico Quinto, *in fine*, de la sentencia dictada en suplicación: “(...) *la demandante impugna como despido una orden de finalización de contrato de trabajo. Respecto al apartado 2.c), el supuesto puede configurarse como una no renovación del contrato, que había sido ya varias veces prorrogado; pero en todo caso, como señala la sentencia, la pretensión de la demanda incluye una condena a la readmisión, aunque sea opcional para la demandada, lo que también conduce a la aplicabilidad de este apartado. Por lo que se refiere al apartado 2.d), la acción ejercitada es la de despido (...)*”. Una indeterminación que no es sino reflejo y consecuencia de la ya apuntada ambigüedad con que el legislador español redactó los apartados c) y d) del artículo 10.2.

33. A la hora de enjuiciar la efectiva concurrencia de los requisitos inherentes al artículo 10.2.d), el Tribunal estimó que bastaba la mera comunicación, sin que fuera necesario requerir prueba ulterior de la afectación del interés nacional, pues resultaba suficiente la indicación de que la trabajadora tenía autorización para acceder a la información clasificada como confidencial y disponía de información importante sobre las actividades generales de la Representación y sus tareas y proyectos específicos. Ambos órganos jurisdiccionales estimaron que la sola afirmación de la Embajada permitía considerar que concurría el supuesto recogido en dicho precepto, sin que pudiera tacharse su interpretación de excesiva, “*pues es razonable imponer al trabajador que se halla en la situación descrita que litigue contra su país ante sus propios órganos jurisdiccionales, evitando así cualquier posibilidad de difusión de tales datos en un Estado extranjero, lo que podría suceder a través de la prueba documental o de interrogatorio*”⁴⁰. Una afirmación que causa cierta perplejidad, desde la perspectiva del deber de confidencialidad de las comunicaciones y el deber de guardar secreto, inherentes al contrato de trabajo de quien realiza tareas de traducción, de conformidad con el artículo 5.a) y f) del Estatuto de los Trabajadores.

34. Esta interpretación realizada por el TSJ de Madrid contenida en su sentencia de 21 de julio de 2016, sería reproducida posteriormente, con argumentos similares, en sendas decisiones de 1 de abril de 2019⁴¹ y de 29 de marzo de 2021⁴². Considerada errónea la doctrina contenida en la primera⁴³, las

³⁹ AS\2016\1433. Pese a que la presentación de la demanda había tenido lugar antes de la entrada en vigor de la LO 16/2015, el Tribunal dictó su sentencia aplicando esta norma, debido a su eficacia inmediata, que no retroactividad, porque la ausencia de una disposición transitoria permitía su aplicación desde la fecha de su entrada en vigor (D.F. 7ª) “*sin que ello suponga retroactividad, ya que es factible que una norma procesal se aplique incluso a procedimientos que ya están en trámite*”. Para el TSJ, la justificación radicaba en que “*el Estado extranjero tiene derecho a hacer uso de su inmunidad de jurisdicción desde que la ley está en vigor; al no haberse exceptuado a los procesos que hubieran sido iniciados con anterioridad*”.

⁴⁰ STSJ Madrid de 21 de julio de 2016, FJ 5º *in fine*.

⁴¹ STSJ Madrid núm. 248/2019 (JUR 2019\193651).

⁴² STSJ Madrid, Sala de lo Social, recurso de suplicación nº 80/2021.

⁴³ En este sentido se pronuncian las SSTS núm. 493/2022, de 31 de mayo y (RJ 2022\3364); y núm. 611/2022 de 5 julio (RJ 2022\3145).

siguientes serían casadas y anuladas por el Tribunal Supremo, mediante sus sentencias de 29 de abril de 2021 y de 10 de noviembre de 2022 respectivamente⁴⁴. En ambas asevera el Tribunal que la mera comunicación por el Estado extranjero de que el proceso menoscaba sus intereses de seguridad no basta por sí sola para colmar el requisito del artículo 10.2.d), pues ello exige que se señalen, identifiquen o mencionen los elementos objetivos en que se apoya la pretensión. Sobre este razonamiento, considera que la aplicación de la inmunidad de jurisdicción exige que haya de “*explicarse razonablemente, dada su naturaleza excepcional, de qué modo el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad del Estado*”⁴⁵.

35. En cuanto a la carga probatoria, estima el Alto Tribunal que corresponde a la autoridad extranjera la efectiva acreditación tanto del hecho de que el trabajador hubiera ocupado un puesto de trabajo que implicase el ejercicio de funciones de tal naturaleza que efectivamente hubiera tenido acceso a información sensible, como la circunstancia de que el objeto del proceso pudiera menoscabar los intereses de seguridad del Estado. Para colmar esta exigencia no basta con la mera alegación, sino que es preciso acreditar las concretas razones por las que el proceso judicial ante los órganos judiciales españoles puede poner en entredicho tales intereses, aportando unos mínimos elementos de juicio de los que se infiera que la actividad laboral del trabajador ha estado de alguna forma relacionada con el conocimiento de datos confidenciales afectantes a la seguridad del Estado extranjero que pudieren quedar expuestos como consecuencia del litigio. Y ello, claro está, en el bien entendido de que esta exigencia no implica que la autoridad extranjera está obligada a aportar pruebas que por sí solas puedan comprometer la confidencialidad de datos sensibles para su seguridad.

36. Vemos, por tanto, como el Tribunal Supremo ha corregido aquella deriva judicial que consagraba una interpretación más generosa de las excepciones recogidas en el artículo 10.2 LO 15/2016, y por ende, más laxa con el ejercicio de la inmunidad de jurisdicción en el ámbito del contrato de trabajo. Esta consideración ha sido radical y reiteradamente rechazada por el Tribunal Supremo cuando ha sido invocada como sentencia de contraste a través del recurso para la unificación de doctrina⁴⁶, pues la considera incompatible con la razonabilidad y proporcionalidad que deben caracterizar el alcance de la inmunidad de jurisdicción. Se consagra así la exigencia de motivación como requisito *sine qua non* para activar la inmunidad de jurisdicción y garantía de que sólo opera cuando está en juego una actividad que el Estado desarrolla *jure imperii*. La relevancia de este requisito es clave, pues para el Alto Tribunal, su incumplimiento supone una infracción del derecho a un proceso justo en su vertiente de derecho a acceder a los tribunales, de nuevo reflejando aquí su seguidismo respecto de la doctrina elaborada por el TEDH⁴⁷.

37. En consecuencia, la mera invocación -o «comunicación», en los términos utilizados por el artículo 10.2.d)- no resulta en absoluto suficiente para colmar la exigencia de una real y concreta afectación directa entre la celebración de un procedimiento laboral por despido o rescisión del contrato de trabajo y la puesta en riesgo de la seguridad nacional de un Estado extranjero. Este requerimiento

⁴⁴ SSTS núm. 456/2021 (RJ 2021\2421) y núm. 898/2022 (RJ 2022\5363).

⁴⁵ STS núm. 898/2022, de 10 de noviembre (RJ 2022\5363).

⁴⁶ SSTS núm. 949/2022, de 30 de noviembre (RJ 2022\5496); núm. 493/2022, de 31 de mayo (RJ 2022\3364); y núm. 611/2022 de 5 julio (RJ 2022\3145).

⁴⁷ STEDH de 8 noviembre 2016, *Naku vs. Lituania y Suecia*, JUR 2016\260636. En aplicación de la cual, la STS núm. 949/2022, al abordar el despido de un trabajador de la Embajada de la República Árabe de Egipto, que no basta con la circunstancia de que una actividad laboral esté directamente relacionada con intereses de seguridad (en el presente caso, cuestiones de Defensa), pues no toda actividad que se desempeñe en relación con la Defensa de un país se lleva a cabo en el ejercicio de su autoridad. De esta forma, considera que no ocasionan afectación ni riesgo para los intereses nacionales de seguridad del Estado extranjero actividades como traducir mensajes intercambiados con las Fuerzas Armadas españolas para organizar una visita a su Unidad Militar de Emergencias, o documentos sobre agradecimiento al Vicerrector de la Escuela Naval Egipcia, por la buena acogida dispensada a unos cadetes, supuestos invocados en el recurso. Con carácter general, el TS declaró que el tenor de la Nota Verbal constituía una mera alegación insuficiente, que en modo alguno indicaba de qué manera podía el proceso a la seguridad de la República Árabe de Egipto, ni señalaba los elementos objetivos en que se apoya su pretensión de inmunidad.

jurisprudencial constituye un plus respecto del régimen legislativo de la inmunidad, que en cierto modo viene a reiterar una postura tradicional en la doctrina judicial española, que considera que la inmunidad de los Estados extranjeros no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pero siempre y cuando la inmunidad pretendida no implique una extralimitación en relación a la causa que la justifica⁴⁸.

IV. Reflexión final: la meritoria y necesaria labor judicial para la protección del trabajador

38. En el sistema jurídico español existe un consenso absoluto en considerar que la actual interpretación de la figura de la inmunidad de jurisdicción nace con dos decisiones que emite en 1986 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y que podemos calificar ya de legendarias: las sentencias de 10 de febrero⁴⁹ y de 1 de diciembre⁵⁰. Esta doctrina sería posteriormente respaldada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 107/1992, de 1 de julio⁵¹. Accede así a nuestro entorno a la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, que desde entonces ha de sustentar el argumentario interpretativo utilizado por los tribunales españoles para delimitar el ámbito de actuación de la inmunidad de jurisdicción. De forma particular, este criterio ha resultado decisivo en el marco de los litigios sobre contrato de trabajo.

39. Se puede afirmar que nace entonces la concepción restringida de la inmunidad de jurisdicción, que en cierto modo trasluce la inveterada reticencia de la jurisprudencia española esta figura, y se deja sentir con especial intensidad en la jurisdicción social. Pero ello, desde la consideración de que la inmunidad de los Estados extranjeros no es en absoluto contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que no implique una extralimitación en relación a la causa que justifica tal inmunidad⁵². Se plantea así la delicada cuestión de los límites a la inmunidad, de forma que su ejercicio no resulte injustificadamente restringido, incurriendo en el incumplimiento de una obligación internacional con la consiguiente responsabilidad frente a otro Estado, al tiempo que resulte compatible con las exigencias elementales de tutela judicial efectiva derivadas del principio del Estado de Derecho⁵³.

40. Esta dificultad interpretativa se agrava en el caso de las relaciones derivadas del contrato de trabajo, pues a la inherente desigualdad que las caracteriza, donde el trabajador constituye la parte débil frente al empleador, se añade la circunstancia de que el empleador posea la prerrogativa de acogerse a la inmunidad de jurisdicción. En esta convicción puede enmarcarse la jurisprudencia acuñada en la jurisdicción social, que tradicionalmente ha mostrado una evidente tendencia a proteger al trabajador de la posición de superioridad de un empleador que, en su ejercicio de la inmunidad de jurisdicción corre el riesgo de incurrir en excesos -incluso, abusos- que, atribuyendo al trabajador funciones *iure imperii*, lo sitúan en una intolerable situación de desprotección. Una práctica de la que no cabe excluir al Estado español, y así se desprende de la frecuente inclusión de cláusulas de sumisión expresa a la jurisdicción de tribunales extranjeros en los contratos del personal laboral al servicio de la Administración española en el exterior. Como explica G. PALAO MORENO, este uso podría obedecer a la intención de la Administración española en invocar la inmunidad de jurisdicción, sin olvidar la incierta ejecución que una eventual sentencia extranjera tendría en nuestro país, debido a la ulterior ‘barrera’ que podría constituir la inmunidad de ejecución⁵⁴.

⁴⁸ SSTC núm. 107/1992, de 1 de julio (RTC 1992\107); núm. 292/1994, de 27 de octubre (RTC 1994\292) y núm. 18/1997, de 10 de febrero (RTC 1997\18).

⁴⁹ RJ 1986/727.

⁵⁰ RJ 1986/7231.

⁵¹ RTC 1992\107. Su contenido sería posteriormente reiterado en otras resoluciones constitucionales: SSTC núm. 292/1994, de 27 de octubre (RTC 1994\292); núm. 18/1997, de 10 de febrero (RTC 1997\18); y núm. 176/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001\176).

⁵² SSTC núm. 107/1992, de 1 de julio (RTC 1992\107), núm. 292/1994 de 27 de octubre (RTC 1994\292); y 18/1997, de 10 de febrero (RTC 1997\18). SSTS núm. 339/2018, de 22 de marzo (RJ 2018\1634); y núm. 456/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2421).

⁵³ STS núm. 456/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2421).

⁵⁴ ‘Luces y sombras en la aplicación práctica de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 al contrato indivi-

41. Durante mucho tiempo, esta tuitiva doctrina judicial se sustentó sobre una base jurídica eminentemente consuetudinaria y convencional, siendo escasas las normas estatales que hacían referencia a la figura de la inmunidad, que en todo caso carecía de una regulación completa de Derecho positivo. Esta situación cambia con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 16/2015, que, entre otros beneficiosos efectos, vino a colmar esta laguna. Igualmente, su objetivo de clarificar y limitar las situaciones en que puedan hacer uso de su inmunidad los Estados y demás personas de derecho público, otorgó una mayor previsibilidad y seguridad jurídica a las personas privadas que con las que puedan celebrar contratos.

42. Sin embargo, en algunos supuestos, la propia redacción de la norma llevaba ínsita una debilidad subyacente desde esta perspectiva de protección, palmaria en el supuesto del contrato de trabajo. Así, la sola lectura del tenor literal del artículo 10 de la LO 16/2015 suscitaba el temor de que su consecuencia práctica fuera convertir en mera excepción lo que debía ser la regla general: la inviabilidad de hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos españoles en los procesos relativos al contrato de trabajo entre un Estado extranjero y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España. Su excesiva ambigüedad y la falta de concreción de las condiciones en que podía excepcionarse dicha regla otorgan a los Estados un considerable amparo en materia laboral, permitiéndoles hurtar del orden jurisdiccional social el conocimiento los procesos sobre contratación, renovación, readmisión, despido o rescisión, como entendieron algunas decisiones judiciales.

43. Pero en la actualidad, a la vista de la doctrina consolidada por nuestros tribunales en este ámbito, podemos declarar conjurado ese riesgo interpretativo. Desde esta perspectiva, es de justicia reconocer la labor de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. No sólo por corregir doctrinas «erróneas», según sus propias palabras, sino también por acuñar una jurisprudencia que ha venido a completar, integrar y clarificar la mejorable regulación española en materia de inmunidad de jurisdicción y contrato individual de trabajo.

dual de trabajo (a propósito del personal laboral de organismos públicos españoles que presta sus servicios en el extranjero)”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Nº 1, 2000, p. 22.

El plazo de prescripción de las acciones por daños y perjuicios derivadas de incumplimientos del Derecho de la competencia tras la Sentencia Heureka, Comentario a la STJUE de 18 de abril de 2024, Heureka C 605/21 ECLI:EU:C:2024:324

Limitation Rules for Damages Actions arising from Infringements of Competition Law following the Heureka Judgment, Commentary on CJEU, 18 April 2024, Heureka C 605/21 ECLI:EU:C:2024:324

PROF. DR. CHRISTIAN KERSTING, LL.M. (YALE)
Chair of Civil Law, German and International Corporate, Business, and Competition Law at Heinrich Heine University Düsseldorf (HHU)

Recibido: 12.09.2024 / Aceptado: 30.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8958

Resumen: En una serie de sentencias, el TJUE ha desarrollado la jurisprudencia sobre los plazos de prescripción de las acciones por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. La sentencia *Heureka*, da un paso más, explicando no sólo la determinación de la ley aplicable en lo que respecta al ámbito de aplicación temporal de las normas sobre los plazos de prescripción sino también los requisitos del Derecho Originario. Éstos coinciden en gran medida con los requisitos de la Directiva sobre daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia. Por último, son de gran importancia las explicaciones sobre la adquisición del conocimiento a partir de la publicación del resumen de las decisiones de la Comisión en el Diario Oficial, que también permiten extraer conclusiones para acciones stand alone. También resulta evidente, que en particular el requisito del conocimiento del hecho de la conducta del demandado constituye una infracción está sujeto a condiciones más estrictas.

Palabras clave: Normas sobre el plazo de prescripción, aplicación privada, acciones de daños, Directiva de Daños Antitrust, follow on, stand alone, Heureka, Dies a quo, conocimiento, cárteles, Comisión Europea, Autoridades Nacionales de defensa de la competencia.

Abstract: In a series of judgments, the ECJ has developed the case law on limitation periods for competition law damages actions. The Heureka judgment further develops this judicature by not only explaining the determination of the applicable law *ratione temporis*, but in particular by spelling out the requirements of EU primary law. These largely coincide with the requirements of the Cartel Damages Directive. Finally, the statements regarding the acquisition of knowledge from the publication of the summary of the Commission's decisions in the Official Journal, which also allow conclusions to be drawn for stand-alone cases, are of great importance. It also becomes apparent that in particular the requirement of knowledge of the fact that the infringer's conduct constitutes an infringement must lead to strict requirements for the acquisition of knowledge.

Keywords: Limitation rules, private enforcement, actions for damages, Damages directive, follow on, stand alone, Heureka, Dies a quo, knowledge, cartels, European Commission, National Competition Authorities.

Sumario: I. Introducción. II. Aplicación temporal de la Directiva 2014/104: 1. Plazo de prescripción con arreglo a la legislación nacional hasta la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104. 2. Recurso a los requisitos del Derecho Originario una vez expirado el plazo de transposición de la Directiva 2014/104. 3. Evaluación global o individual. 4. ¿Efecto previo de la Directiva y de su transposición en Derecho Originario? III. Requisitos de Derecho Originario para el Derecho nacional: 1. Cese de la infracción. 2. Conocimiento por parte de la víctima: A) Momento en que se obtuvo el conocimiento. B) “Presunción” de conocimiento. C) Efectos de los requisitos más estrictos de la legislación alemana. D) Admisibilidad de la prescripción independiente del conocimiento. E) Conocimiento de la infracción: a) Requisito de hecho. b) Acciones *stand alone*. 3. Suspensión. IV. Importancia de las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia: 1. Conocimiento, aunque la decisión de la Comisión no sea firme. 2. Conocimiento de las decisiones de las autoridades nacionales de competencia. V. Conclusión.

I. Introducción¹

1. Las demandas por daños y perjuicios derivadas de ilícitos Antitrust conllevan un largo plazo de tramitación. A menudo, los hechos subyacentes a la demanda se produjeron muchos años antes de la propia demanda. Por ello, los demandados suelen oponer la excepción de prescripción². Esto amenaza con debilitar la aplicación efectiva del Derecho de la Competencia y socavar el derecho de todas las víctimas a una indemnización. Así pues, el TJUE se ha pronunciado sobre cuestiones de prescripción en toda una serie de asuntos, empezando por *el asunto Manfredi*³. En el reciente caso *Heureka*, el TJUE ha aclarado si el demandante Heureka, que afirma haber sido perjudicado por el comportamiento abusivo de Google entre febrero de 2013 y junio de 2017, había interpuesto su demanda de 26 de junio de 2020 a tiempo, antes de que expirara el plazo de prescripción (parcial)⁴.

2. La sentencia se inscribe en la serie de sentencias anteriores y continúa las líneas generales trazadas previamente por el TJUE:

- El plazo de prescripción no comienza antes de que finalice la infracción ni antes de que se tenga conocimiento de ella;
- Aplicación temporal de la Directiva si el plazo de prescripción aún no había expirado en el momento de la transposición;
- Adaptación del Derecho nacional anterior al Derecho Originario.

3. Estos aspectos se destacarán y analizarán en los siguientes apartados partiendo de la sentencia *Heureka*. Al mismo tiempo, sin embargo, también surgen nuevos aspectos que se analizarán con más detalle. En primer lugar, se trata la relevancia de las decisiones de la Comisión para la adquisición del conocimiento. En particular, en relación con el conocimiento del „hecho“ de que la conducta constituye una infracción del Derecho de la competencia exigido en el artículo 10.2 lit. a) Directiva 2014/104, habrá que considerar la necesidad de la existencia de una decisión. Se pondrá de manifiesto que el TJUE se mueve en la dirección de una interpretación estricta.

II. Aplicación temporal de la Directiva 2014/104

4. En *Heureka*, el TJUE en primer lugar determina el ámbito de aplicación temporal y el Derecho aplicable a la demanda. A este respecto, en la sentencia *Volvo* ya había declarado que „el artículo

¹ Traducción elaborada por Julia Suderow, artículo original publicado en *Wirtschaft und Wettbewerb* 2024, pp. 455-462.

² Cf. STJUE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465, apartado 26.

³ STJUE de 13 de julio de 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi y otros*, ECLI:EU:C:2006:461; STJUE de 28 de marzo de 2019, C-637/17, *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:263; STJUE de 21 de enero de 2021, C-308/19, *Whiteland Import Export*, ECLI:EU:C:2021:47; STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494.

⁴ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 43.

10 de la Directiva 2014/104 [...] debe interpretarse en el sentido de que constituye una disposición material conforme al artículo 22, apdo. 1 de dicha Directiva y que una acción de indemnización de daños y perjuicios que, aunque se refiera a una infracción del Derecho de la competencia que finalizó antes de la entrada en vigor de dicha Directiva está comprendida en su ámbito de aplicación temporal, cuando se ejercitó después de la entrada en vigor de las disposiciones de adaptación del Derecho interno a la Directiva, en la medida en que el plazo de prescripción aplicable a dicha acción en virtud de las antiguas disposiciones no había expirado antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva⁵. Por tanto, el TJUE examina „si, en el momento de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104, el 27 de diciembre de 2016, el *plazo de prescripción* aplicable hasta entonces [...] en virtud del Derecho nacional había expirado, lo que presupone la determinación de la fecha en la que comenzó a correr el plazo de prescripción con arreglo a dicho Derecho⁶.

5. Esto plantea una discrepancia con el Derecho alemán: aunque el artículo 187 (3) frase 2 de la Ley contra las restricciones de la libre competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, en adelante “GWB”) establece la aplicación del artículo 33h GWB como disposición de aplicación del artículo 10 de la Directiva 2014/104 a reclamaciones anteriores a la transposición de la Directiva, exige que estas aún no hubieran prescrito el 9 de junio de 2017. Esto conduce a un conflicto con la jurisprudencia del TJUE, que fija el plazo en el 27 de diciembre de 2016⁷. Por lo tanto, la fecha límite alemana posterior debe corregirse, que se basa en el retraso en la transposición de la Directiva en Alemania. En este sentido, sería apropiada una corrección del artículo 187 (3) GWB mediante un mayor desarrollo de la ley en línea con la Directiva⁸. Si esto no se sigue, los tribunales tendrían al menos que esforzarse por evitar un plazo de prescripción que se produzca entre el 27 de diciembre de 2016 y el 8 de junio de 2017, posiblemente siguiendo los criterios de interpretación conforme al Derecho Europeo.

6. Desde el punto de vista del TJUE, el factor decisivo para el ámbito de aplicación temporal de la Directiva 2014/104 es que el plazo de prescripción de las reclamaciones previamente fundamentadas seguía corriendo en el momento de la expiración del plazo de transposición de la Directiva, es decir, el 27 de diciembre de 2016. Esto se examinará con más detalle a continuación, en particular en relación con el Derecho nacional contrario al Derecho Originario.

1. Plazo de prescripción con arreglo a la legislación nacional hasta la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/104

7. Partiendo del ámbito de aplicación temporal de la Directiva indicado, procede, por tanto, determinar, con arreglo al Derecho nacional anterior aplicable, si las reclamaciones en cuestión ya habían prescrito el 27 de diciembre de 2016⁹. En el marco de este examen con arreglo al Derecho nacional anterior, debe señalarse, que el artículo 102 TFUE produce efectos directos y que deben observarse los principios de equivalencia y efectividad, lo que exige tener en cuenta las particularidades del Derecho de la competencia¹⁰. En otras palabras, el Derecho nacional también se mide con el Derecho Originario

⁵ STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartado 105.

⁶ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 50; Cf. STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartado 49.

⁷ A favor de la referencia del 27 de diciembre de 2016: J.U. FRANCK en U. IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, 7ª ed. 2024, artículo 33h GWB, párr. 5a f.; B. DUX WENZEL/M. VON BERG, *BB-Kommentar zu EuGH, Urteil vom 22.06.2022, C-267/20 Betriebs Berater 2022*, pp. 2129-2130; cf. A. PETRASINCU/F. SCHAPER *Intertemporale Anwendung des Kartelldeliktsrechts nach der 9. GWB-Novelle in Wirtschaft und Wettbewerb 2017*, pp. 306, 310; A.A. Hempel en *BeckOK-KartR*, 11ª ed. 2024, artículo 33h GWB párr. 55 f.; C. GRAVE, en *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 107ª ed., 2024, artículo 33h GWB párr. 65ª.

⁸ J.U. FRANCK en U. IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, 7ª ed. 2024, artículo 33h GWB, párr. 5b.

⁹ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 50 y ss.

¹⁰ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 51-53. Cf. STJUE de 28 de marzo de 2019, C-637/17, *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:263, apartados 38, 42-47; STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartados 50-53.

europeo¹¹. Si existe entonces una discrepancia que no puede eliminarse mediante una interpretación conforme con el Derecho de la UE, los elementos del Derecho nacional que son incompatibles con el Derecho Originario no se tienen en cuenta¹². A continuación, se utiliza un Derecho nacional „ajustado“ para examinar si las demandas en cuestión ya habían prescrito el 27 de diciembre de 2016.

8. Si en ese momento las demandas aún no habían prescrito, se abre el ámbito de aplicación temporal de la Directiva. De ello se deriva la obligación de interpretar la ley conforme a la Directiva y sus disposiciones. A este respecto, el TJUE subraya, en consonancia con la jurisprudencia consolidada, que no es necesaria una interpretación *contra legem*¹³. Esto significa que ya no es posible ignorar las normativas nacionales que no sean compatibles con el Derecho europeo y que no puedan hacerse compatibles mediante su interpretación. Mientras que el Derecho nacional puede ser „adaptado“ *contra legem*, esto no se aplica al Derecho de la Directiva inadecuadamente transpuesto (véase, sin embargo, más adelante II.2.).

2. Recurso a los requisitos del Derecho Originario una vez expirado el plazo de transposición de la Directiva 2014/104

9. En este sentido se plantea entonces la cuestión de si es posible recurrir al Derecho Originario incluso después de que haya expirado el plazo de transposición de la Directiva 2014/104. La respuesta debe ser afirmativa, ya que el Derecho Originario prevalece sobre el Derecho secundario¹⁴. Por lo tanto, si una disposición de la Directiva que se ajusta a los requisitos del Derecho Originario se ha transpuesto de forma inadecuada, el Derecho nacional (inadecuado) también puede corregirse dentro del ámbito temporal de aplicación de la Directiva „prescindiendo“ de los elementos incompatibles. Esto sólo puede descartarse si y en la medida en que la Directiva vaya más allá de los requisitos del Derecho Originario. Por supuesto, no debe pasarse por alto que hasta ahora el TJUE ha desarrollado tales requisitos del Derecho Originario que también se encuentran en la Directiva¹⁵. El TJUE ha asumido que el Derecho Originario se queda por detrás de las exigencias de la Directiva únicamente en lo que respecta al efecto suspensivo hasta que una decisión de la Comisión adquiera carácter definitivo. Mientras que el artículo 10 de la Directiva exige que la suspensión finalice, como muy pronto, un año después de que la decisión sobre la infracción sea definitiva, el Derecho Originario sólo exige la suspensión durante la investigación¹⁶.

3. Evaluación global o individual

10. Sin embargo, el planteamiento del TJUE no parece totalmente coherente en un aspecto. Por un lado, el TJUE subraya que las normas nacionales de prescripción deben considerarse en su conjunto¹⁷. Por otro lado, compara de forma selectiva aspectos individuales de la legislación nacional sobre la prescripción con los requisitos del Derecho de la UE y hace caso omiso de todos los aspectos que no cumplen los requisitos al aplicar el Derecho nacional en el contexto del examen de si las reclamaciones en virtud del Derecho nacional ya habían prescrito el 27 de diciembre de 2016. No se explica si la inobservancia de aspectos individuales del Derecho nacional conduce ya a la conformidad del Derecho nacional con el Derecho europeo considerado en su conjunto¹⁸. De hecho, puede deducirse que el TJUE

¹¹ STJUE de 21 de enero de 2021, C-308/19, *Whiteland Import Export*, ECLI:EU:C:2021:47, apartados 58, 63.

¹² STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 82.

¹³ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 92 y ss.; STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartado 76 y ss.

¹⁴ STJUE de 21 de enero de 2021, C-308/19, *Whiteland Import Export*, ECLI:EU:C:2021:47, apartado 58; W.H. ROTH en *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 107ª ed., 2024, Civil law consequences of Artículo 101 TFEU, apdo. 196.

¹⁵ Véase en detalle más abajo III.

¹⁶ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 79 y ss.

¹⁷ STJUE de 21 de enero de 2021, C-308/19, *Whiteland Import Export*, ECLI:EU:C:2021:47, apartados 49-52.

¹⁸ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 56 y ss., 64 y ss., y 81 y ss.

concede tanta importancia a todos los requisitos de las normas nacionales de prescripción derivados del Derecho Originario que cualquier desviación de los mismos conduce a una violación del mismo¹⁹. Esto no excluye la posibilidad de que las normativas que tienen un efecto especialmente favorable para las víctimas, como los plazos de prescripción especialmente largos, puedan tener un efecto compensatorio. Sin embargo, esto aún no se ha decidido.

4. ¿Efecto previo de la Directiva y de su transposición en Derecho Originario?

11. *Heureka* no retoma la línea argumental desarrollada en una sentencia anterior sobre la estimación de daños y perjuicios. En efecto, en la sentencia *Tráficos Manuel Ferrer*, el TJUE asume el efecto directo de una directiva que codifica requisitos de Derecho Originario. Tanto el reglamento de la directiva como sus disposiciones nacionales de transposición son retroactivamente aplicables, independientemente de su ámbito temporal de aplicación²⁰. Por tanto, en la medida en que el artículo 10 de la Directiva 2014/104 sólo codifica disposiciones de Derecho Originario, tanto el citado artículo 10 como las correspondientes disposiciones nacionales de transposición se aplicarían retroactivamente, con independencia de los artículos 21, 22 de la Directiva y de las disposiciones transitorias nacionales. En cambio, el TJUE llega a una conclusión más matizada en *Heureka*. Sin embargo, es poco probable que haya diferencias en la práctica debido al efecto directo de las disposiciones de Derecho Originario.

III. Requisitos de Derecho Originario para el Derecho nacional

12. Las observaciones del TJUE sobre los requisitos de Derecho Originario para el Derecho nacional se insertan en el examen del ámbito de aplicación temporal de la Directiva. Las deduce del artículo 102 del TFUE en conjunción con el principio de efectividad²¹. Por lo tanto, se aplican con independencia del ámbito de aplicación temporal de la Directiva (véase también supra II.). También es importante señalar que las afirmaciones no deben entenderse referidas específicamente al artículo 102 TFUE, sino que también deben aplicarse del mismo modo al artículo 101 TFUE en otros casos²².

1. Cese de la infracción

13. En primer lugar, el TJUE confirma su jurisprudencia de la sentencia *Volvo*, según la cual el cese de la infracción debe ser un requisito previo para el inicio del plazo de prescripción²³. En su razonamiento, el TJUE se refiere, en primer lugar, al necesario y complejo análisis de los hechos y contextos económicos y señala la asimetría de la información, las dificultades para aportar pruebas y la complejidad de cuantificar el daño, que vuelve a aumentar significativamente antes del cese de infracción²⁴. En segundo lugar, señala la importancia de la aplicación de la ley en general, que se ve dificultada si el plazo de prescripción expirara antes de que la Comisión o una autoridad nacional adopten una decisión.

¹⁹ W.H. ROTH en *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 107ª ed., 2024, Civil law consequences of Article 101 TFEU, apdo. 196.

²⁰ STJUE de 16 de febrero de 2023, C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, apartados 33, 35 y 61. Véase también W.H. ROTH en *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 107ª ed., 2024, Civil law consequences of Article 101 TFEU, apdo. 72; C. KERSTING, *Prozessuale Kostenerstattung und Voraussetzung der Schadensschätzung nach EuGH*, 16.02.2023 – C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer* en *Wirtschaft und Wettbewerb* 2023, pp. 189, 192.

²¹ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 51-53. Cf. STJUE de 28 de marzo de 2019, C-637/17, *Cogeco*, ECLI:EU:C:2019:263, apartados 38, 42-47; STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartados 50-53.

²² STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 52.

²³ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 56 y ss.; STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartados 56 y 61.

²⁴ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 56-60.

Además, cuando el plazo de prescripción comienza cuando finaliza la infracción se genera un efecto disuasorio y se evita falsos incentivos²⁵.

14. La jurisprudencia se ajusta a los requisitos del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2014/104. El razonamiento del TJUE tampoco indica una diferenciación entre los plazos de prescripción que dependen del conocimiento por parte de la víctima y los que son independientes del conocimiento. En ambos casos, las circunstancias mencionadas indican que el plazo de prescripción sólo puede empezar a correr una vez que la infracción ha finalizado. Por último, también encaja aquí el considerando 36 de la Directiva, que en su quinta frase considera posibles los plazos independientes del conocimiento (siempre que se observen los principios de efectividad y equivalencia), aunque en la cuarta frase antepone generalmente la condición del cese de la infracción.

15. El artículo 33h (2) n° 3, (3) n° 2 de la GWB tiene en cuenta estos requisitos. Por el contrario, la antigua ley alemana, es decir, el artículo 199 (1), (3) del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch “BGB”), no cumple con los requisitos de la ley europea. Según las explicaciones anteriores (véase supra II.1.), a la hora de determinar si las reclamaciones ya habían prescrito el 27 de diciembre de 2016, deben aplicarse las normas del Derecho anterior aplicables en ese momento, pero deben „descartarse“ los elementos incompatibles con el Derecho Originario de la UE. Si se examina más detenidamente, esto lleva al TJUE no solo a suprimir las disposiciones del Derecho nacional que son incompatibles con el Derecho Originario europeo, sino incluso a añadir la ausencia de disposiciones necesarias (inicio del plazo de prescripción solo tras la resolución). Esto coincide con el efecto previo de Derecho Originario de la Directiva asumido en *Tráficos Manuel Ferrer* (véase supra II.4.)²⁶.

16. Asimismo, cabe señalar que la consideración individual del inicio del plazo de prescripción con cada acaecimiento del daño no es inadmisibles con arreglo a la legislación europea. Sólo es admisible en combinación con otras normas que no exijan el cese de la infracción o el conocimiento para el inicio del plazo de prescripción y que tampoco prevean ninguna suspensión o interrupción de la expiración del plazo de prescripción durante una investigación de la Comisión²⁷.

2. Conocimiento por parte de la víctima

17. A continuación, el TJUE subraya, de nuevo siguiendo a *Volvo*, que la segunda condición para que se inicie el plazo de prescripción es que la parte perjudicada haya tenido conocimiento de la información esencial para ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios. Esto incluye la existencia de una infracción, la existencia de un daño, el nexo causal entre la infracción y el daño y la identidad del infractor²⁸.

A) Momento en que se obtuvo el conocimiento

18. La sentencia *Heureka* proporciona una pauta a seguir, aunque corresponda al órgano jurisdiccional nacional determinar el momento en que se adquiere el conocimiento²⁹. Por regla general, la fecha coincide con la publicación del resumen de la correspondiente decisión de la Comisión en el Diario Oficial de la UE. Esto se fundamenta no sólo en el hecho de que dicha publicación en todas las lenguas

²⁵ *Ibidem*, apartados 61 y ss.

²⁶ Véase únicamente Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) de 23 de septiembre de 2020, KZR 35/19, Lkw I, apdo. 73, en *Wirtschaft und Wettbewerb* 2021, p. 109.

²⁷ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 94.

²⁸ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 64 y ss.; STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartado 60.

²⁹ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 66.

oficiales da a las personas físicas y jurídicas la oportunidad de conocer un resumen de los hechos, sino también en la seguridad jurídica, ya que esto significa que el inicio del plazo de prescripción es seguro para los cartelistas y las partes perjudicadas una vez que la infracción ha finalizado³⁰. No obstante, no puede descartarse que el conocimiento se obtenga antes, pero ello debe ser probado por el demandado³¹. Estas afirmaciones también están en consonancia con los requisitos de la Directiva 2014/104, en particular el artículo 10, apdo. 2 de la Directiva 2014/104. Esto significa que el TJUE también encuentra los requisitos del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2014/104 en el Derecho Originario, de modo que ya se aplican antes del ámbito de aplicación temporal de la Directiva 2014/104³². Al mismo tiempo, esto significa que la „pauta“ del TJUE no sólo es importante para la interpretación del Derecho Originario, sino también para la interpretación del artículo 10 Directiva 2014/104.

B) “Presunción” de conocimiento

19. En general, el TJUE parece establecer así una especie de „presunción“ de conocimiento. Desde el momento en que el resumen de la decisión de la Comisión se publica en el Diario Oficial, se presume que la parte perjudicada tiene conocimiento. El TJUE evita establecer una regla fija, pero deja margen para excepciones³³. Por tanto, es posible una „refutación“ por parte de la parte perjudicada, aunque sólo debería considerarse en casos atípicos. Sin embargo, antes de que se publique el sumario, el conocimiento debe ser probado por el demandado³⁴.

20. El TJUE no utiliza el término „presunción“, sino que sólo proporciona una „pauta“ („clarifications“, „précisions“) para determinar si existe conocimiento o no³⁵. Es difícil traducir esta „pauta“ en categorías del derecho procesal alemán. Si se aborda esta cuestión paso a paso, habrá que reconocer de entrada que no se trata de una presunción que deba refutarse mediante prueba en contrario con arreglo al artículo 292 de la Ley de enjuiciamiento civil alemana (Zivilprozessordnung “ZPO”). Dicha prueba de un hecho negativo („falta de conocimiento“) tampoco tendría que ser aportada por el demandante, lo que daría lugar a una presunción irrefutable. Esto no es lo que pretende el TJUE, que sólo habla para el caso general y, por tanto, no excluye excepciones³⁶.

21. Otra opción es tratar la „pauta“ como prueba *prima facie* o presunción real. En el caso de la prueba *prima facie*, los hechos probados junto con las máximas de la experiencia ya permiten llegar a la conclusión sobre el hecho que debe probarse, mientras que, en el caso de la presunción real, la experiencia es sólo un indicio, aunque fuerte, en el contexto de una valoración libre y completa de las pruebas³⁷. La parte contraria debe rebatir la presunción real, bien impugnando los hechos en los que se basa la presunción real, bien presentando y probando circunstancias que, excepcionalmente, hagan parecer seriamente posible un curso diferente de los acontecimientos³⁸. En el caso de la presunción fáctica, sin embargo, la parte obligada a aportar pruebas no ha aportado aún la prueba necesaria, sino que se ha limitado a presentar indicios sólidos, que deben ser reconocidos por el tribunal en el marco de la libre

³⁰ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 56 y ss.; STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartados 67-69.

³¹ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 70 y ss. y 83.

³² *Ibidem*, apartados 66 y ss.

³³ *Ibidem*, apartado 67 (“por regla general”) y apartados 62 y 78 (“en general”).

³⁴ *Ibidem*, apartado 71.

³⁵ *Ibidem*, apartado 66.

³⁶ *Ibidem*, apartado 67 (“por regla general”) y apartados 62 y 78 (“en general”).

³⁷ Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) de 11 de diciembre de 2018, KZR 26/17, Schienenkartell I, apdos. 50, 55 y ss., y 58, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2019, 91; véase C. KERSTING, *Anscheinsbeweis im Recht des Kartellschadensersatzes in Wirtschaft und Wettbewerb* 2019, pp. 173, 176.

³⁸ Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) de 11 de diciembre de 2018, KZR 26/17, Schienenkartell I, apdo. 50; cf. C. KERSTING, *Anscheinsbeweis im Recht des Kartellschadensersatzes in Wirtschaft und Wettbewerb* 2019, pp. 173, 176.

valoración de la prueba, que también debe tener en cuenta las pruebas en contrario presentadas por la otra parte³⁹.

22. Por supuesto, el TJUE no clasifica sus consideraciones sobre la base del derecho procesal alemán. Por tanto, la cuestión no es si el TJUE quería establecer una prueba *prima facie* o una presunción fáctica, sino cuál de estos institutos refleja mejor las exigencias del TJUE, su „pauta“. El punto de partida es el principio de experiencia adoptado por el TJUE, según el cual la publicación del resumen de la decisión en el Diario Oficial de la UE constituye conocimiento⁴⁰. Si esto se lee junto con la declaración del TJUE, que vincula la posibilidad de obtener conocimiento, que viene dada por la publicación, con la seguridad jurídica, ya no queda lugar para una valoración global del caso concreto. Esto habla a favor de encuadrar la „pauta“ en el sentido de prueba *prima facie*. Por supuesto, el artículo 10 de la Directiva 2014/104 sólo establece normas mínimas, de modo que el Derecho nacional también podría apartarse de ellas para favorecer a la parte perjudicada⁴¹.

23. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta lo siguiente: la „pauta“ del TJUE funciona en ambas direcciones. A partir de la publicación, el conocimiento debe presuponerse en general (según el TJUE en *Heureka*), pero no antes de la publicación (según el TJUE en *Volvo*)⁴². De acuerdo con lo anterior, la publicación establece una prueba *prima facie* del conocimiento. A falta de publicación, el autor del daño soporta toda la carga de la prueba de la existencia de conocimiento. El tribunal no debe asumir prematuramente que la prueba ha quedado establecida⁴³. En particular, debe tener en cuenta que el conocimiento suele coincidir con la publicación del resumen de la decisión y que no puede esperarse razonablemente que el conocimiento se obtenga a través de un comunicado de prensa⁴⁴. Demostrar el conocimiento previo por parte del infractor es especialmente difícil si se tiene en cuenta que el conocimiento debe extenderse al hecho de que la conducta del infractor constituye una infracción del Derecho de la competencia (véase más adelante III.2.E)).

C) Efectos de los requisitos más estrictos de la legislación alemana

24. Por último, en el caso del Derecho alemán cabe señalar que los requisitos de conocimiento son más estrictos⁴⁵. Mientras que el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2014/104 exige el conocimiento o el conocimiento razonablemente previsible, y el TJUE lo recoge en *Heureka*, el artículo 33h, apartado 2, n° 2, de la GWB exige el conocimiento o la ignorancia por negligencia grave (o lo exigía el artículo 199, apartado 1, n° 2, del BGB)⁴⁶. A partir de esto, se pueden desarrollar argumentos a favor de un tratamiento más estricto en la legislación alemana. Por ejemplo, se podría argumentar que, tras la publicación del resumen de la decisión, en general se puede suponer que cabe esperar razonablemente un conocimiento, pero esto no significa que también se pueda suponer una negligencia grave. En ese caso, el demandado aún tendría que demostrar que también se ha superado el límite de la negligencia

³⁹ Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) de 11 de diciembre de 2018, KZR 26/17, Schienenkartell I, apdos 56-58; Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) sentencia de 28 de enero de 2020, KZR 24/17, Schienenkartell II, apdos. 40 y ss., *Wirtschaft und Wettbewerb* 2020, 202; véase C. KERSTING, *Anscheinsbeweis im Recht des Kartellschadensersatzes in Wirtschaft und Wettbewerb* 2019, pp. 173, 176.

⁴⁰ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 68 y ss.

⁴¹ H. OLLERDISSEN en C. KERSTING/R. PODSZUN, *Die 9. GWB-Novelle*, capítulo 11 párr. 27; P. POHLMANN *Verjährung nach der EU-Richtlinie 2014/104 zum Kartellschadensersatz in Wettbewerb in Recht und Praxis* 2015, pp. 546, 550 párr. 30.

⁴² STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartado 71; STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 66 y ss.

⁴³ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 67.

⁴⁴ Según los comentarios generales sobre las diferencias entre un comunicado de prensa y la publicación de una decisión TJUE, STJUE de 22 de junio de 2022, C-267/20, *Volvo*, ECLI:EU:C:2022:494, apartados 66-71.

⁴⁵ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 55, 66, 78, 81, 83, 89 y 94.

⁴⁶ H. OLLERDISSEN en C. KERSTING/R. PODSZUN, *Die 9. GWB-Novelle*, capítulo 11 párr. 27; P. POHLMANN, *Verjährung nach der EU-Richtlinie 2014/104 zum Kartellschadensersatz in Wettbewerb in Recht und Praxis* 2015, pp. 546, 550 párr. 30.

grave. Además, también se aplica otro argumento: si sólo la publicación conduce a un conocimiento razonablemente esperado, entonces, sin la publicación, el conocimiento no sólo no es razonablemente esperado, sino que no se puede suponer negligencia grave.

D) Admisibilidad de la prescripción independiente del conocimiento

25. Por último, cabe señalar que esto también plantea la cuestión de si los plazos de prescripción independientes del conocimiento pueden ser admisibles⁴⁷. A la vista del considerando 36 de la Directiva 2014/104, en principio éstos no pueden considerarse inadmisibles, aunque el considerando 36 exige el cumplimiento de los principios de efectividad y equivalencia y garantiza así la compatibilidad con el Derecho Originario. En este contexto, en cualquier caso, será necesario exigir que el plazo de prescripción de 10 años (véase el artículo 33h (3) GWB y, en particular, el artículo 199 (3) n° 1 BGB para los casos antiguos), que es independiente del conocimiento, no empiece a correr antes de que finalice la infracción⁴⁸. Por lo demás, en otros casos se ha exigido un plazo más largo de 12 años en virtud del principio de equivalencia y de 15 años por razones de política jurídica, comenzando en cada caso con el cese de la infracción⁴⁹. El plazo de prescripción de treinta años del artículo 33h (4) GWB, que comienza con la infracción, parece aceptable con arreglo a la legislación europea⁵⁰.

E) Conocimiento de la infracción

26. También es importante que el TJUE haga hincapié en la necesidad de tener conocimiento de que la conducta en cuestión constituye una infracción de las normas de competencia⁵¹. Ello requiere una correcta valoración jurídica de los hechos, que lleve a asumir la existencia de una infracción. Aunque esto se corresponde con el artículo 10 párr. 2 lit. a) Directiva 2014/104 y el artículo 33h párr. 2 núm. 2 lit. a) GWB, va más allá del Derecho alemán anterior⁵². Esto significa que la ausencia de este requisito de conocimiento más estricto no debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar el Derecho anterior a la

⁴⁷ En sentido negativo: E. WAGNER, *EuGH beerdigt die kenntnisunabhängige Verjährung von Kartellschadensersatzansprüchen*, en *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2022, pp. 628, 629 y ss.; H. HOCH/A. LESINSKA-ADAMSON, *Geht's noch? Verjährung von Kartellschäden nach der EuGH-Entscheidung Volvo-DAV*, en *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2022, pp. 574,-577; L. SCHÄFER/T. STIRNER, *Ist die kenntnisunabhängige Verjährung in Kartellschadensersatzverfahren bald Geschichte?* *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2023, pp. 833, 838 (sólo para el artículo 199 BGB). Sin embargo, J.U. FRANCK en U. IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, 7ª ed. 2024, Sección 33h GWB, párr. 5b, 28; C. KERSTING/N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensrichtlinie*, 2015, para. 96 y ss.; A.C. RICHTER/A. ZORN, *EuGH stärkt Kartellgeschädigte: Verjährungsauslösende Kenntnis erst mit Veröffentlichung der Bußgeldentscheidung*, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2022, pp. 513-515; W.H. ROTH dudoso en *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 107ª ed., 2024, *Civil law consequences of article 101 TFEU*, apdo. 203. Generalmente a favor de la admisibilidad: H. HOWALDT/C. KLÖPPNER, *Das Ende der Pressemitteilung? - Verjährung vor dem Hintergrund der aktuellen EuGH-Rechtsprechung* en *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2023, pp. 84, 86 y ss.

⁴⁸ A.C. RICHTER/A. ZORN, *EuGH stärkt Kartellgeschädigte: Verjährungsauslösende Kenntnis erst mit Veröffentlichung der Bußgeldentscheidung* en *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2022, pp. 513- 515; W.H. ROTH en *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 107ª ed., 2024, *Civil law consequences of Article 101 TFEU*, apdo. 203; E. WAGNER, *EuGH beerdigt die kenntnisunabhängige Verjährung von Kartellschadensersatzansprüchen*, en *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2022, pp. 628- 630 y ss.; L. SCHÄFER/T. STIRNER, *Ist die kenntnisunabhängige Verjährung in Kartellschadensersatzverfahren bald Geschichte?* En *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2023, 833, 838; cf. H. HOCH/A. LESINSKA-ADAMSON, *Geht's noch? Verjährung von Kartellschäden nach der EuGH-Entscheidung Volvo-DAV*, en *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2022, pp. 574-577; H. HOWALDT/C. KLÖPPNER, *Das Ende der Pressemitteilung? - Verjährung vor dem Hintergrund der aktuellen EuGH-Rechtsprechung* en *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* 2023, pp. 84-86 y ss.; cf. A.A. Hempel en *BeckOK-KartR*, 11ª ed. 2024, *Artículo 33h GWB* párr. 27.2.

⁴⁹ C. KERSTING, en: B. RODGER/M.S. FERRO/F. MARCOS, *The EU Antitrust Damages Directive*, 2018, p. 124, 146 y ss.; C. KERSTING, *Kartellschadensersatzrecht nach der 9. GWB-Novelle* en *Versicherungs Recht* 2017, pp. 581- 594; C. KERSTING/N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensrichtlinie*, 2015, para. 96 y ss.

⁵⁰ C. KERSTING/N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensrichtlinie*, 2015, párr. 98 y ss.; P. POHLMANN en *WRP* 2015, 546, 548, párr. 16 y ss.

⁵¹ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 64, 78, 81, 89 y 94.

⁵² Véase únicamente Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) de 22 de julio de 2014, KZR 13/13, *Stromnetznutzungsentgelt VII*, apartado 23, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2014, p. 992. Véase C. KERSTING, *VersR* 2017, 581, 594.

Directiva o que éste debe interpretarse de conformidad con el Derecho europeo. La Abogado General *Kokott* subraya en sus conclusiones que incluso la jurisprudencia consolidada debe modificarse si así lo exige la interpretación conforme con el Derecho europeo⁵³.

a) Requisito de hecho

27. La traducción alemana de la sentencia del TJUE contiene una inexactitud notable⁵⁴. Mientras que la versión francesa y la traducción inglesa exigen „*connaissance du fait que le comportement concerné constitue une infraction aux règles de la concurrence*“ o „*knowledge of the fact that the behaviour concerned constituted an infringement of the competition rules*“, la traducción alemana habla de „*Kenntnis davon erlangt haben muss, dass das betreffende Verhalten eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln darstellt*“. En la versión alemana falta el „requisito fáctico“. Se trata de la misma inexactitud que se produjo al transponer el artículo 10, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/104 al artículo 33h, apartado 2, nº 2, letra a) GWB. Esta inexactitud no es en absoluto trivial o insignificante. Del requisito fáctico se deduce que no basta una apreciación jurídica como mera opinión, sino que el perjudicado debe saber „realmente“ que se ha producido una infracción. Esto sólo sería un hecho una vez que la infracción se haya establecido jurídicamente de forma vinculante. A falta de resolución, el conocimiento del „hecho de la infracción“ sólo se asumiría una vez que el autor del daño hubiera admitido la infracción. Incluso si no se quisiera ir tan lejos, habría que aplicar normas extremadamente estrictas al requisito del conocimiento⁵⁵.

28. En la sentencia *Heureka*, el TJUE no sólo menciona el requisito fáctico en los puntos decisivos, sino que también establece un vínculo claro con la decisión de la Comisión⁵⁶: el momento del conocimiento „*generalmente coincide con la fecha de publicación en el Diario Oficial del resumen de la decisión de la Comisión en cuestión*“ (apartado 67), esta publicación „*permite generalmente establecer la existencia de una infracción*“ (apartado 78), es „*generalmente [...] difícil probar una infracción del artículo 101, apartado 1, o del artículo 102 TFUE en ausencia de una decisión de la Comisión o de una autoridad nacional*“ (apartado 62). Es precisamente el razonamiento del TJUE sobre el efecto vinculante de las decisiones de la Comisión que no son definitivas (véase también más adelante IV⁵⁷), queda claro que el TJUE vincula la posibilidad de conocimiento de los hechos al efecto vinculante de la decisión.

29. De ello no puede deducirse que el TJUE sólo quiera asumir el conocimiento fáctico requerido en presencia de una decisión de la Comisión. En cualquier caso, una decisión de una autoridad nacional de competencia también sería suficiente, al menos en la medida en que es vinculante y ya no es impugnabile (véase más adelante IV.2.).

b) Acciones *stand alone*

30. El tratamiento de esta cuestión en los casos *stand alone* resulta aún más difícil⁵⁸. Dado que el TJUE sólo establece principios que no pretenden tener una fuerza normativa concluyente, no será posible

⁵³ G.A. KOKOTT, Dictamen de 21 de septiembre de 2023, C-605/21, *Heureka/Google*, ECLI:EU:C:2023:695, apdo. 81, con referencia al TJUE, sentencia de 3 de junio de 2021, C-726/19, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, ECLI:EU:C:2021:439, apdo. 86.

⁵⁴ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 81, 89 y 94.

⁵⁵ C. KERSTING, en: B. RODGER/M.S. FERRO/F. MARCOS, *The EU Antitrust Damages Directive*, 2018, p. 124, 146 y ss.; C. KERSTING, *Kartellschadensersatzrecht nach der 9. GWB-Novelle in Versicherungs Recht* 2017, pp. 581- 594; C. KERSTING/N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensrichtlinie*, 2015, para. 96 y ss.

⁵⁶ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 81, 89 y 94.

⁵⁷ *Ibidem*, apartados 73 y ss. y 77.

⁵⁸ *Ibidem*, apartado 67 (“por regla general”) y apartados 62 y 78 (“en general”).

deducir de la decisión que el plazo de prescripción no puede empezar a correr en absoluto en las acciones *stand alone*. A este respecto, la Abogado General *Kokott* propone diferenciaciones que equivalen a una norma estricta, pero posiblemente distinta para las acciones *follow on*. Mientras que, por un lado, no puede exigirse que la calificación jurídica sea indubitada, por otro, no puede bastar con que exista una mera sospecha. Lo que se requiere es „un conjunto de indicios precisos y coherentes [...] sobre cuya base pueda presumirse que una parte diligente no podía razonablemente dejar de darse cuenta de que los hechos de los que tenía o podía haber tenido conocimiento equivalían a una infracción del Derecho de la competencia“⁵⁹.

31. Sin embargo, es correcto afirmar que las declaraciones del TJUE sobre los casos de *follow-on* deben basarse efectivamente en la comparación: si, en los casos de *follow-on*, el conocimiento coincide generalmente con la publicación del resumen de la decisión en el Diario Oficial, las circunstancias a favor del conocimiento en las acciones *stand-alone* deben tener un peso similar. Esto se deduce del hecho de que, antes de la decisión, cada situación de seguimiento era una situación independiente que sólo se convirtió en una situación de seguimiento con la decisión. Esto pone de manifiesto un dilema: Si, por regla general, no puede presumirse que se tenga conocimiento fáctico de la existencia del delito antes de la decisión, esto debe aplicarse con independencia de que posteriormente se adopte o no una decisión. Según *Heureka*, si se adopta una decisión con posterioridad, por lo general el conocimiento sólo existe cuando se adopta la decisión. Si no se toma una decisión, lo que en última instancia no puede saberse con certeza porque esto sólo se decidirá en el futuro, la situación permanece en el periodo anterior a la decisión, por lo que generalmente no puede suponerse el conocimiento. No pueden desarrollarse otras normas para una situación sin decisión porque una situación sin decisión no puede distinguirse de la situación anterior a la decisión.

32. En última instancia, para los casos aislados, esto plantea la cuestión de en qué situaciones - al margen de la norma establecida por el TJUE en *Heureka* - puede presumirse el conocimiento de que el comportamiento constituye una infracción del Derecho de la competencia. No hay más indicaciones sobre esta cuestión. El conocimiento de los hechos puede presumirse si se ha admitido la infracción. También puede existir si - como en el caso *Rundholz* - hubo originalmente una decisión que sólo fue anulada por razones formales y luego no se volvió a dictar⁶⁰. Sin embargo, el curso posterior del asunto *Rundholz* muestra que los demandantes pueden encontrar dificultades para probar la infracción, por lo que es muy posible que se niegue el conocimiento⁶¹. Además, puede existir conocimiento si los perjudicados pueden basarse en decisiones firmes, pero no vinculantes de autoridades de competencia de terceros países. Lo mismo ocurrirá si la infracción se ha establecido en (otros) procedimientos judiciales civiles. El recurso a decisiones no vinculantes no es incompatible con el hecho de que el TJUE haya basado su decisión precisamente en el efecto vinculante para presumir el conocimiento. Al referirse a la publicación del resumen de una decisión vinculante, el TJUE se preocupa precisamente del aspecto de la seguridad jurídica⁶². Esto significa que, si existe tal decisión, se aplica la prueba *prima facie* de conocimiento, que la parte perjudicada tendría que rebatir (véase más arriba III.2.B)). Sin embargo, en ausencia de una resolución vinculante, esto no se aplica y la carga de la prueba sigue recayendo en el demandado, que también puede basarse en resoluciones no vinculantes a la hora de aportar pruebas. Para poder presumir que la parte perjudicada es consciente del hecho de que la conducta constituye una infracción, será necesario en todo caso exigir que la parte perjudicada conozca todas las circunstancias

⁵⁹ G.A. KOKOTT, Dictamen de 21 de septiembre de 2023, C-605/21, *Heureka/Google*, ECLI:EU:C:2023:695, apdo. 129. Véase W.H. ROTH en *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 107ª ed., 2024, Civil law consequences of Artículo 101 TFEU, apdo. 196.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) de 12 de junio de 2018, KVR 38/17, *Holzvermarktung Baden-Württemberg, Wirtschaft und Wettbewerb* 2018, 468; Resolución del Tribunal Regional de Düsseldorf de 15 de marzo de 2017, VI-Kart 10/15 (V), *Rundholzvermarktung, BeckRS* 2017, 108489 = *WuW* 2017, 338; Resolución del Tribunal Regional de Dortmund de 8 de junio de 2022, *Holzerwerb*, nota marginal 5, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2022, 516.

⁶¹ Resolución del Tribunal Regional de Dortmund de 8 de junio de 2022, nota marginal 5 y ss.

⁶² STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartado 69.

de hecho pertinentes y que la situación jurídica a este respecto sea clara⁶³. Además, habrá que tener en cuenta que no existe la posibilidad de publicación oficial, por lo que, aunque se den estas circunstancias, habrá que examinar detalladamente el conocimiento del perjudicado. En última instancia, esto también puede coincidir con la fórmula desarrollada por *Kokott*⁶⁴.

3. Suspensión

33. Con el cese de la infracción y el conocimiento, el TJUE menciona dos requisitos legales primordiales para el inicio del plazo de prescripción en el Derecho nacional⁶⁵. Sin embargo, discute la cuestión de la suspensión como un requisito más, que finalmente afirma⁶⁶. Una suspensión o interrupción del plazo de prescripción durante una investigación de la Comisión es en principio necesaria para que las partes perjudicadas puedan evaluar al final de la investigación si se ha cometido una infracción, puedan tener conocimiento de su alcance y duración y puedan basarse en la constatación en una acción posterior por daños y perjuicios⁶⁷. Al utilizar el término „en principio“, el TJUE hace abstracción del asunto resuelto y formula una declaración de principios. Además, esta declaración del TJUE debería hacerse extensiva a las investigaciones de las autoridades nacionales de competencia. No hay razones aparentes para un tratamiento diferente.

34. A este respecto, el TJUE también considera que la disposición de la Directiva 2014/104, en este caso el apartado 4 del artículo 10, que hace la misma afirmación, pertenece al Derecho Originario. Únicamente en lo que respecta a la duración del efecto suspensivo, el Derecho Originario va por detrás del Derecho derivado. Mientras que el apartado 4 del artículo 10 de la Directiva permite que la suspensión finalice „como muy pronto un año después de que la decisión sobre la infracción sea firme o de que el procedimiento haya concluido de otro modo“, el Derecho Originario no exige „que el plazo de prescripción permanezca suspendido hasta que la decisión de la Comisión sea firme“⁶⁸. Desde la perspectiva del Derecho alemán, tanto el artículo 33 (5) GWB (versión antigua) como el artículo 33h (6) GWB cumplen estos requisitos.

IV. Importancia de las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia

35. La actividad de las autoridades de competencia son de gran importancia para la aplicación del derecho privado. De conformidad con el Artículo 9 (1) de la Directiva 2014/104, las decisiones finales de las autoridades nacionales de competencia son vinculantes para los tribunales civiles. Si se han dictado en otro Estado miembro, constituyen una prueba prima facie, al menos de conformidad con el artículo 9 (2) del GWB. El artículo 33b de la Directiva 2014/104 incluso va más allá y declara vinculantes las resoluciones definitivas de las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros. Según el artículo 16 del Reglamento 1/2003, las decisiones de la Comisión de la UE que no sean definitivas también son vinculantes, lo que el TJCE confirma en *Heureka* y contrasta con el artículo 9 de la Directiva 2014/104⁶⁹.

⁶³ Cf. W.H. ROTH en Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 107^a ed., 2024, Civil law consequences of Article 101 TFEU, apdo. 201 (sobre el artículo 10 de la Directiva 2014/104: no hay duda razonable sobre la ilegalidad de la prohibición).

⁶⁴ G.A. KOKOTT, Opinión de 21 de septiembre de 2023, C-605/21, *Heureka/Google*, ECLI:EU:C:2023:695, apdo. 129. Véase W.H. ROTH en Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 107^a ed., 2024, Civil law consequences of Article 101 TFEU, apdo. 196.

⁶⁵ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 56 y ss., y 64 y ss.

⁶⁶ *Ibidem*, apartados 79 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 79.

⁶⁸ *Ibidem*, apartado 80.

⁶⁹ *Ibidem*, apartados 73 y ss.

1. Conocimiento, aunque la decisión de la Comisión no sea firme

36. Sin embargo, es crucial que el TJUE haga de la adopción de una decisión el momento crucial para el inicio del plazo de prescripción. En principio, el conocimiento suficiente no puede presumirse antes de una decisión, pero sí después de la publicación del resumen de la decisión en el Diario Oficial (véase III.2.). En este contexto, analiza a continuación si también puede presumirse un conocimiento suficiente si la decisión de la Comisión aún no es firme⁷⁰. Responde afirmativamente, refiriéndose al efecto vinculante de la decisión, que permite a la parte perjudicada basarse en las conclusiones de la decisión⁷¹.

37. Sin embargo, si se examina más detenidamente, esta justificación no resulta convincente: se trata del conocimiento de circunstancias jurídicas. La parte perjudicada puede tener este conocimiento mientras la decisión de la Comisión, que aún no es definitiva, esté en el mundo. Sin embargo, no se trata del conocimiento del hecho de que la conducta constituye una infracción. Es sólo conocimiento del hecho de que se ha establecido provisionalmente (¡!) que así es. Esto no es suficiente ni según la interpretación del TJUE del Derecho Originario ni según la redacción del artículo 10 apartado 2 lit. a) Directiva 2014/104. En ambos casos, el propio TJUE refiere el conocimiento de los hechos al conocimiento de que la conducta constituye una infracción (véase supra III.2.E)a)). Sin embargo, desde un punto de vista general, esto no perjudica al posible demandante: incluso si se asume el conocimiento con la publicación del resumen de la decisión en el Diario Oficial, de modo que, aunque el plazo de prescripción comienza a correr, el plazo de prescripción se suspende en cualquier caso. Una decisión que aún no es firme no es concebible sin un procedimiento de la autoridad de competencia, que da lugar a una suspensión de conformidad con el Artículo 10 (4) Directiva 2014/104, artículo 33h (6) GWB. Esta suspensión finaliza como muy pronto un año después de que la decisión de infracción sea firme. Por tanto, las partes perjudicadas no sufren ninguna desventaja; pueden esperar a que la decisión sea firme.

38. Sin embargo, la situación puede ser diferente en lo que respecta a la situación fuera del ámbito temporal de aplicación de la Directiva 2014/104. Según el TJUE, una suspensión o interrupción durante una investigación de la Comisión es, en principio, necesaria en virtud del Derecho Originario. Sin embargo, no es necesario que la suspensión continúe hasta que la decisión sea definitiva⁷². En tales casos, el plazo de prescripción ya empezaría a contar desde la publicación de la decisión de la Comisión, sin que fuera necesaria ninguna suspensión. Por lo tanto, los perjudicados podrían verse obligados a emprender acciones legales sobre la base de una decisión que aún no es firme. En el asunto *Scania*, por ejemplo, transcurrieron aproximadamente seis años y medio entre la decisión de la Comisión y la sentencia definitiva del TJUE⁷³. Este riesgo no existe en el Derecho alemán a la vista del artículo 33 (5) GWB (versión anterior) y del artículo 33h (6) GWB.

2. Conocimiento de las decisiones de las autoridades nacionales de competencia

39. Si no hay una decisión de la Comisión Europea, sino una decisión de una autoridad nacional de competencia o de un tribunal que actúe como tal, la situación es diferente. Si se toma en serio el razo-

⁷⁰ *Ibidem*, apartados 72 y ss.

⁷¹ *Ibidem*, apartados 73 y ss. y 77. Su delimitación en el apartado 75 STJUE de 6 de octubre de 2021, C-882/19, *Sumal*, ECLI:EU:C:2021:800, apartado 42, es superflua. En *Sumal*, la cuestión era si una parte de la unidad económica es responsable de la unidad económica. Para responder afirmativamente, debe demostrarse la responsabilidad de la unidad económica. Dado que se trata de la condena en firme de otra parte de la unidad económica no implicada en la conducta en sí, es imperativo poder basarse en una resolución firme o establecerla de forma independiente. El caso en *Heureka* es completamente diferente. Se refiere al conocimiento por la parte perjudicada de circunstancias que le permiten ejercitar una acción por daños y perjuicios. Sin embargo, esto también puede existir independientemente de una decisión. No era necesario señalar en el apartado 75 del asunto *Heureka* que las consideraciones del asunto *Sumal* sólo se refieren a los casos «más obvios» en los que puede ejercitarse una acción por daños y perjuicios.

⁷² *Ibidem*, apartados 79 y ss.

⁷³ STJUE de 1 de febrero de 2024, C-251/22, *Scania*, ECLI:EU:C:2024:103, apdo. 1.

namiento del TJUE, que vincula el conocimiento del hecho de que la conducta constituye una infracción con el efecto vinculante de la decisión (véase también supra III.2.E)a)), IV.1.⁷⁴), en el ámbito nacional, el conocimiento sólo puede asumirse una vez que las decisiones correspondientes han adquirido firmeza o jurídicamente vinculante y, por tanto, tienen efecto vinculante (artículo 9 Directiva 2014/104, artículo 33b GWB). El TJUE es plenamente consciente de esta diferenciación⁷⁵. Sin embargo, estas diferencias quedan niveladas por las disposiciones sobre la suspensión o interrupción del plazo de prescripción durante los procedimientos oficiales en curso (artículo 10 apdo. 4 Directiva 2014/104, artículo 33h apdo. 6 GWB). El inicio anticipado del plazo de prescripción debido al conocimiento previo de las decisiones de la Comisión queda anulado por la suspensión o interrupción inmediata (véase supra IV.1.).

40. El efecto vinculante puede faltar en varias situaciones: Por un lado, no hay efecto vinculante mientras una decisión aún no sea firme o jurídicamente vinculante. Por otro lado, en general también puede descartarse un efecto vinculante. Esto es concebible, por ejemplo, para el período anterior a la vigencia de la Directiva 2014/104, para las resoluciones de otros Estados miembros, en la medida en que éstas no tienen ningún efecto vinculante, salvo en virtud del artículo 33b GWB, así como con respecto a las resoluciones de terceros países. Si en general se descarta un efecto vinculante, la situación es comparable a la de las acciones stand alone (véase supra III.2.E)b)).

V. Conclusión

41. El TJUE desarrolla el plazo de prescripción de las acciones por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. Se amplía el ámbito temporal de aplicación de la Directiva 2014/104. Al mismo tiempo, se elaboran normas de Derecho Originario sobre el plazo de prescripción para el período anterior, que se corresponden en gran medida con las de la Directiva 2014/104. En última instancia, esto significa que las normas europeas de prescripción, ya sean de Derecho Originario o derivado, prevalecen sobre las normas nacionales, con efecto retroactivo. El TJUE añade una „pauta“ a los requisitos previamente desarrollados de que el plazo de prescripción sólo puede comenzar a partir del fin de la infracción y sobre el conocimiento (razonablemente esperado). Este último especifica cuándo debe presumirse el conocimiento. En este sentido, la publicación del resumen de la decisión de la Comisión resulta de importancia vital.

⁷⁴ STJUE de 18 de abril de 2024, C-605/21, *Heureka*, ECLI:EU:C:2024:324, apartados 73 y ss.

⁷⁵ *Ibidem*, apartado 74.

La vinculación indemnizatoria en la conversión de un subagente en agente principal

The indemnity bond in the change of a subagent into a main agent

RAFAEL LARA GONZÁLEZ*
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra

Recibido: 23.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8959

Resumen: El artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por clientela que el empresario abonó al agente principal en la medida de la clientela aportada por el subagente puede constituir, para el agente principal, una ventaja sustancial. Sin embargo, el pago de una indemnización por clientela al subagente no puede considerarse equitativo, a efectos de dicha disposición, cuando este siga actuando como agente comercial respecto de los mismos clientes y en relación con los mismos productos, pero en el marco de una relación directa con el empresario principal, y ello en sustitución del agente principal que lo había contratado anteriormente.

Palabras clave: Indemnización por clientela, agente principal, ventaja sustancial, subagente, equitativo.

Abstract: Article 17(2)(a) of Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, must be interpreted as meaning that the goodwill indemnity which has been paid by the principal to the main agent in respect of the customer base brought by the subagent is capable of constituting, for the main agent, a substantial benefit. However, the payment of a goodwill indemnity to the subagent may be regarded as not being equitable, within the meaning of that provision, where the subagent continues his or her commercial agency business in relation to the same clients and for the same products but in the context of a direct relationship with the main principal, which replaced the main agent that had previously engaged him or her.

Keywords: Goodwill indemnity, main agent, substantial benefit, subagent, equitable.

*Conocí al Profesor Calvo Caravaca como alumno suyo que fui de la asignatura “Derecho Internacional Privado” en el quinto curso de licenciatura correspondiente al año académico 1991/1992, en las aulas de la Universidad de Navarra. Por entonces, siendo yo estudiante, iba descubriendo que el Derecho sólo en su aplicación encontraba la razón de ser, constatando una cosa clara: que el jurista no podía prescindir de la materia viva a la cual iba a ser aplicado. De esto también ha sido –y es– maestro el Profesor Calvo Caravaca, pues de su docencia pude corroborar que la claridad y la sencillez de sus exposiciones se revela una ordenación extraordinariamente compleja, en la cual con naturalidad integraba don Alfonso, mucho antes del denominado “Proceso Bolonia”, la perspectiva de los distintos supuestos de hecho, siempre además inolvidables. Es por ello que para su muy merecida “Obra Homenaje” haya elegido una aportación que principia en un singular supuesto de hecho con elementos de extranjería. Gracias por su ejemplo, Profesor.

Sumario: I. Introducción. II. Marco jurídico. 1. Derecho comunitario europeo. 2. Derecho belga. 3. Derecho español. III. La indemnización por clientela. 1. Los presupuestos. 2. La susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario. 3. Que su concesión resulte equitativa. IV. La relación de subagencia. V. Sobre la cuestión prejudicial. VI. La extinción del contrato de subagencia y la indemnización por clientela.

I. Introducción

1. El momento extintivo de cualquier relación jurídica se revela especialmente propicio para el surgimiento o la acentuación de las discrepancias latentes entre los actores que intervienen en la misma.

2. Las relaciones contractuales no se hallan extramuros de dicha observación general y tampoco, de entre ellas, la relación en virtud de la cual una persona física o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra -denominada empresario, aun cuando el agente también lo es- de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

3. En efecto, en el marco de la finalización de la relación jurídica de agencia es donde se sustancian la casi totalidad de las controversias, estando además circunscritas estas bien a aspectos relacionados con la remuneración del agente bien a cuestiones indemnizatorias¹, como es el supuesto que nos interpela ahora en relación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2022, en el asunto C-593/21 (DOUE de 5 de diciembre de 2022, C 463/13).

4. Sin embargo, la resolución judicial de ámbito comunitario europeo que nos compele no se circunscribe a examinar la concurrencia de alguno de los requisitos que hacen surgir la indemnización por clientela, sino que el supuesto de hecho que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial de la Corte de Casación de Bélgica al Tribunal de Justicia de la Unión Europea contiene un elemento singular cual es la coexistencia de una relación de subagencia, y con ello la tesitura de argumentar el derecho del subagente a la proporción de la indemnización por clientela debida al agente principal correspondiente a la clientela aportada por el subagente².

¹ Vid. LARA GONZÁLEZ, R., “Acerca del *dies a quo* en la acción de reclamación de las comisiones devengadas a favor del agente comercial”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 120, 2022, pp. 61 y ss.

² Herios celebró un contrato de agencia comercial con una sociedad alemana denominada Poensgen, en virtud del cual la primera disponía del derecho exclusivo a vender en Bélgica, Francia y Luxemburgo los productos de la segunda. Por su parte, Herios y NY reconocieron haber concluido un contrato entre ellas en 2009. En el marco de su relación contractual, Herios se convirtió en empresario de NY y este pasó a ser su agente comercial, con la misión de negociar los productos de Poensgen en el territorio de dichos Estados miembros. A finales de 2015, NY, Herios y Poensgen entablaron conversaciones acerca de la continuación de las actividades de agencia comercial directamente por NY tras el cese de las actividades de Herios. Dichas conversaciones resultaron infructuosas y Poensgen notificó a Herios, el 8 de junio de 2016, la resolución del contrato que las unía. Sus relaciones contractuales finalizaron el 31 de diciembre de 2016, tras expirar un plazo de preaviso de seis meses. Mediante carta de 23 de febrero de 2017, Herios, por su parte, resolvió el contrato celebrado con NY, debido a circunstancias excepcionales que hacían que resultase definitivamente imposible cualquier colaboración profesional entre el empresario y el agente, a saber, la extinción del contrato principal celebrado entre Poensgen y Herios. Por otra parte, NY se había convertido mientras tanto en el agente comercial de Poensgen. El 22 de mayo de 2017, Herios y Poensgen acordaron, en particular, el pago de una indemnización por clientela a Herios. Al considerar que también tenía derecho a una indemnización por clientela por los nuevos clientes que había aportado a Herios y respecto de los que esta última había sido indemnizada por Poensgen, NY reclamó judicialmente a Herios el pago de una indemnización por clientela evaluada con arreglo al volumen de negocios que Herios había generado en 2016 gracias a los nuevos clientes. La sentencia de primera instancia estimó la demanda de NY. En cambio, la *Cour d'appel de Liège* (Tribunal de Apelación de Lieja, Bélgica), mediante sentencia de 16 de enero de 2020, revocó dicha sentencia y consideró que no correspondía ninguna indemnización por Herios celebró un contrato de agencia comercial con una sociedad alemana denominada Poensgen, en virtud del cual la primera disponía del derecho exclusivo a vender en Bélgica, Francia y Luxemburgo los productos de la segunda. Por su parte, Herios y NY reconocieron haber concluido un contrato entre ellas en 2009. En el marco de su relación contractual, Herios se convirtió en empresario de NY y este pasó a ser su agente comercial, con la misión de negociar los productos de Poens-

5. Veamos ahora, en primer lugar, el marco jurídico en el que se sitúa la cuestión prejudicial –al que incluimos asimismo por razones obvias el Derecho español– para, a continuación, presentar de manera esencial los elementos configurativos tanto de la indemnización por clientela como de la relación de subagencia, siguiendo con la exposición de la respuesta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da a la cuestión prejudicial planteada.

6. Finalizaremos compartiendo alguna idea a la que se llega después de considerar la serie de datos y circunstancias puestas de relieve previamente en consideración a la extinción del contrato de subagencia y la indemnización por clientela³.

II. Marco jurídico

7. A fin de poder tener en todo momento presente el marco normativo en el que se circunscribe el supuesto fáctico al que da respuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se transcribe tanto el Derecho de la Unión como el Derecho belga, en la línea llevada a cabo por la sentencia que motiva este comentario. Y al objeto de poder comparar dichas regulaciones con las disposiciones de la legislación interna en la materia, se incluye asimismo el Derecho español.

1. Derecho comunitario europeo

8. El artículo 1 de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes prevé:

gen en el territorio de dichos Estados miembros. A finales de 2015, NY, Herios y Poensgen entablaron conversaciones acerca de la continuación de las actividades de agencia comercial directamente por NY tras el cese de las actividades de Herios. Dichas conversaciones resultaron infructuosas y Poensgen notificó a Herios, el 8 de junio de 2016, la resolución del contrato que las unía. Sus relaciones contractuales finalizaron el 31 de diciembre de 2016, tras expirar un plazo de preaviso de seis meses. Mediante carta de 23 de febrero de 2017, Herios, por su parte, resolvió el contrato celebrado con NY, debido a circunstancias excepcionales que hacían que resultase definitivamente imposible cualquier colaboración profesional entre el empresario y el agente, a saber, la extinción del contrato principal celebrado entre Poensgen y Herios. Por otra parte, NY se había convertido mientras tanto en el agente comercial de Poensgen. El 22 de mayo de 2017, Herios y Poensgen acordaron, en particular, el pago de una indemnización por clientela a Herios. Al considerar que también tenía derecho a una indemnización por clientela por los nuevos clientes que había aportado a Herios y respecto de los que esta última había sido indemnizada por Poensgen, NY reclamó judicialmente a Herios el pago de una indemnización por clientela evaluada con arreglo al volumen de negocios que Herios había generado en 2016 gracias a los nuevos clientes. La sentencia de primera instancia estimó la demanda de NY. En cambio, la *Cour d'appel de Liège* (Tribunal de Apelación de Lieja, Bélgica), mediante sentencia de 16 de enero de 2020, revocó dicha sentencia y consideró que no correspondía ninguna indemnización por clientela. NY interpuso un recurso de casación contra dicha sentencia ante la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación, Bélgica), órgano jurisdiccional remitente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de autos. En el marco de su recurso de casación, NY censura que en la sentencia de la *Cour d'appel de Liège* se le deniegue una indemnización por clientela debido a que la obtenida por Herios no constituye una «ventaja sustancial» a efectos del artículo X.18, párrafo primero, del Código de Derecho Económico, que transpone el artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653. Según la *Cour d'appel de Liège*, no puede tratarse de ese tipo de ventaja, porque, por un lado, la indemnización percibida por Herios no constituye una ventaja futura, sino una indemnización que se adeuda en virtud de la ley. Por otro lado, NY sigue trabajando y beneficiándose de la clientela constituida con el anterior empresario principal. El órgano jurisdiccional remitente estima que el examen del motivo invocado por NY en apoyo de su recurso de casación requiere interpretar el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guión, de la Directiva 86/653 para determinar si la indemnización por clientela percibida por Herios constituye una «ventaja sustancial» a efectos de esa disposición. En caso afirmativo, NY podría reclamar a Herios, conforme a dicha disposición, el pago de una indemnización por clientela debido a la extinción del contrato de agencia comercial que les vinculaba. En estas circunstancias, la *Cour de cassation* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe interpretarse el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guión, de la Directiva [86/653/CEE] en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, la indemnización por clientela adeudada al agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, no es una “ventaja sustancial” de la que se beneficia el agente principal?».

³ La *Cour de cassation* belga decidió plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe interpretarse el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guión, de la Directiva [86/653/CEE] en el sentido de que, en una situación como la del litigio principal, la indemnización por clientela adeudada al agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, no es una “ventaja sustancial” de la que se beneficia el agente principal?».

- “1. Las medidas de armonización que establece la presente Directiva se aplicarán a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las relaciones entre los agentes comerciales y sus poderdantes.
2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el “empresario”, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.[...]”.

9. El capítulo IV de dicha Directiva lleva por título “Celebración y terminación del contrato de agencia”. Comprendido en ese capítulo, el artículo 17 dispone lo siguiente:

- “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3.
2. a) El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:
 - hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y
 - el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20. [...]”.

10. Finalmente, a tenor del artículo 19 de la citada Directiva:

“Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial”.

2. Derecho belga

11. Por su parte, el Ordenamiento jurídico belga traspuso la Directiva referida mediante Ley de 13 de abril de 1995⁴. Sin embargo, posteriormente las disposiciones relativas a los contratos de agencia comercial se introdujeron en el Código de Derecho Económico mediante el artículo 3 de la Ley, de 2 de abril de 2014, por la que se incorpora el libro X “Contratos de agencia comercial, contratos de cooperación comercial y concesiones de venta” en el Código de Derecho Económico, así como definiciones específicas del libro X en el libro 1 del Código de Derecho Económico⁵.

12. Así, el artículo X.5 del Código de Derecho Económico establece lo siguiente:

“Salvo estipulación en contrario, el agente comercial, para la ejecución de su misión, podrá recurrir a subagentes, remunerados por él y que actuarán bajo su responsabilidad, y de los que pasará a ser el empresario”.

13. Y el artículo X.18 de dicho Código prevé que:

“Cuando se extinga el contrato de agencia comercial, el agente comercial tendrá derecho a una indemnización por clientela si hubiera aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela existente, siempre y cuando dicha actividad pueda continuar reportando ventajas sustanciales al empresario.

⁴ Cfr. LARA GONZÁLEZ, R., “La trasposición de la Directiva 86/653/CE relativa a los agentes comerciales independientes: última norma”, *Derecho de los Negocios*, núm. 76, enero 1997, pp. 1 y ss.

⁵ *Moniteur belge* de 28 de abril de 2014, p. 35053.

Si el contrato incluyera una cláusula de no competencia, se considerará, salvo prueba en contrario, que ello reporta ventajas sustanciales al empresario. [...]”.

3. Derecho español

14. La incorporación a nuestro Ordenamiento interno del contenido normativo de la Directiva 86/653/CEE se produjo a través de la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre contrato de agencia, contrato que hasta entonces había permanecido además al margen del Código de Comercio en cuanto relación creada y desarrollada por la práctica.

15. En la sección 1 “Actuación del agente” que principia el capítulo II “Contenido del contrato”, el artículo 5 rubricado “Ejercicio de la agencia”, en su número 2, dispone que:

“La actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario. Cuando el agente designe la persona del subagente responderá de su gestión”.

16. Y en el seno del capítulo III “Extinción del contrato”, el artículo 28 rubricado “Indemnización por clientela”, en su número 1, prevé que:

“Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

III. La indemnización por clientela

1. Los presupuestos

17. La indemnización por clientela no se halla así concebida como una consecuencia absoluta para el acervo acreedor del agente una vez finado el contrato, toda vez que, si bien resulta neutro que la extinción de la relación jurídica sea bien de un contrato por tiempo determinado bien de uno indefinido, también la normativa española exige la concurrencia de una serie de requisitos.

18. En efecto, los presupuestos que cumulativamente han de concursar para que nazca el derecho del agente a ser indemnizado por el concepto de clientela (*ex art. 28 de la LCA*) son: 1º) que el agente haya aportado nuevos clientes al empresario o, en su caso, que haya incrementado sensiblemente las operaciones comerciales con los preexistentes; 2º) que los nuevos clientes o, en su caso, el incremento sensible de las operaciones comerciales con los preexistentes, puedan continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario tras la extinción del contrato de agencia; y 3º) que resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran en el supuesto de que se trate.

19. La resolución judicial que motiva estas líneas, se centra en los dos últimos presupuestos y a ellos, en coherencia, dedicaremos una contextualización en los siguientes párrafos; no sin por ello dejar de advertir que el Tribunal Supremo ha precisado, de manera reiterada, que la carga de acreditar la concurrencia de este requisito corresponde a quien reclama la indemnización (por todas, STS 15 de noviembre de 2010); así como que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de abril de 2016, C-315/14, *Marchon Germany GmbH*, ha interpretado el artículo 17 de la Directiva 86/653

en el sentido de que cuando se refiere a “nuevos clientes” se ha de incluir también a los anteriores con los que el agente haya conseguido nuevas relaciones comerciales⁶.

2. La susceptibilidad de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario

20. La actividad desplegada por el agente a lo largo de la vida del contrato ha de poder continuar generando ventajas sustanciales al empresario tras la extinción del negocio jurídico, presupuesto este que no es sino reflejo de la función última del agente, es decir, el establecimiento de relaciones comerciales duraderas de las cuales el empresario podrá detraer beneficios incluso tras la marcha del agente⁷.

21. Por “ventaja” del empresario debe entenderse “todo aumento en la perspectiva de obtener una ganancia empresarial”, lo que se manifiesta en la posibilidad de seguir beneficiándose de las relaciones comerciales establecidas por la actuación del agente. No deja de ser por ello una probabilidad de futuro más o menos viable, y que su valoración debe anticiparse habida cuenta el plazo de prescripción de la acción que es de un año desde la extinción del contrato *ex* artículo 31 en la normativa española de agencia. Se trata pues de una esperanza sobre el futuro comportamiento de la clientela estable cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia (confróntese, SSTS de 27 de enero y de 7 de abril de 2003).

22. En este sentido, la jurisprudencia no exige la prueba de la perdurabilidad de las relaciones comerciales creadas en virtud de la actuación del agente, habida cuenta de la dificultad que conllevaría esta prueba, de manera que se reputa suficiente que el empresario pueda continuar disfrutando de la clientela aportada por el agente y del beneficio o provecho económico que ello le reporta⁸.

23. Ahora bien, la peculiaridad de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que nos interpela radica precisamente en que este presupuesto no es examinado como un pronóstico en torno al comportamiento futuro de las relaciones comerciales, sino en un dato ya fijado, cual es la indemnización por clientela percibida por el agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, puede constituir para el agente principal una ventaja sustancial.

3. Que su concesión resulte equitativa

24. Naturalmente influenciada por consideraciones de equidad, la indemnización en concepto de clientela presenta en dicho parámetro el tercero de sus presupuestos, y además entra en juego tras verificarse la concurrencia de los anteriores requisitos, resultando ser un criterio de ponderación de aquellos datos esenciales que juegan tanto a favor como en contra de la concesión de la indemnización al objeto de poder alcanzar una solución justa. En definitiva, con la exigencia de la equidad se trataría de dar cabida a toda una serie de circunstancias que, si bien por su naturaleza no admiten una subsunción dentro de los supuestos fácticos que conforman los restantes requisitos materiales, el legislador considera que han de ser tenidos en cuenta.

25. La normativa propia de la relación de agencia se refiere a alguna de las circunstancias que habría que considerar a la hora de valorar la presencia de este presupuesto de la equidad, en concreto, dos: la existencia de pactos de limitación de competencia y las comisiones que el agente pierda. Si bien,

⁶ Esta última sentencia es tomada de VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 24ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 2616, quien señala que, en el caso, el empresario era un mayorista de monturas de gafas que había encargado al agente promocionar monturas de unas nuevas marcas.

⁷ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª ed., Madrid: Civitas., pp. 163 y ss., cuyas ideas hacemos nuestras.

⁸ *Vid.* SSTS 30 de abril de 2004 y BUSTO LAGO, J.M. “Contrato de agencia”, en *Tratado de Contratos*, T. III, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 3956 y ss.

no se trata de *numerus clausus* pues igualmente deben ser objeto de análisis las demás “circunstancias que concurren”. Y dentro esta cláusula general se nos pone de manifiesto ahora que el agente (*rectius* subagente) se haya convertido en el agente principal del empresario.

IV. La relación de subagencia

26. El artículo 5.1 de la Ley española reguladora del contrato de agencia establece expresamente la obligación del agente de realizar por sí mismo, o por medio de sus dependientes, las prestaciones que constituyen el objeto del contrato de agencia -de forma similar a la previsión correlativa que, para el contrato de comisión, se contiene en el artículo 261 del Código de Comercio-, cuales son la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado.

27. Esta regla supone la interdicción de la utilización de empresarios independientes en la ejecución o cumplimiento del contrato de agencia; si bien se trata de una prohibición no absoluta, en tanto que el apartado 2 del mismo precepto legal prevé la posibilidad de que el agente pueda valerse o utilizar otras personas, no dependientes o auxiliares de éste, para realizar la actividad propia de la agencia, siempre y cuando cuente con autorización expresa del empresario.

28. En la subagencia, en sentido propio, el agente principal designa o nombra al subagente. Si es el principal el que designa el subagente no puede hablarse de subagencia sino en un sentido impropio. El criterio de distinción, en orden a determinar cuándo se está en presencia de una subagencia en sentido propio, radica en el hecho de que el subagente actúe en nombre del agente -subagencia en sentido propio- o del principal, aun sometido, en este último caso, al control y las instrucciones de un agente general -subagencia impropia-.

29. En el primer caso es el agente principal el que responde de la gestión del subagente y quien asume las compensaciones e indemnizaciones en el momento de la extinción del contrato, mientras que, en el segundo estas obligaciones recaen sobre el empresario principal⁹.

30. La relación de subagencia se establece en virtud de un contrato de agencia concertado entre el agente principal y el subagente, que asume con carácter duradero, como es propio del contrato de agencia, la obligación de promover y, en su caso, preparar la conclusión de operaciones de comercio por cuenta del agente principal -esta facultad o atribución dependerá en todo caso de que el agente tenga atribuida la facultad de concertar operaciones comerciales-, cuyas instrucciones debe seguir y ante el que responde de su gestión.

31. La obligación del pago de la remuneración pactada a favor del subagente incumbe al agente principal, debiendo hacer frente a esta obligación con sus propios ingresos. De igual modo, las indemnizaciones y compensaciones a que el subagente tenga derecho en el momento de extinción o finalización de la relación de subagencia, efecto extintivo que, en todo caso, se produce como consecuencia de la extinción del contrato de agencia principal, por pérdida sobrevenida del objeto del contrato de subagencia. En particular, la indemnización por clientela puede ser reclamada por un subagente al agente en aquellos casos en los que se extinga la relación comercial entre ambos y concurren los presupuestos para ello.

32. Es preciso señalar, por último, que el legislador español -y el belga- contemplando expresamente la relación de subagencia no hace sino tomar postura en una cuestión que no se halla contemplada en la Directiva 86/653. Así como que, en la práctica internacional, ha de advertirse que el modelo de

⁹ Véase respecto al Derecho alemán, MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia comercial*, Zaragoza: Studia Albornotiana, 1998., pp. 271 y 272.

contrato de agencia internacional de la Cámara de Comercio Internacional se refiere a la posibilidad de contar con subagentes¹⁰.

V. Sobre la cuestión prejudicial

33. Con carácter preliminar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que, en el marco del procedimiento de cooperación, establecido en el artículo 267 TFUE, entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia corresponde a este último proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, incumbe al Tribunal de Justicia no solamente reformular, en su caso, la cuestión que se le plantee, sino también tomar en consideración normas de Derecho de la Unión a las que el juez nacional no se haya referido en el enunciado de su cuestión¹¹.

34. En el caso que motiva esta aportación, al preguntar al Tribunal de Justicia sobre el alcance del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 en el supuesto concreto de que el agente comercial haya percibido una indemnización por clientela después de que el propio subagente a quien había contratado se convirtiese, a raíz de la resolución del contrato de agencia principal, en el agente comercial del empresario principal, es preciso comprender que, mediante la cuestión prejudicial planteada se pretende saber, en esencia, si el artículo 17, apartado 2, letra a), guiones primero y segundo, de la Directiva 86/653 debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por clientela percibida por el agente principal, en la medida de la clientela aportada por el subagente, puede constituir para el agente principal una ventaja sustancial cuando dicho subagente se ha convertido en el agente principal del empresario.

35. Además, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión —en nuestro caso, el artículo 17, apartado 2, letra a), de la Directiva 86/653—, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también recuerda que procede tener en cuenta no solo su tenor, sino asimismo su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.

36. A tenor del primer guion de dicha disposición, el agente comercial tiene derecho a una indemnización, tras la terminación del contrato, en el supuesto y en la medida en que haya aportado nuevos clientes al empresario o haya desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario.

37. Del empleo de los términos “todavía” y “sustanciales”, así como de la precisión de que las ventajas que percibe el empresario deben resultar de las operaciones con los clientes aportados por el agente o que hayan sido sensiblemente desarrolladas por este, se deriva que el empresario debe gozar, tras la terminación del contrato, de una ventaja que, por un lado, reviste cierta importancia y que, por otro, está relacionada con las prestaciones anteriores del agente. En cambio, el tenor literal de la citada disposición no aporta precisión alguna sobre la naturaleza de dicha ventaja.

38. De lo anterior se deduce que el concepto de “ventajas sustanciales” mencionado en el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 puede englobar todos los beneficios que el empresario obtenga de los esfuerzos del agente tras la terminación del contrato, incluida la indemnización por clientela que este haya percibido de su propio empresario.

39. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta interpretación viene corroborada por los objetivos que persigue la propia Directiva. En efecto, la Directiva 86/653 tiene por objeto, entre

¹⁰ Cfr. ARROYO APARICIO, A., *Contrato de agencia: principios y análisis*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019, p. 48.

¹¹ Véase, en este sentido, la Sentencia de 16 de mayo de 2019, *Plessers*, C-509/17, EU:C:2019:424, apartado 32 y jurisprudencia allí citada.

otros, proteger a los agentes comerciales en sus relaciones con sus empresarios (Sentencia de 19 de abril de 2018, *CMR*, C-645/16, EU:C:2018:262, apartado 33). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 17 de esta Directiva es de crucial importancia. Por consiguiente, el apartado 2 de ese artículo debe interpretarse en un sentido que contribuya a la protección del agente comercial y que tenga en cuenta plenamente los méritos de este último en la ejecución de las operaciones que tiene encomendadas (véase, en este sentido, la Sentencia de 7 de abril de 2016, *Marchon Germany*, C-315/14, EU:C:2016:211, apartado 3).

40. Queda, en consecuencia, excluida toda interpretación de dicha disposición que pueda resultar en perjuicio del agente comercial (véanse, en este sentido, las Sentencias de 26 de marzo de 2009, *Se-men*, C-348/07, EU:C:2009:195, apartado 21, y de 19 de abril de 2018, *CMR*, C-645/16, EU:C:2018:262, apartado 35).

41. Pues bien, una interpretación según la cual el concepto de «ventajas sustanciales», a efectos del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653, no engloba, en particular, una indemnización por clientela que el empresario ha percibido en la medida de la clientela aportada por el agente comercial y por la que este ya no es remunerado, puede perjudicar a dicho agente.

42. En efecto, como señala NY –repárese en que en nuestro caso es el subagente- en sus observaciones escritas, en aquellos supuestos en los que la terminación del contrato es consecuencia, entre otras cosas, de una cesión de empresa o de la venta del fondo de comercio del empresario y en los que el precio varía en función de la importancia de la clientela, una interpretación restrictiva del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 privaría al agente comercial de compensaciones por el fondo de comercio que, sin embargo, aportó al empresario.

43. En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que una interpretación según la cual el concepto de “ventajas sustanciales”, a efectos del artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653, no engloba una indemnización por clientela que el empresario ha percibido en la medida de la clientela aportada por el agente comercial y por la que este ya no es remunerado sería contraria al objetivo de protección del agente comercial que persigue la Directiva 86/653.

44. De todas las consideraciones anteriores se deriva que el artículo 17, apartado 2, letra a), primer guion, de la Directiva 86/653 debe interpretarse en el sentido de que la indemnización por clientela que el empresario abonó al agente principal en la medida de la clientela aportada por el subagente puede constituir, para el agente principal, una ventaja sustancial.

45. Sin embargo, para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta completa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que es preciso aún determinar si el hecho de que el propio subagente se haya convertido en el agente del empresario principal tiene incidencia en su derecho a percibir la indemnización por clientela prevista en dicha disposición.

46. A este respecto, recuerda que el comportamiento del agente comercial es un factor que puede tomarse en consideración a la hora de determinar el carácter equitativo de la indemnización por clientela (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany*, C-203/09, EU:C:2010:647, apartado 44), ya que dicho carácter equitativo es una condición *sine qua non* del pago de esa indemnización, a tenor del artículo 17, apartado 2, letra a), segundo guion, de la Directiva 86/653.

47. En efecto, conforme a la citada disposición, el agente comercial tiene derecho a una indemnización por clientela en el supuesto y en la medida en que el pago de dicha indemnización sea equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con los clientes que aportó o de las operaciones que desarrolló sensiblemente. En tales circunstancias, la clientela que el agente puede explotar para sí mismo

o en beneficio de otro empresario forma parte necesariamente de las “circunstancias” mencionadas en el artículo 17, apartado 2, letra a), segundo guion, de la Directiva 86/653 y que hay que tener en cuenta a efectos del pago de la indemnización prevista en esa disposición.

48. El derecho a indemnización previsto en el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 86/653 tiene una finalidad esencialmente retributiva desde el punto de vista del agente. Tal indemnización tiene así por objeto retribuirlo por los esfuerzos realizados, en la medida en que el empresario siga beneficiándose de las ventajas económicas derivadas de ellos incluso después de la terminación del contrato de agencia (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto *Quenon K.*, C-338/14, EU:C:2015:503, apartados 35 y 36).

49. Si bien dicha disposición no puede ser objeto de una interpretación restrictiva, como se ha señalado anteriormente, para no privar al agente comercial de compensaciones por el fondo de comercio que, sin embargo, aportó al empresario, la indemnización prevista en la citada disposición no cubre, en cambio, los perjuicios que no estén directamente relacionados con la pérdida de clientela por parte del agente.

50. Pues bien, como se indica en el informe sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva 86/653, presentado por la Comisión el 23 de julio de 1996 [COM(96) 364 final], si el agente sigue atendiendo a los mismos clientes en relación con los mismos productos, pero por cuenta de otro empresario, el pago de una indemnización no sería equitativo, ya que no existe el perjuicio específico que se pretende reparar, pues el agente no pierde el beneficio de su clientela.

51. Por lo tanto, cuando el subagente siga actuando como agente comercial respecto de los mismos clientes y en relación con los mismos productos, pero en el marco de una relación directa con el empresario principal, y ello en sustitución del agente principal que lo había contratado anteriormente, dicho subagente no sufrirá, *a fortiori*, ninguna consecuencia negativa de la terminación de su contrato de agencia comercial con ese agente principal.

52. Ahora bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la equidad del pago de la indemnización por clientela a la luz de todas las circunstancias del asunto del que conoce.

VI. La extinción del contrato de subagencia y la indemnización por clientela

53. Pues bien, el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea centra, de una parte, el mismo en la subagencia “propia” y, de otra, en la terminación definitiva de las relaciones contractuales entre agente y subagente, no hallándose *a priori* razones de configuración que impidan la concesión de la indemnización por clientela en dicho supuesto, indemnización que tendrá que ser reclamada por el subagente al agente principal y nunca al empresario principal.

54. Por consiguiente, una vez más, la realidad nos sitúa en la apreciación y valoración respecto a la concurrencia de los presupuestos requeridos por la normativa correspondiente para que el agente-subagente resulte acreedor del empresario-agente principal en concepto de indemnización por clientela.

55. Y, en el caso que nos ocupa, el requisito de la susceptibilidad de seguir produciendo “ventajas sustanciales” al agente principal-empresario no es examinado como un pronóstico en torno al comportamiento futuro de las relaciones comerciales, sino en un hecho ya constatado, cual es la indemnización por clientela percibida por el agente principal-empresario, en la medida de la clientela aportada por el subagente. Se evidencia así que esas “ventajas sustanciales” han de venir referidas no al empresario-principal sino al empresario-agente principal.

56. En el supuesto de que sea la extinción del contrato de agencia la que ponga fin a la relación de subagencia –como el supuesto examinado- y el agente principal perciba la indemnización por clientela, esta circunstancia por sí sola ya constituye una ventaja sustancial, abriéndose, en consecuencia, la posibilidad de reclamar la compensación por clientela por parte del subagente.

57. Ciertamente, frente a la reclamación del subagente, el agente no podrá alegar que la actividad desarrollada por aquél en el pasado no es susceptible de seguir produciéndole, en el futuro, ventajas sustanciales, habida cuenta que la relación que le vinculaba al empresario ha finalizado. Precisamente la actividad del subagente habrá generado una clientela que le habrá sido conferida en su día al agente-principal, y a su vez, esta aportación de clientela previsiblemente habrá tenido su reflejo en la cuantificación de la indemnización otorgada al propio agente-principal. Justo es, por ello, que el subagente participe o se vea beneficiado de esa “plusvalía” en la medida que le corresponda.

58. Por otra parte, la resolución judicial objeto de análisis nos sitúa en el presupuesto de la “equidad”, mostrándonos un alcance mucho más amplio del que se desprende de las dos circunstancias mencionadas expresamente por la normativa -existencia de pactos de limitación de competencia y pérdida de comisiones por el agente-, si bien ha de reconocerse que no siempre resulta sencillo determinar con exactitud cuál es el papel que se espera juegue la equidad.

59. El presupuesto de la equidad se apoya, generalmente, en situaciones o hechos que se encuentran relacionados, de una u otra forma, con el momento de la vigencia del contrato, siendo ello consecuencia del principio general que informa esta materia y que tiende a limitar el círculo de circunstancias relevantes a aquellas que guarden estrecha relación con el contrato de agencia finalizado.

60. Con todo y con eso, pueden existir determinados hechos que, acontecidos con motivo de la extinción del contrato o en un momento posterior, resultan relevantes para valorar la concurrencia del “equitativo” requisito.

61. Y uno de estos hechos acaecidos en momento posterior a la extinción del contrato de agencia se manifiesta cuando quien fue subagente se haya convertido en el agente comercial del empresario principal respecto de los mismos clientes y en relación con los mismos productos; poniéndose de relieve que la equidad se sobreentiende si se dan los requisitos previos para la concesión de la indemnización por clientela, siendo tan solo su ausencia, debidamente acreditada, la que confiere relevancia al presupuesto, pues habrá de tenerse en cuenta si ha existido o no consecuencia negativa de la terminación del contrato de subagencia.

62. Así pues, una vez más, se nos manifiesta la materia contractual como la parte más viva del Derecho. El contrato es la primera manifestación jurídica y, a la vez, el núcleo de la actividad empresarial; hasta el punto de que, si tuviéramos que resumir en una sola idea la razón de ser del Derecho mercantil, podríamos afirmar que es la preservar y garantizar el cumplimiento efectivo de los contratos; así como de las consecuencias que se deriven de su extinción. En esto reside el objetivo último de la mayor parte de sus normas y también la clave para entender la indemnización por clientela en el seno de la relación de agencia-subagencia.

Soberanía estatal, inmuebles transfronterizos y litigación internacional

State sovereignty, cross-border real estate, and international litigation

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Profesora asociada de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

Abogada ejerciente

Miembro de la Red España-Europa de Derecho internacional privado

Recibido: 01.05.2024 / Aceptado: 24.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8960

Resumen: En el contexto de inmuebles transfronterizos, el derecho internacional privado es relevante debido a los desafíos legales que surgen cuando una propiedad se encuentra situado en dos o más Estados diferentes. Si ese inmueble es contiguo o separado, si es para un arrendamiento de tipo profesional o no. Son múltiples los casos y supuestos que se pueden encontrar y en este trabajo se pretende delimitar algunos de ellos.

Palabras clave: Inmuebles, contratos, Unión Europea, rústicos, urbanos, servidumbres, compra-venta, alquiler.

Abstract: In the context of cross-border real estate, private international law is relevant due to the legal challenges that arise when a property is situated in two or more different states. Whether that property is contiguous or separate, whether it is for professional leasing or not, there are multiple cases and scenarios that can be encountered, and this paper aims to delineate some of them.

Keywords: Real estate, contracts, European Union, rural, urban, easements, buying and selling, renting.

Sumario: I. Introducción y ejemplos de lugares en Europa con propiedades en distintas soberanías estatales 1. La respuesta a estos desafíos viene de la mano del Derecho internacional privado. II. Tipos de litigios sobre bienes transfronterizos. III. Litigios sobre la propiedad de una vivienda que se encuentra en la frontera. 1. Competencia judicial internacional. Foro exclusivo del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis. 1.1. Noción de derecho real autónoma y europea. Bien mueble o inmueble. 1.2. Inmuebles separados e inmuebles contiguos. 1.3. Razón de ser del foro exclusivo del artículo 24 Reglamento Bruselas I bis y su interpretación restrictiva. 1.4. Foros puros de competencia judicial internacional y una doble explicación de su existencia. 1.5. Ejemplo de acciones in rem sobre bienes inmuebles fronterizos. 2. Ley aplicable a los derechos reales creados o transmitidos por contrato. IV. Litigios sobre arrendamiento. 1. Competencia judicial internacional. Foro exclusivo del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis. Doble inciso. 2. Ley aplicable 2.1. Contrato de arrendamiento de bienes inmuebles. 2.2. Contrato de arrendamiento temporal y para uso personal sobre un inmueble. 2.3. El contrato de intercambio de uso de inmuebles. V. Litigios sobre servidumbres. 1. Competencia judicial internacional en los litigios sobre servidumbres. Foro exclusivo del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis. 2. Ley aplicable a los contratos de servidumbre real y de servidumbre personal. 2.1. Ley aplicable a los contratos de servidumbre real. 2.2. Ley aplicable a los contratos de servidumbre personal. VI. Reflexiones finales.

Unas palabras en homenaje al profesor D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca

1. En la historia del Derecho internacional privado, la figura de D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca trasciende la mera academia para convertirse en un icono indiscutible. Su personalidad y obra están entrelazadas de una manera única, donde la pasión y el método se entretujan como las fibras de un tejido excepcional. Son éstas las dos fuerzas motrices que definen el legado de D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca en el Derecho internacional privado. Es un maestro que abraza con fervor cada aspecto del Derecho internacional privado y recorre todos sus matices con una maestría que deslumbra a quienes tienen el privilegio de ser sus oyentes o lectores.

2. Pero D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca es más que un erudito del Derecho. Es un escritor excepcional, cuya pluma maneja diferentes idiomas con una destreza insuperable. Su obra es un testimonio de su profundo conocimiento y su capacidad para comunicar ideas complejas de manera clara y accesible. Su mente prodigiosa retiene todo lo que le llega, y su habilidad analítica le permite escanciar la más cuidada interpretación jurídica con una precisión asombrosa.

3. Sin embargo, quizás lo que más define a D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca es su sentido del humor. Un humor lleno de matices, inteligente y sutil, que refleja su profunda humanidad y su capacidad para encontrar y transmitir la alegría incluso en los momentos más difíciles.

4. En resumen, D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca representa la mejor doctrina en el campo del Derecho internacional privado. Su contribución a esta disciplina es incalculable, pero su verdadero legado radica en la influencia que ha tenido en las generaciones de juristas que han tenido el privilegio de trabajar a su lado, entre los que modestamente me encuentro. D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca ha iluminado el camino de sus alumnos, discípulos y seguidores inspirándolos a alcanzar nuevas alturas en el conocimiento y la excelencia académica. Para mí es un verdadero honor poder rendir este humilde homenaje al gran maestro, D. Alfonso-Luis Calvo Caravaca.

I. Introducción y ejemplos de lugares en Europa con propiedades en distintas soberanías estatales¹

5. Existen varios ejemplos de lugares en Europa donde se pueden localizar inmuebles transfronterizos, es decir, propiedades que se encuentran situadas en dos países, esto es, sometidos a distintas soberanías estatales. Sin ánimo exhaustivo a continuación se realiza una enumeración de algunos casos:

¹ Este trabajo se realiza en el marco de:

(1) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ.

(2) Proyecto de Investigación de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ E. CASTELLANOS RUIZ: “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (Orden CNU/320/2019, de 13 de marzo, Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020).

(3) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa. GGID 22: Número 29073 CIENCIA JURÍDICA APLICADA Y DOCENCIA CREATIVA Fec. Inicio 1/01/2017 Fec. Fin 31/12/2030 Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 22 Tipo GINVEST INNOVAGID

(4) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa). Número 31005 Nombre DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Fec. Inicio 18/10/2018 Fec. Fin Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 868 Tipo GINVEST GRINVEST

(5) “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). <http://www.redespañaeuropa.es/>

(6) Grupo de investigación y reflexión cultural “Lex Artis” (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

6. Basilea: La ciudad de Basilea se encuentra en la frontera entre Suiza, Francia y Alemania. Algunas propiedades en esta zona pueden estar ubicadas en dos de estos países, permitiendo a los propietarios tener una residencia en cada uno de ellos.

7. El enclave de Llivia: limita con las comunas galas de Targassonne, Estavar, Saillagouse, Sainte-Léocadie, Bourg-Madame, Ur y Angoustrine-Villeneuve-des-Escaldes. Por tanto, constituye un curioso enclave de España en Francia. El único en el extranjero.

8. Eurode: Eurode es una región que abarca partes de Alemania (Herzogenrath), Países Bajos (Kerkrade) y Bélgica (Bélgica). Esta área es conocida por tener inmuebles transfronterizos, donde las propiedades pueden cruzar las fronteras entre estos tres países.

9. Ciudad de Ginebra: Ginebra, en Suiza, se encuentra en la frontera con Francia. La ciudad y sus alrededores tienen propiedades que se extienden a ambos lados de la frontera suizo-francesa.

10. Ciudad de Estrasburgo: Estrasburgo es una ciudad ubicada en la frontera entre Francia y Alemania. Algunas propiedades en esta área pueden estar ubicadas en ambos países, lo que brinda a los propietarios la posibilidad de tener una residencia transfronteriza.

11. Ciudad de Valga: Valga es una ciudad en Estonia que se encuentra en la frontera con Letonia. En esta zona, es posible encontrar propiedades que están situadas en ambos países, ofreciendo una ubicación transfronteriza.

12. Baarle: Es una pequeña localidad ubicada en la frontera entre Bélgica y los Países Bajos. La peculiaridad de Baarle es que está compuesta por numerosos enclaves y contraenclaves, lo que significa que hay parcelas de tierra que pertenecen a Bélgica pero están completamente rodeadas por territorio neerlandés y viceversa. En esta área, es posible encontrar inmuebles que se extienden en ambos países.

13. La Cerdanya: Es una comarca geográfica compartida entre España y Francia, ubicada en los Pirineos orientales. Esta región es atravesada por la frontera internacional, y existen varias localidades donde las casas y los terrenos pueden estar parcialmente en uno u otro país.

14. Condominio de Campione d'Italia (Italia) y Suiza: Campione d'Italia es una pequeña localidad italiana ubicada en la provincia de Como, Lombardía. Sin embargo, esta ciudad se encuentra completamente rodeada por territorio suizo. Desde 1918, Campione d'Italia ha sido un enclave italiano dentro de Suiza, y tanto Italia como Suiza comparten la soberanía sobre este territorio. Los ciudadanos de Campione d'Italia utilizan el franco suizo como moneda oficial y están bajo la jurisdicción de las leyes suizas e italianas.

15. Gorizia (Italia) y Nova Gorica (Eslovenia): Estas ciudades están divididas por la frontera entre Italia y Eslovenia. Algunas propiedades, incluidas casas y edificios, tienen una parte en cada país.

16. Estos son solo algunos ejemplos de lugares en Europa donde se pueden encontrar inmuebles transfronterizos, es decir, propiedades que se encuentran situadas en dos países. Es importante tener en cuenta que las leyes y regulaciones relacionadas con estos inmuebles pueden variar según los países implicados en el supuesto. Las soluciones pueden variar según la ley estatal que se deba aplicar.

1. La respuesta a estos desafíos viene de la mano del Derecho internacional privado.

17. En el contexto de inmuebles transfronterizos, el derecho internacional privado juega un importante papel debido a las cuestiones legales que surgen cuando una propiedad se encuentra en dos o más jurisdicciones diferentes.

18. La primera cuestión a la que se debe hacer frente es la determinación de la competencia judicial internacional para la resolución de disputas. En caso de disputas relacionadas con inmuebles transfronterizos, surge la pregunta de qué tribunal goza de competencia para resolver el conflicto. El derecho internacional privado aborda estas cuestiones y establece normas para determinar la jurisdicción competente y atiende según el caso a la protección de la soberanía estatal o de los intereses de los particulares. Existen foros de competencia judicial internacional diversos a los que se puede acudir en estos casos, y que en su mayoría se recogen en el Reglamento Bruselas I bis².

19. La segunda gran cuestión a la que debe dar respuesta el Derecho internacional privado es a la determinación de la Ley aplicable. Cuando una propiedad está ubicada en dos países diferentes, surge la cuestión de saber qué ley se aplica para regular los derechos y obligaciones relacionados con esa propiedad. Las normas de conflicto de derecho internacional privado ayudan a determinar la ley aplicable en casos como los que se plantean.

20. Además, los inmuebles transfronterizos pueden plantear desafíos en relación con los derechos de propiedad. Los sistemas legales de cada uno de los países pueden tener reglas diferentes en cuanto a los derechos de propiedad, cómo se adquieren, transfieren y protegen. El derecho internacional privado puede ayudar a resolver conflictos relacionados con la titularidad y los derechos de propiedad en casos de inmuebles transfronterizos.

21. Y, por último, al último sector que debe dar una respuesta el Derecho internacional privado es al del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. En casos en los que se toma una decisión judicial en una jurisdicción sobre un inmueble transfronterizo, puede surgir la cuestión de si esa decisión debe ser reconocida y ejecutada en otro país. El derecho internacional privado aborda el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras, un campo muy importante en los casos de inmuebles transfronterizos.

II. Tipos de litigios sobre bienes transfronterizos

22. Se deben de distinguir varios tipos de litigios, al menos cuatro distintos. A continuación, se señalan y resumen, para posteriormente ofrecer un tratamiento pormenorizado de cada una de estas situaciones respecto a la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

23. Primero: litigios sobre la propiedad, concernientes a la propiedad de una vivienda que se encuentra en la frontera. Dentro de este tipo de litigios podemos encontrar que versen sobre inmuebles contiguos o separados.

24. Segundo: litigios sobre arrendamiento. Ejemplo de este litigio es el del caso *Scherrens* que llegó en el año 1988 al TJUE³, y cuya jurisprudencia todavía hoy en día ilumina la senda a seguir en este tipo de casos. Además, en estos casos, el arrendamiento puede ser de bien inmueble urbano o rústico. Será diferente de un caso a otro porque las características también lo son. Solo en el arrendamiento de temporada entre personas físicas y con un fin particular, no comercial, existe un foro de competencia judicial internacional excepcional para esos concretos casos, se puede litigar en el país de domicilio común de los litigantes, y la ley aplicable a dicho asunto será una ley que comporte costes reducidos a las partes.

25. Tercero: litigios sobre servidumbres, predio sirviente y predio dominante, si se encuentran en países diferentes.

² Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición). DOUE L 351/1.

³ STJCE 6 julio 1988, 158/87, *Scherrens*, ECLI:EU:C:1988:370.

26. Cuarto: litigios sobre la compraventa de inmuebles fronterizos. Las obligaciones contractuales se regulan sin problema con la normativa europea. La cuestión más confusa se da con las obligaciones que transmiten un derecho real, en estos casos, se debe determinar cuál es la ley aplicable al derecho real que se transmite en virtud de la compraventa cuando encontramos dos inmuebles por separado.

III. Litigios sobre la propiedad de una vivienda que se encuentra en la frontera

1. Competencia judicial internacional. Foro exclusivo del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis

27. La competencia judicial internacional en casos de acciones reales que recaen sobre inmuebles situados en dos Estados miembros de la Unión Europea se regula por el precitado Reglamento Bruselas I bis.

28. Es cierto que el Reglamento Bruselas I-bis establece foros exclusivos en ciertos casos específicos, lo que limita la pluralidad de foros a los que el demandante puede acudir para interponer su demanda. Estos foros exclusivos determinan la jurisdicción competente de manera exclusiva y no permiten que el demandante elija otro tribunal dentro de la Unión Europea. Es el artículo 24 de dicho Reglamento el máximo exponente⁴.

29. El artículo 24.1 RB I-bis establece que los tribunales del Estado miembro donde se encuentra ubicado el inmueble son competentes de manera exclusiva en lo que respecta a derechos reales inmobiliarios. Esto significa que cualquier disputa relacionada con derechos reales sobre un bien inmueble debe ser llevada ante los tribunales del Estado donde se encuentra dicho bien.

30. El principio del “lugar de situación del bien inmueble” (*forum rei sitae*) otorga esta competencia exclusiva, sin importar el domicilio del demandado ni la elección del tribunal por parte de los sujetos involucrados en el litigio. Incluso si las partes acuerdan elegir un tribunal diferente, en virtud de los foros previstos en los arts. 25 (sumisión expresa) y 26 (sumisión tácita) del Reglamento Bruselas I bis, ese acuerdo no será válido en este caso.

31. Si se debe determinar el tribunal competente en casos que involucran derechos reales inmobiliarios, la competencia judicial internacional exclusiva corresponde a los tribunales del Estado miembro donde se encuentra ubicado el inmueble, según lo establecido en el artículo 24.1 RB I-bis.

32. Se necesita puntualizar de modo expreso que la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los litigios relativos a derechos reales sobre inmuebles sitos en España no se rige por el art. 24.1 LOPJ⁵, este precepto es inaplicable, todos los litigios que deriven de esos casos se rigen por el art. 24.1 RB I-bis⁶. La *lex fori*, será la encargada de determinar qué concreto tribunal de cada Estado miembro será el competente para conocer del asunto. Es decir, que es el Derecho procesal de cada Estado determina cuál es el concreto órgano jurisdiccional territorialmente competente.

⁴ A los efectos de este trabajo solo interesa conocer el primer punto del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis: “*Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se indican a continuación:*

1) *en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito.*

No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario sea una persona física y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro;” (...)

⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, 2 julio 1985.

⁶ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3591.

33. Los derechos reales son aquéllos que gravan un bien corporal y proporcionan sus efectos con respecto a todos, mientras que los derechos personales sobre los bienes únicamente pueden invocarse contra el deudor, como se observa en numerosa jurisprudencia del TJUE: STJUE 11 noviembre 2020, C-433/19, *Ellmes*, FD 26⁷; STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, *Milivojević*, FD 100⁸; STJUE 16 noviembre 2016, C-417/15, *Schmidt*, FD 31⁹; STJUE 17 diciembre 2015, C-605/14, *Pekka Komu*, FD 26¹⁰.

1.1. Noción de derecho real autónoma y europea. Bien mueble o inmueble

El concepto europeo de “derecho real” en el Reglamento Bruselas I-bis se considera “autónomo”, lo que significa que no depende del derecho nacional de ningún Estado miembro en particular para definirlo. Esta postura, respaldada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, busca evitar la relatividad de los resultados y promover una aplicación uniforme del artículo 24.1 RB I-bis. En este contexto, se entiende que un “derecho real” es un derecho subjetivo o facultad que confiere a su titular un derecho exclusivo o preferente sobre un bien inmueble, respaldado por el ordenamiento jurídico para su protección y susceptible de ser respetado por terceros. Esto incluye derechos como el de adquisición preferente sobre un inmueble, que garantiza el derecho del titular a la propiedad del mismo, incluso frente a terceros¹¹.

1.2 Inmuebles separados e inmuebles contiguos

34. Se deben diferenciar dos situaciones específicas¹²: inmuebles separados e inmuebles contiguos, porque son dos de las situaciones que la jurisprudencia ha diferenciado y sobre las que ha aportado distintas soluciones. Se resumen los puntos clave de cada situación:

⁷ STJUE 11 noviembre 2020, C-433/19, *Ellmes*, ECLI:EU:C:2020:900, FD 26: “Además, en virtud de reiterada jurisprudencia, la diferencia entre un derecho real y un derecho personal reside en el hecho de que el primero, al gravar un bien corporal, surte sus efectos frente a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor (sentencia de 16 de noviembre de 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881, apartado 31 y jurisprudencia citada).”

⁸ STJUE 14 febrero 2019, C-630/17, *Milivojević*, ECLI:EU:C:2019:123, FD 100: “Esa pretensión, tendente a la protección de las prerrogativas derivadas de un derecho real, corresponde a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro donde se halla el inmueble, en virtud del artículo 24, punto 1, párrafo primero, del Reglamento n.º 1215/2012 (sentencia de 16 de noviembre de 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881, apartado 41).”

⁹ STJUE 16 noviembre 2016, C-417/15, *Schmidt*, ECLI:EU:C:2016:881, FD 31: “También es oportuno recordar que, en virtud de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la diferencia entre un derecho real y un derecho personal reside en el hecho de que el primero, al gravar un bien corporal, surte sus efectos frente a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor (sentencia de 17 de diciembre de 2015, *Komu* y otros, C-605/14, EU:C:2015:833, apartado 27 y jurisprudencia citada).”

¹⁰ STJUE 17 diciembre 2015, C-605/14, *Pekka Komu*, ECLI:EU:C:2015:833, FD 26: “Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que la competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante en el que esté situado el inmueble no engloba la totalidad de las acciones relativas a los derechos reales inmobiliarios, sino únicamente aquellas que, al mismo tiempo, se incluyan en el ámbito de aplicación de dicho Convenio, o, respectivamente, de dicho Reglamento, y estén destinadas, por una parte, a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes y, por otra, a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos (véase, en ese sentido, la sentencia *Weber*, C-438/12, EU:C:2014:212, apartado 42 y la jurisprudencia citada).”

¹¹ STJUE 10 febrero 2022, C-595/20, *ShareWood Switzerland*, ECLI:EU:C:2022:86, FD 28-29: “28 Dadas las circunstancias, es preciso señalar que esos árboles deben considerarse los frutos de la explotación del terreno en el que están plantados. Si bien tales frutos siguen, por regla general, el destino jurídico del terreno en el que están plantados los árboles en cuestión, pueden constituir, por vía contractual, el objeto de derechos personales de los que el propietario o el poseedor del terreno puede disponer separadamente de este último, sin que ello afecte al derecho de propiedad o a los demás derechos reales sobre el terreno. Ahora bien, un contrato cuyo objeto consiste en disponer de los frutos de la explotación de un terreno no puede asimilarse a un contrato cuyo objeto es un «derecho real inmobiliario», a efectos del artículo 6, apartado 4, letra c), del Reglamento Roma I.

¹² De ello se deduce que un contrato relativo a unos árboles plantados en un terreno con el único objetivo de recolectarlos y de vender la madera que se obtenga de este modo no tiene por objeto un «derecho real inmobiliario» a efectos de dicha disposición.”

¹² A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3594.

35. Inmuebles separados: Si la acción legal afecta a una parte específica del inmueble, los tribunales del país donde se encuentra esa parte del inmueble serán competentes. Si la acción legal concierne al inmueble en su totalidad, ambos tribunales tienen competencia concurrente sobre la parte del inmueble ubicada en su territorio. En el caso de un conflicto de jurisdicción debido a un cambio de ubicación del inmueble, la competencia exclusiva corresponderá a los tribunales del nuevo país donde se encuentra el inmueble, incluso si los registros o catastros aún lo señalan como ubicado en el país anterior. Ejemplo de este supuesto es la importante resolución de la AAP Navarra 9 noviembre 2018 [inmueble situado en España y Francia]¹³

36. Inmuebles contiguos: Si el inmueble está principalmente ubicado en uno de los Estados, la competencia corresponderá a los tribunales de ese Estado, incluso si una parte menor del inmueble se encuentra en el otro Estado. Esto se basa en el principio de que lo accesorio sigue a lo principal: “*Accessorium sequitur principale*”¹⁴. Si no es posible identificar una “parte relevante del inmueble” ubicada en un país en particular, los tribunales de cada Estado conocerán del asunto en relación con la parte del inmueble ubicada en su territorio. Sin embargo, esta solución es criticable, y cierta doctrina argumenta que ambos tribunales podrían considerarse competentes con respecto a la totalidad del inmueble, y las reglas de litispendencia y conexidad se aplicarían para evitar procesos duplicados¹⁵.

1.3 Razón de ser del foro exclusivo del artículo 24 Reglamento Bruselas I bis y su interpretación restrictiva.

37. La interpretación restrictiva de los foros exclusivos establecidos en el artículo 24 del Reglamento Bruselas I-bis implica que su aplicación se limita estrictamente a los casos específicamente enumerados en dicho artículo. Esta restricción se justifica debido a que estos foros representan una excepción al sistema general de competencia judicial del Reglamento, el cual permite una mayor flexibilidad en la elección de tribunales. La finalidad de esta interpretación es evitar una ampliación excesiva de los casos en los que se aplican los foros exclusivos, asegurando una aplicación coherente y predecible del Reglamento. Además, los foros exclusivos son de carácter imperativo, lo que significa que otros factores, como acuerdos de sumisión de las partes, no son relevantes para determinar la competencia. El control de la competencia judicial internacional en relación con estos foros exclusivos se realiza de oficio por parte del tribunal, de acuerdo con el artículo 27 del Reglamento Bruselas I-bis¹⁶.

1.4 Foros puros de competencia judicial internacional y una doble explicación de su existencia.

38. El Reglamento Bruselas I bis establece foros exclusivos para la competencia judicial internacional, determinados a nivel estatal en lugar de territorial específico, como ilustrado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Apostolides¹⁷. Estos foros garantizan que litigios

¹³ Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 9 de noviembre de 2018. ECLI: ES:APNA:2018:371A

¹⁴ Para más información sobre esta regla principal: Diccionario Panhispánico del español jurídico: ‘Lo accesorio sigue a lo principal’ Santo Tomás de Aquino, *Summa sacrae theologiae* 100, 3. Y en ULPIANO: Digesto 34, 2, 19, 13: ut accessio cedat principali (‘para que lo accesorio ceda a lo principal’). Se pueden consultar los textos en: *Fuentes jurídicas, literarias y de la recepción online para la investigación del Derecho de Roma a la actualidad Selección y recopilación* a cargo de C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M. J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, Ed. BOE, 2022.

¹⁵ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, L.G.D.J., 2010, Paris, p. 165-220.

¹⁶ E. TREPOZ, “Conflit de juridictions : validité d’une décision des organes sociaux”, *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 922-932. *Vid. también*, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 de mayo de 2011, asunto C-144/10, BVG c. JP Morgan”, *Revista española de Derecho Internacional*, 2011 n° 2 pp. 242-246. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 78. Toda esta doctrina citada en:

¹⁷ STJCE 28 abril 2009 Apostolides, ECLI:EU:C:2009:271. FJ 50: “Por consiguiente, la regla del *forum rei sitae* establecida en el artículo 22, número 1, del Reglamento n° 44/2001 se refiere a la competencia judicial internacional de los

que afectan directamente al interés público o estatal se resuelvan en los tribunales estatales correspondientes, permitiendo a los Estados salvaguardar sus intereses y ejercer su soberanía. Esta designación exclusiva promueve la eficiencia, la coherencia y el ahorro de costos al evitar la duplicación de procedimientos y facilitar la familiaridad del tribunal con la legislación y procedimientos del Estado. En casos de disputas sobre bienes entre dos Estados, se recurre al principio romano “*accessorium sequitur principale*” para determinar la competencia judicial internacional.

1.5 Ejemplo de acciones *in rem* sobre bienes inmuebles fronterizos

39. Con los datos expuestos hasta ahora se va a ejemplificar como se aplicaría la normativa europea en estos casos. Se refuerza de ese modo lo expuesto hasta este momento, porque como por todos es conocido: la palabra convence, pero el ejemplo arrastra.

40. El caso presentado envuelve a un propietario, el señor X de Valverde del Fresno¹⁸, cuya finca rústica se extiende tanto en territorio español como portugués, enfrentando una invasión por parte de campesinos. Para resolver el conflicto, se aplicarán las normas de competencia judicial del Reglamento Bruselas I-bis. Los tribunales de cada Estado miembro serán competentes para conocer del asunto respecto a la parte de la finca ubicada en su territorio. En situaciones donde la finca está compuesta por porciones no contiguas, los tribunales de ambos países tienen competencia, pero no enfrentan un conflicto de jurisdicción. En casos donde una parte significativa de la finca está en un país específico, los tribunales de ese país serán competentes. Si no es posible identificar una parte relevante del inmueble en un país específico, los tribunales de cada país conocerán respecto a la parte ubicada en su territorio. Se puede argumentar también a favor de la competencia judicial concurrente de ambos países para evitar la duplicidad de procesos legales.

2. Ley aplicable a los derechos reales creados o transmitidos por contrato

41. Los efectos reales derivados del contrato, como la transmisión, modificación o constitución de un derecho real se rigen por la *Lex Rei Sitae*, que significa la ley del lugar de situación del inmueble. En este caso, la ley del país donde se encuentra ubicado el inmueble determina cómo se constituyen o adquieren los derechos reales, el momento de su constitución, su contenido, los derechos subjetivos del titular, los bienes sujetos al derecho real, las condiciones de intocabilidad del derecho real, así como su publicidad y acceso al registro correspondiente.

42. El artículo 10.1 del Código Civil¹⁹ establece que los derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su constitución, modificación y extinción, están sujetos a la ley del país donde se encuentre el inmueble. Esto implica que la ley del lugar de situación del inmueble es la que regula los aspectos reales de los derechos sobre ese bien.

43. En resumen, la *Lex Rei Sitae*, es decir, la ley del lugar de situación del inmueble regula los aspectos reales derivados de los contratos relacionados con derechos reales, incluyendo su constitución,

*Estados miembros y no a la competencia judicial interna de éstos.” Vid. P. MEIDANIS, HARIS, “The Brussels I Regulation and the Cyprus problem before the Court of Justice. Comment on Apostolides v Orams”, *European Law Review* 2009 pp.963-975. También, C. F. Molina del Pozo, Ch. Archontaki, “Ejecución en el Reino Unido de Sentencias dictadas en la República de Chipre (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 2009, Apostolides, As. C-420/07)”, *Noticias de la Unión Europea*, 2011, n° 314, pp. 3-13.*

¹⁸ Es uno de los pueblos que forman la Sierra de Gata, a unos cuatrocientos metros de altitud sobre el nivel del mar. Esta villa, se encuentra situada en la zona más noroccidental de la provincia de Cáceres. Limita al norte con Portugal y Navasfrías (Salamanca), al este con Eljas, San Martín de Trevejo y Villamiel, al sur con Cilleros y con Portugal y al Oeste enteramente con Portugal. Link para más información sobre este pueblo: <https://www.valverdedelfresno.es/localizacion-y-contacto>

¹⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 julio 1889.

adquisición, modificación y extinción, así como los efectos jurídicos, la publicidad y el acceso al registro correspondiente²⁰.

44. La ley del Estado en cuyo territorio se encuentra el bien en el momento de la celebración del contrato determina los requisitos legales necesarios para que se produzca la transmisión de la propiedad u otro derecho real sobre ese bien. Si los requisitos exigidos por la ley del país donde se encuentra el bien, como la entrega o *traditio* de la cosa, no se cumplen, el contrato genera obligaciones entre las partes, pero no produce “efectos reales” de transferencia de propiedad.

45. En ese caso, el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa al comprador, y el comprador tiene una acción legal para exigir dicha entrega. Sin embargo, debido a que no se cumplió con los requisitos legales de *traditio* según la ley del país donde se encuentra el bien, la propiedad del bien sigue perteneciendo al vendedor y no se ha producido la transferencia real de la propiedad.

46. Es importante tener en cuenta que, aunque el contrato no produzca efectos reales de transferencia de propiedad, sigue siendo válido y obliga a las partes a cumplir con sus obligaciones contractuales, como la entrega de la cosa o cualquier otra prestación acordada.

47. La ley del país donde se encuentra el bien determina los requisitos legales para la transmisión de la propiedad u otro derecho real. Si no se cumplen esos requisitos, el contrato genera obligaciones, pero no produce efectos reales de transferencia de propiedad.

48. Por ejemplo, si el bien está ubicado en Alto Garona, se aplicará el derecho francés a los aspectos relacionados con los derechos reales que puedan surgir de una compraventa. Dado que el derecho francés establece que el contrato tiene “efectos reales” por sí mismo, la propiedad se transferirá únicamente con el consentimiento de las partes. Se seguiría una solución similar si el bien estuviera en Italia, ya que el derecho italiano también sigue el principio de la transmisión de la propiedad mediante el consentimiento.

49. Sin embargo, si el bien se halla en España, el Derecho español rige la cuestión de saber qué requisitos son precisos para que se produzca la transmisión de la propiedad (art. 10.1 CC). en concreto, será preciso “título”, es decir, el contrato, y “modo”, esto es, la *traditio* del bien (art. 609 CC).

IV. Litigios sobre arrendamiento

50. Ejemplo de este litigio es el del caso Scherrens que llegó en el año 1988 al TJUE²¹, y cuya jurisprudencia todavía hoy en día ilumina la senda a seguir en este tipo de casos. Además, en estos casos, el arrendamiento puede ser de bien inmueble urbano o rústico. Será diferente de un caso a otro porque las características también lo son.

51. Solo en el arrendamiento de temporada entre personas físicas y con un fin particular, no comercial, existe un foro de competencia judicial internacional excepcional para esos concretos casos, se puede litigar en el país de domicilio común de los litigantes, y la ley aplicable a dicho asunto será una ley que comporte costes reducidos a las partes, como a continuación se analiza.

²⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3684. Y jurisprudencia citada en ese punto: (SAP Madrid 20 enero 2015 [transmisión de inmueble sito en Italia], RDGRN 22 febrero 2012, RDGRN 31 octubre 2013 [escritura de constitución de hipoteca y contratantes holandeses]).

²¹ STJCE 6 julio 1988, 158/87, *Scherrens*, ECLI:EU:C:1988:370.

1. Competencia judicial internacional. Foro exclusivo del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis. Doble inciso

52. Especialmente relevante es el inciso añadido cuando modifica el Reglamento Bruselas I a I bis por el legislador europeo en el artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis. Se deben de distinguir los litigios sobre arrendamientos en general, que se regula por el inciso primero del precitado artículo 24 “[...] en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito [...]”, y los casos de arrendamientos de temporada entre personas físicas y con un fin particular que cuentan con una regulación en particular: “[...] No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario sea una persona física y que propietario y arrendatario estén domiciliados en el mismo Estado miembro; [...]”.

53. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en general estarán cubiertos por el foro exclusivo del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis, en su vertiente más amplia, y serán competentes para conocer de los litigios que pudieran producirse los tribunales del lugar donde esté sito el bien inmueble.

54. El legislador europeo consciente de que en Europa pueden existir arrendamientos de temporada de bienes inmuebles entre propietarios y arrendatarios con domicilio en un mismo Estado miembro ofrece una alternativa a la precedente regla general del artículo 24. Si surge un litigio que proviene de un arrendamiento de temporada, de bien inmueble, que no excede de los seis meses consecutivos, podrán ser competentes los tribunales del domicilio del demandado, siempre que ese domicilio coincida en el mismo Estado para el propietario y el arrendatario. La litigación internacional es difícil, tiene un coste alto, litigar entre estas partes en el lugar donde esté sito el bien inmueble puede elevar esos costes de forma muy considerable, hasta el punto de que puedan verse desincentivadas las partes a litigar. El legislador europeo encuentra una fórmula óptima de solución a la determinación de esta competencia judicial internacional y ofrece un acceso a la Justicia, previsible y a unos costes no exorbitantes para las partes.

2. Ley aplicable

55. La determinación de la ley aplicable en el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles se llevará a cabo mediante la aplicación del importante Reglamento Roma I. A continuación, se analizan diversos tipos de contratos respecto a bienes inmuebles.

2.1 Contrato de arrendamiento de bienes inmuebles

56. El contrato de arrendamiento de bienes inmuebles es el contrato en cuya virtud una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa inmueble por tiempo determinado y precio cierto. Las características de este contrato son: uso, temporalidad y precio.

57. Para determinar la ley aplicable de este tipo de contratos se acudirá al Reglamento Roma I. En principio, este tipo contrato se regirá por la Ley elegida por las partes en las condiciones del art. 3 Reglamento Roma I. Si no existe esa elección de Ley o no es válida se regirá por la Ley del país de situación del bien inmueble, según lo que expone el artículo 4.1.c del precitado Reglamento. Como indica la mejor doctrina, en este punto se deben realizar varias observaciones²².

²² A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3302.

58. La primera de ellas está relacionada con los contratos de arrendamiento de inmuebles que están cubiertos por el artículo 4.1 c) del Reglamento Roma I. Esta norma será aplicable a cualquier tipo de contrato de arrendamiento de bien inmueble. Esto que quiere decir, que será aplicable a todo contrato de este tipo sea cual sea el objeto, duración, domicilio de las partes o cualquier otra circunstancia.

59. Los tipos de arrendamientos pueden ser muy variados, incluyendo arrendamientos de edificios, instalaciones de empresas, habitaciones, garajes, casas, apartamentos, terrenos, arrendamientos rústicos y urbanos, almacenes y naves industriales, y granjas.

60. En relación con el subarrendamiento, se menciona que es una forma de arrendamiento en la cual el arrendador es el inquilino del primer arrendamiento. Según se observa, en este caso debería aplicarse el artículo 4.1.c del Reglamento Roma I, y en consecuencia, la ley elegida por las partes y, en su defecto, la ley del país donde se ubique el inmueble, en virtud de lo que expone el artículo 4.3 Reglamento Roma I²³.

61. Los puntos de conexión del Reglamento Roma I se deben de reordenar cuando las circunstancias del caso lo indiquen, esto es, el artículo 4.1.d del Reglamento Roma I prevalece sobre el art. 4.1.c de dicho Reglamento. De esa forma, en casos específicos relativos a arrendamientos de inmuebles de corta duración, rige la Ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, en las condiciones que expone el artículo 4.1.d del Reglamento Roma I. Si las circunstancias exigidas por este precepto no se confirman, se aplica entonces el art. 4.1.c del Reglamento Roma I.

62. Este precepto no se aplica a los contratos de prestación de servicios que involucran el uso de un inmueble. En estos casos, el propósito principal del contrato es proporcionar un servicio, como el hospedaje en un hotel o hostel, un aparthotel con servicios de limpieza y/o comidas, o el alquiler de una plaza de garaje donde el arrendador también debe ofrecer servicios complementarios como seguridad y vigilancia. Además, tampoco se aplica a casos como un campamento donde la empresa de camping también proporciona otros servicios como electricidad y sanitarios. En resumen, esta norma no se aplica a contratos de servicios donde el uso del inmueble es secundario y el enfoque principal es la prestación del servicio. Es de vital importancia observar cuál es la verdadera función económica del contrato, si la balanza se decanta para la prestación de servicios no se podrá aplicar el artículo 4.1 c) del Reglamento Roma I.

63. El propio artículo 4.1.c del Reglamento Roma I ha presentado una evolución hasta el sentido que en la actualidad se le atribuye. La letra del artículo 4.1 c) se refiere al “*contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario*” y al “*arrendamiento de un bien inmueble*”, y no a los contratos que tengan por objeto un “derecho de utilización” de un bien inmueble. Esta salvedad es importante, porque el antecedente del Reglamento Roma I, esto es, el Convenio de Roma, en su artículo 4.3 mencionaba expresamente que sí hacía aplicable la Ley del país de situación del inmueble a todo contrato que tuviese por objeto “un derecho de utilización de un inmueble”. La expresión ha desaparecido en el actual artículo 4.1. apartado c) y d) del Reglamento Roma I²⁴.

64. Por ejemplo, si dos partes firman un contrato de arrendamiento de local de negocio situado en Braganza (Portugal) la mayor parte y anecdóticamente ocupa una parte de territorio español. El contrato se realiza entre arrendador inglés con residencia habitual en Londres y arrendatario alemán con residencia habitual en Berlín. El contrato no contiene ninguna designación de la Ley aplicable. Si se debe

²³ U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Rome I Regulation: commentary*, Köln, U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n. 103, pp. 131-189.

²⁴ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3302. F. SALERNO, “Le conseguenze della proposta di regolamento “Roma I” sulla legge italiana di diritto internazionale privato”, en G. Carella (Ed.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti, dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Milano, 2007, pp. 179-195.

determinar la ley aplicable, nos aproximaremos a través del artículo 4.1 c) del Reglamento Roma I, será la ley portuguesa. El bien inmueble se encuentra sito en Portugal, casi su totalidad, y vuelve a aparecer y aplicarse la inmarcesible regla *accessorium sequitur principale*.

2.2 Contrato de arrendamiento temporal y para uso personal sobre un inmueble.

65. El Reglamento Roma I establece que los arrendamientos de bienes inmuebles para uso personal, no profesional y de hasta seis meses consecutivos se rigen por la ley del país donde el propietario reside habitualmente, siempre que el arrendatario también tenga su residencia habitual en ese país. Esta regla busca reducir los costos conflictuales para las partes, permitiendo litigar en el país de su domicilio común. De lo contrario, el contrato estaría sujeto a la ley del lugar donde se encuentra el inmueble, lo que generaría mayores costos. La norma solo se aplica si ambos, propietario y arrendatario, tienen su residencia habitual en un país distinto al del inmueble. Es esencial que el uso del inmueble sea estrictamente privado, excluyendo contratos para uso profesional. Por ejemplo, si un abogado alquila un apartamento en París para estudiar francés, se considera un uso privado y se aplica la regla, pero si lo alquila para establecer su despacho profesional, la regla no sería aplicable.

2.3. El contrato de intercambio de uso de inmuebles.

66. Una parada para examinar el contrato de intercambio de uso de inmueble en este trabajo merece la pena. Muchas familias recurren a esta opción para disfrutar de sus vacaciones, cómo no recordar la película interpretada por Kate Winslet y Jude Law, *The Holiday*. Este tipo de contratos de intercambio de uso de inmuebles se observa con carácter frecuente, existen aplicaciones y foros varios donde poder intercambiar un inmueble. Se deben de distinguir dos importantes cuestiones en este tipo de contratos.

67. La primera cuestión se observa con relación a la importancia de los vínculos más estrechos. En el caso de intercambios de uso y disfrute de inmuebles situados en países diferentes, no es posible determinar la ley aplicable a estos contratos utilizando el artículo 4.1.c del Reglamento Roma I. Tampoco se puede aplicar el artículo 4.2 del Reglamento Roma I, ya que no se puede identificar un prestador característico en este caso.

68. Para determinar esto, se deben considerar elementos como la residencia habitual de las partes, el lugar donde se celebra el contrato y el país donde se encuentra la persona que recibe la oferta del contrato, entre otros factores relevantes.

69. Si ambas partes tienen su residencia habitual en el mismo país, se aplicaría la ley de ese país, independientemente del lugar donde se encuentren los inmuebles. En este tipo de casos, la ley aplicable se determina considerando los vínculos más estrechos del contrato, y factores como la residencia habitual de las partes y el lugar de celebración del contrato son relevantes en esa determinación.²⁵

70. La segunda cuestión es la relativa a la calificación del contrato. Cuando las partes realizan un intercambio de propiedad temporal de sus inmuebles, ubicados en países diferentes, se trata de un contrato de permuta de derechos reales sobre inmuebles. En este caso, el artículo 4.2 del Reglamento Roma I no es aplicable, ya que no se puede identificar un prestador característico.

71. En ausencia de una ley elegida por las partes, la ley que rige es la del país con el cual el contrato tiene los vínculos más estrechos, según establece el artículo 4.4 del Reglamento Roma I. Para

²⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3310.

determinar esto, se deben considerar elementos como la residencia habitual de las partes, el lugar donde se celebra el contrato y el país donde se encuentra la persona que recibe la oferta del contrato, entre otros factores relevantes. La solución de los vínculos más estrechos contraataca.

72. Si ambas partes tienen su residencia habitual en el mismo país, se aplicará la ley de ese país, sin importar el lugar donde se encuentren los inmuebles. Es decir, en este tipo de casos de permuta de derechos reales sobre inmuebles, la ley aplicable se determina considerando los vínculos más estrechos del contrato, y factores como la residencia habitual de las partes y el lugar de celebración del contrato son relevantes en esa determinación.

73. Un ejemplo histórico, además de bonito en el relato que se hace del mismo, es el intercambio de tierras en Alhama de Granada, España, y los molinos de Tremecén, que en ese momento pertenecían a los reyes musulmanes ziyánidas en Argelia. Este intercambio tuvo lugar en 1494 entre los Reyes Católicos y don Hernán Pérez del Pulgar. Una condición especial de este intercambio fue que los molinos de Tremecén pasaran a estar bajo la soberanía española²⁶.

V. Litigios sobre servidumbres

1. Competencia judicial internacional en los litigios sobre servidumbres. Foro exclusivo del artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis

74. Para determinar la competencia judicial en estos casos en los que predio sirviente y predio dominante se encuentran en países diferentes se aplicará la solución que aporta el artículo 24.1 RB I-bis. Este precepto establece que los tribunales del Estado miembro donde se encuentra ubicado el inmueble son competentes de manera exclusiva en lo que respecta a derechos reales inmobiliarios. Esto significa que cualquier disputa relacionada con derechos reales sobre un bien inmueble debe ser llevada ante los tribunales del Estado donde se encuentra dicho bien. El principio del “lugar de situación del bien inmueble” (*forum rei sitae*) otorga esta competencia exclusiva, sin importar datos como podría ser el domicilio del demandado ni la elección del tribunal por parte de los sujetos involucrados en el litigio. Incluso si las partes acuerdan elegir un tribunal diferente, en virtud de los foros previstos en los arts. 25 (sumisión expresa) y 26 (sumisión tácita) del Reglamento Bruselas I bis, ese acuerdo no será válido en este caso.

75. La dificultad se presenta a la hora de determinar el “lugar de situación del inmueble” si el inmueble se encuentra en dos Estados diferentes y a su vez predio sirviente y predio dominante. En estos casos, y en coherencia con la interpretación que se realiza para la ley aplicable a estas cuestiones, parece ser que debería de conocer de este tipo de litigios el tribunal del Estado donde se encuentra el predio sirviente, porque es en ese lugar donde se realizan los actos propios de la servidumbre²⁷.

2. Ley aplicable a los contratos de servidumbre real y de servidumbre personal

2.1 Ley aplicable a los contratos de servidumbre real

76. Los contratos de servidumbre real establecen una carga o beneficio limitado en un inmueble en beneficio de otro inmueble perteneciente a un propietario diferente. En estos contratos, la ley apli-

²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*. Ed. Derecho y Letras, Rapid Centro Color, Murcia, 2022. Se puede consultar online en el siguiente link: <http://accursio.com/blog/?p=623>

²⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. III, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 3305-3306. *Vid. también*: A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Las soluciones de Derecho internacional privado a los conflictos de servidumbres transfronterizas*, en *Tratado de Servidumbres*, G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), La Ley, 2015, Madrid, pp. 1161-1187.

cable se rige por la elección realizada por las partes según las condiciones establecidas en el artículo 3 del Reglamento Roma I. En caso de que no se realice una elección de ley por parte de las partes o sea inválida la misma, se aplicará la ley del país donde se encuentra el inmueble o predio que está siendo servido, según lo establecido en el artículo 4.1.c del Reglamento Roma I.

77. Sin embargo, pueden surgir complicaciones en casos transfronterizos cuando el inmueble dominante y el inmueble sirviente se encuentran en diferentes países, como ya se avanzaba en la parte de competencia judicial internacional de este punto del trabajo. En estos casos, se considera que el país más estrechamente vinculado con el contrato es aquel en cuyo territorio se encuentra el predio sirviente, ya que es en dicho predio donde se llevan a cabo los actos relacionados con la servidumbre. Por lo tanto, la ley de dicho país regirá el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.1.c del Reglamento Roma I.

78. En definitiva, en los contratos de servidumbre real, la ley aplicable se determina por la elección de las partes o, en su defecto, por la ley del país donde se encuentra el predio sirviente, ya que es en ese lugar donde se llevan a cabo las acciones relacionadas con la servidumbre.

2.2 Ley aplicable a los contratos de servidumbre personal

79. El contrato de servidumbre personal establece derechos reales sobre un inmueble en favor de una persona o una comunidad, independientemente de si tienen o no la posesión física del terreno. En este caso, la ley aplicable se rige por la elección realizada por las partes según las condiciones establecidas en el artículo 3 del Reglamento Roma I. Si las partes no han realizado una elección de ley, entonces se aplicará la ley del país donde se encuentra ubicado el inmueble, según lo establecido en el artículo 4.1.c del Reglamento Roma I.

80. Por lo tanto, en este tipo de contrato, la ley aplicable se determina por la elección de las partes o, en su ausencia, por la ley del país donde se encuentra situado el inmueble. Esto se podría ver por ejemplo con la servidumbre de sacar mármol de una cantera a favor de un escultor en concreto.

VI. Reflexiones finales

81. En la actualidad, la justificación de la competencia exclusiva de los tribunales en relación con los derechos reales y ciertos arrendamientos sobre inmuebles no puede anclarse en argumentos históricos como la “soberanía real sobre la tierra” (*terra regis*). Más bien, se fundamenta en el carácter público de los registros de la propiedad, donde se inscriben los derechos sobre los inmuebles. Estos registros actúan como salvaguarda de intereses públicos, lo que respalda la existencia de estos tribunales. La legislación alemana, por ejemplo, sigue un proceso de transmisión de propiedad que involucra dos pasos: un acuerdo jurídico de traspaso y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Este enfoque refleja la separación entre el contrato de compraventa y la transferencia real de propiedad, lo que subraya la importancia de los registros en la transferencia efectiva de la propiedad inmobiliaria.

82. El motivo por el cual el foro exclusivo de competencia prevalece sobre las cláusulas que intentan revocarlo se debe a su función de protección. Aunque los cambios en las fronteras entre Estados, como en el caso de Francia y España, puedan complicar la competencia judicial, se resuelve dando exclusividad a los tribunales del país donde se ubica el inmueble en cuestión. Esta solución, respaldada por el principio de que lo accesorio sigue a lo principal (*accessorium sequitur principale*), garantiza una resolución eficiente. Incluso si una parte del inmueble está en otro país, la competencia sigue siendo de los tribunales del Estado donde está la mayor parte del bien, siguiendo el precedente establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Scherrens* de 1988. Es una solución eficiente. La eficiencia vence a la soberanía, los intereses de los particulares vencen a los fantasmas, porque en ocasiones, la presencia de la soberanía del Estado en los litigios relativos a inmuebles no es más que un espectro.

83. La ley aplicable a los derechos reales sobre inmuebles fronterizos debería seguir una perspectiva moderna, inspirada en precedentes como el caso *Scherrens* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esto garantiza la seguridad jurídica de las partes al aplicar un derecho estatal previsible para ellas y sus reclamaciones. Cuando una parte significativa del inmueble está en un estado, como en el caso de inmuebles fronterizos, la competencia judicial internacional debe seguir el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, respetando así los principios de buena administración de justicia y previsibilidad para las partes. Esta solución es también eficiente en términos de litigación y respeta la soberanía de los Estados al aplicar una sola ley estatal en lugar de dos.

Strumenti internazionalprivatistici di tutela del lavoratore

Private international law methods for the protection of the employee

SILVIA MARINO

*Professore di Diritto dell'Unione europea
Università degli Studi dell'Insubria*

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 02.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8961

Riassunto: Il lavoro affronta i principali metodi di diritto internazionale privato al fine di verificarne l'utilizzo e l'efficacia nell'ambito della protezione del lavoratore quale contraente debole nella cooperazione giudiziaria civile. Dopo aver ricordato i principali sviluppi delle fonti normative, il contributo esamina la nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione europea. Quindi, analizza i tipici metodi della localizzazione e del principio di prossimità, dell'alternatività e della successione dei titoli di giurisdizione e dei criteri di collegamento, e dei limiti all'autonomia della volontà, come strumenti idonei a garantire una protezione al lavoratore. Per le sue peculiarità, un paragrafo specifico è riservato alla circolazione delle sentenze nello spazio giudiziario europeo.

Parole chiave: metodi di diritto internazionale privato, lavoratore, principio di prossimità, alternatività, circolazione delle sentenze.

Abstract: The work tackles the main methods of private international law in order to verify their use and effectiveness in the context of the protection of the worker as a weak party in the EU civil judicial cooperation. After recalling the main developments of the sources, the contribution examines the notion of worker in EU Law. Then, it analyses the typical methods of the localization and the principle of proximity, of the alternativity and succession of the grounds of jurisdiction and of the connecting factors, of the limits to the party autonomy, as suitable tools to guarantee protection to the worker. A specific paragraph is reserved to the circulation of judgments in the European judicial area.

Keywords: private international law methods, worker; principle of proximity, alternativity, judgments' circulation.

Sommario: I. Introduzione. II. Chi è il lavoratore. III. Il principio di prossimità. ...1. nella determinazione della giurisdizione. 2. ...nell'individuazione della legge applicabile. IV. Alternatività dei titoli di giurisdizione e dei criteri di collegamento. V. L'autonomia della volontà: la deroga alla disciplina classica nelle obbligazioni contrattuali. VI. Altri strumenti di tutela del lavoratore come parte debole. 1. Titoli di giurisdizione e criteri di collegamento a cascata. 2. La disciplina uniforme a livello internazionale. VII. Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze. VIII. Alcune considerazioni conclusive.

I. Introduzione

1. È un vero onore poter omaggiare il Professor Alfonso-Luis Calvo Caravaca tornando a uno dei temi che mi hanno avvicinato allo studio del diritto internazionale privato, e ne hanno suscitato la vera passione. La tutela internazionalprivatistica del lavoratore accresce la sua attualità in un'Europa sempre più orientata agli aspetti sociali¹, pur avendo trovato soddisfacente punto di equilibrio, almeno a livello regionale.

2. Il diritto dell'Unione europea si presta particolarmente a questa analisi per due motivi. In primo luogo, non esistono altre forme di cooperazione internazionale multilaterale altrettanto complete e specifiche su tutte le classiche questioni di diritto internazionale privato e processuale.

3. In secondo luogo, la disciplina del rapporto di lavoro è consolidata. Il regolamento dell'Unione europea n. 1215/2012² pone limitate innovazioni nella disciplina della giurisdizione rispetto al precedente regolamento n. 44/2001³. Nelle Sezioni relative alla giurisdizione nelle controversie con un contraente debole sono state apportate talune precisazioni⁴, e poche innovazioni intenzionalmente discontinue con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea⁵. Si tratta, tuttavia, del perfezionamento di regole particolari, che non incidono profondamente sulla struttura e sui principi sottostanti. Il sistema di esecuzione delle sentenze è rivoluzionato, nell'intera materia civile e commerciale, tramite l'automaticità. Al contempo, il regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁶, già ampiamente riproduttivo della Convenzione di Roma del 1980⁷ per quanto riguarda i contraenti deboli, non ha subito finora modifiche o rifusioni.

4. La Corte di giustizia continua la propria opera nomofilattica, beneficiando ormai di una propria consolidata giurisprudenza, basata anche sulle fonti normative precedenti. In tempi recenti, si nota piuttosto la necessità di qualificare nuove e diverse forme di attività lavorativa.

5. In queste compiutezza e tendenziale costanza normativa, il presente omaggio intende soffermarsi sulle linee direttrici di sistema, ovvero i metodi di diritto internazionale privato⁸ che possono utilmente offrire una tutela al lavoratore come contraente debole⁹.

¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2023 sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati (2022/2051(INL)), par. 28 del preambolo.

² Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1.

³ Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1.

⁴ È il caso, ad esempio, di una parziale applicazione extraterritoriale dei titoli di giurisdizione, invocabili anche quando il datore di lavoro sia domiciliato in un Paese terzo e non abbia una filiale, un'agenzia o una succursale in uno Stato membro (art. 21, par. 2 del regolamento n. 1215/2012).

⁵ Ad esempio, la Corte di giustizia 22 maggio 2008, *Glaxosmithkline*, C-462/06, ECLI:EU:C:2008:299 ritenne inapplicabile l'allora art. 6, n. 1 del regolamento n. 44/2001 in una controversia esperita in Francia da un lavoratore contro due società, di cui una avente sede in Francia, l'altra nel Regno Unito, in qualità di supposte co-datrici di lavoro. L'attuale formulazione dell'art. 20 del regolamento n. 1215/2012 fa espressamente salva l'applicazione dell'art. 8, n. 1, corrispondente all'allora art. 6, n. 1, superando la pronuncia della Corte.

⁶ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), *GUUE* L 177 del 4 luglio 2008, p. 6.

⁷ Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, *GUL* 266 del 9 ottobre 1980, p. 1.

⁸ P. PICONE, "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, 1999, tomo 276, pp. 9 ss.

⁹ *Amplius*: F. POCAR, "La protection de la partie faible en droit international privé", *Recueil des Cours*, 1984, tomo 188, p. 339; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

II. Chi è il lavoratore

6. Nella definizione del beneficiario della tutela, la Corte di giustizia ha potuto creare un utile circolo virtuoso fra la libera circolazione dei lavoratori e la cooperazione giudiziaria civile¹⁰. Ne risulta che il lavoratore è qualificato sul fondamento delle stesse caratteristiche, ovvero il nesso durevole che inserisca una persona in una determinata organizzazione imprenditoriale¹¹; la subordinazione, che comporta l'eterodirezione delle attività lavorative¹², in contropartita di un salario, indipendentemente dal suo importo e dalle modalità di calcolo¹³. La definizione è volontariamente ampia per estendere la portata soggettiva delle libertà di circolazione.

7. L'evoluzione delle discipline giuridiche nazionali e della prassi nel mondo del lavoro rischia di rendere complessa l'individuazione di un *lavoratore* in talune fattispecie particolari, come le attività presso un'ambasciata¹⁴, la qualifica dirigenziale¹⁵, o l'assenza di un contratto formale¹⁶. La valutazione della fattispecie - e quindi della caratterizzazione di un soggetto come lavoratore - spetta al giudice nazionale investito della controversia¹⁷.

8. Il lavoratore, così individuato, merita protezione anche nel diritto internazionale privato in quanto parte economicamente bisognosa che conclude il contratto per finalità di sostentamento. Inoltre, essa è meno competente sul piano giuridico rispetto al datore di lavoro e rischia di non comprendere perfettamente le implicazioni del contratto e del rapporto di lavoro, soprattutto se caratterizzato da elementi transfrontalieri. Conseguentemente, il potere negoziale del lavoratore è normalmente scarso o nullo. Pertanto, rischia di accettare qualsiasi condizione lavorativa o clausola contrattuale, di fatto imposta dal datore di lavoro, senza concordarla o capirne la portata¹⁸.

III. Il principio di prossimità...

1. ...nella determinazione della giurisdizione

9. La prima linea guida fondamentale per la protezione della parte debole nella determinazione della giurisdizione è la prossimità dell'organo giurisdizionale competente. Infatti, tale parte potrebbe percepire come poco accessibile un giudice di uno Stato membro diverso dal proprio e a sé lontano, per motivi di aumento dei costi processuali, di necessità della difesa tecnica all'estero e di lingua processuale. Pertanto, potrebbe decidere di non agire, ritenendo tali difficoltà insormontabili o tali oneri eccessivi. Si rischierebbe così una lesione al diritto all'equo processo, che comprende in prima battuta il diritto di accesso alla giustizia.

¹⁰ Espressamente: Corte di giustizia 10 settembre 2015, *Holterman*, C-47/17, ECLI:EU:C:2015:574, par. 41.

¹¹ Corte di giustizia 15 gennaio 1987, *Shenavai*, 266/85, ECLI:EU:C:1987:11.

¹² Corte di giustizia 23 marzo 1982, *Levin*, 53/81, ECLI:EU:C:1982:105; 3 giugno 1986, *Kempf*, 139/85, ECLI:EU:C:1986:223; 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284.

¹³ Corte di giustizia 31 maggio 1989, *Bettray*, 344/87; 26 febbraio 1992, *Bernini*, C-3/90; 21 febbraio 2013, *L.N.*, C-46/12, ECLI:EU:C:2013:97.

¹⁴ Non viene meno la qualificazione di lavoratore, se le mansioni non richiedono l'espletamento di *acta iure imperii*, in continuità con il diritto internazionale che riduce l'assolutezza dell'immunità dalla giurisdizione civile per gli Stati: Corte di giustizia 19 luglio 2012, *Mahamdia*, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491; 3 giugno 2021, *ZN*, C-280/20, ECLI:EU:C:2021:443.

¹⁵ Secondo la sentenza della Corte di giustizia *Holterman*, cit. (confermata da: Corte di giustizia 11 aprile 2019, *Bosworth*, C-603/17, ECLI:EU:C:2019:310) la qualifica attribuita non è rilevante. Pertanto, può essere considerato lavoratore dipendente anche il direttore ed amministratore di una società di capitali, purché sussistano i ricordati requisiti essenziali.

¹⁶ L'esistenza di un rapporto di lavoro dipende dagli elementi di fatto e non dalla presenza di un contratto: Corte di giustizia 20 ottobre 2022, *ROI Land Investments Ltd*, C-604/20, ECLI:EU:C:2022:807, e conseguentemente il giudice rimettente: Bundesarbeitsgericht Fünfter Senat 29. März 2023, 5 AZR 55/19, ECLI:DE:BAG:2023:290323.U.5AZR55.19.0.

¹⁷ *Ex multis*: Corte di giustizia 9 luglio 2015, *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455.

¹⁸ S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 6.

10. Conformemente, il regolamento n. 1215/2012 reca una Sezione speciale per il contratto di lavoro. Il foro della parte debole è primariamente determinato da due titoli di giurisdizione alternativi: quello del domicilio del lavoratore e quello del luogo dello svolgimento dell'attività lavorativa.

11. Il primo deve essere individuato sul fondamento della legge dello Stato del giudice adito (art. 62 del regolamento n. 1215/2012)¹⁹ e intende assicurare la massima prossimità fisica fra il lavoratore e l'organo giurisdizionale, sulla base di una continuità di vita relazionale del primo in un determinato luogo, eliminando le barriere di fatto all'accesso al giudice.

12. La prossimità garantita dal secondo titolo dipende dallo svolgimento dell'attività lavorativa – e non dalla vita sociale/relazionale. Anche in questo caso vengono meno gli ostacoli di fatto, dal momento che il lavoratore è costantemente o frequentemente presente in quel luogo. Inoltre, tale foro assicura un buon esercizio della funzione giurisdizionale, dal momento che con ogni probabilità proprio in quel luogo saranno localizzate prove utili ai fini della controversia, che potranno essere assunte nel giudizio senza necessità di cooperazione internazionale²⁰.

13. La Corte di giustizia ha già risolto talune ipotesi in cui la prestazione dell'attività lavorativa richiedesse frequenti viaggi²¹, specificando che può esistere un luogo unico di attività laddove il lavoratore organizza i propri spostamenti. Tuttavia, la molteplicità di luoghi di svolgimento può essere tale da rendere impossibile l'individuazione univoca: a tal fine, alternativamente al luogo della prestazione lavorativa, soccorre il criterio della sede in cui è avvenuta l'assunzione. Questo titolo non garantisce lo stesso livello di prossimità rispetto ai precedenti e può corrispondere al domicilio del convenuto. Ciò nonostante, opera a favore della parte debole in fattispecie particolarmente complesse in quanto frammentate, attribuendole almeno potenzialmente una opzione ulteriore. Inoltre, anche laddove i due criteri corrispondessero, la tutela non verrebbe del tutto meno, dal momento che il lavoratore avrebbe sempre a propria disposizione il foro del proprio domicilio.

14. Ulteriormente, la prossimità viene assicurata quando il datore di lavoro abbia domicilio in uno Stato terzo²². Infatti, la Sezione 5 del regolamento n. 1215/2012 sul contratto di lavoro è applicabile se sia presente una qualsiasi sede di attività del datore di lavoro in uno Stato membro. L'ampliamento del campo di applicazione del regolamento n. 1215/2012 è finalizzato all'estensione delle regole di tutela. L'art. 21, par. 2 specifica altresì che il datore di lavoro non domiciliato in uno Stato membro può essere convenuto davanti a un'autorità giurisdizionale dello Stato di svolgimento dell'attività o dell'assunzione. Si tratta presumibilmente di una precisazione della portata extraterritoriale della Sezione, dal momento che la prestazione lavorativa si svolge per lo più laddove vi sia un centro di attività del datore di lavoro, e che il luogo di assunzione richiede nella formulazione letterale dell'art. 20 la presenza di una sede del datore di lavoro.

15. Infine, rimane applicabile il cd. foro della succursale, di cui all'art. 7, n. 5 del regolamento n. 1215/2012: se la controversia riguarda gli atti relativi alla gestione di filiali, agenzie o succursali, o gli impegni assunti da questi ultimi in nome della società madre, ove tali atti devono essere eseguiti nello

¹⁹ Il fatto che il domicilio non sia noto al momento dell'instaurazione del procedimento non esclude l'applicabilità del regolamento n. 1215/2012, se sussisteva un precedente domicilio in uno Stato membro: Corte di giustizia 17 novembre 2011, *Hypoteční banka*, C-327/10, ECLI:EU:C:2011:745; 15 marzo 2012, *de Visser*, C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142; 14 aprile 2024, *Credit Agricole Bank Polska*, C-183/23, ECLI:EU:C:2024:297.

²⁰ Sebbene facilitata nell'Unione europea tramite il Regolamento (UE) 2020/1783 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, *GUUE* L 405 del 2 dicembre 2020, p. 1, la prossimità assicura maggior immediatezza.

²¹ Corte di giustizia 13 luglio 1993, *Mulox*, C-125/92, ECLI:EU:C:1993:306; 9 gennaio 1997, *Rutten*, C-383/95, ECLI:EU:C:1997:7; 14 settembre 2017, *Nogueira*, cause riunite C-168/16 e C-169/16, ECLI:EU:C:2017:688; 25 febbraio 2021, *BU*, C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134, *ROI Land Investments Ltd*, cit.

²² Corte di giustizia, *Mahamdia*, cit.

Stato in cui essi sono stabiliti, è competente altresì il giudice del luogo della sede di quest'ultima²³, con ulteriore estensione delle possibilità di scelta del ricorrente (che in questo caso può corrispondere anche al datore di lavoro).

16. A fronte dell'alternatività e della prossimità a favore del lavoratore, il datore di lavoro ha a esclusiva disposizione il foro del domicilio del convenuto (art. 21, par. 1). Per motivi di economia processuale, le domande riconvenzionali possono essere proposte presso il giudice adito per la domanda principale²⁴.

2. ...nell'individuazione della legge applicabile

17. Il principio di prossimità consente l'individuazione della legge che presenta la connessione più stretta con la fattispecie sulla base della prevalente localizzazione dei suoi elementi costitutivi²⁵. Tale "vicinanza" della legge applicabile con la fattispecie dovrebbe garantire alle parti prevedibilità e conoscibilità della legge applicabile.

18. Così costruito, il principio di prossimità non è in grado di assicurare *ex ante* alcuna protezione al lavoratore, dal momento che l'individuazione della legge applicabile è neutrale rispetto ai diritti, alle istanze e agli interessi del lavoratore. Tuttavia, la localizzazione può essere materialmente orientata. Per contro, l'individuazione di una legge, fra quelle potenzialmente in conflitto, favorevole alle istanze del lavoratore, dipende da numerose variabili non controllabili *ex ante*, come, ad esempio: quali siano leggi in conflitto; quale sia il loro contenuto; quali siano le istanze del lavoratore. Far dipendere l'individuazione della legge applicabile da elementi non costanti significherebbe pregiudicare del tutto la certezza del diritto, con detrimento per entrambe le parti²⁶.

19. Pertanto, è favorito un altro risultato: la conoscenza o la conoscibilità della legge applicabile in quanto prossima alla vita relazionale o lavorativa della parte debole. Questo obiettivo è tecnicamente più semplice da realizzare e meno soggetto alle variazioni del caso concreto. L'art. 8, par. 2 del regolamento Roma I concretizza tale prossimità nel luogo di svolgimento abituale della prestazione lavorativa, ovvero la più significativa per la disciplina del rapporto di lavoro stesso in termini di prossimità. Il distacco temporaneo di un lavoratore non modifica la legge applicabile, sia per il carattere provvisorio del luogo di svolgimento dell'attività lavorativa, sia per evitare tattiche di *social dumping* da parte del datore di lavoro.

20. L'applicazione della legge di svolgimento abituale della prestazione lavorativa produce una serie di vantaggi importanti per il lavoratore, quali la sua più agevole conoscenza o conoscibilità, una più facile individuazione di un difensore tecnico, l'uso di una lingua che presumibilmente il lavoratore conosce.

21. Tuttavia, le norme di conflitto successive rischiano di pregiudicare la tutela del lavoratore così realizzata. Nell'impossibilità di individuare un luogo di esecuzione dell'attività, soccorre in via successiva il criterio della sede di assunzione del lavoratore. Questa disposizione avvicina la legge applicabile al datore di lavoro, dal momento che corrisponde alla legge del suo domicilio o di quello di una

²³ Corte di giustizia *BU*, cit.

²⁴ Corte di giustizia 21 giugno 2018, *Petronas*, C-1/17, ECLI:EU:C:2018:478.

²⁵ P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *Recueil des Cours*, 1986, tomo 196, pp. 9 ss.; R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1991; M. FALLON, "Le principe de proximité dans le droit de l'Unione européenne", in *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Parigi, 2015, pp. 253 ss.; O. LOPES PEGNA, "Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento «Roma I»", *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2006, pp. 758 ss.

²⁶ B. RÉMY, "Des notions de prévisibilité en matière de conflits de lois. Qui de l'œuf? Qui de la poule?", in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, Lextenso Editions, 2015, p. 792.

succursale, filiale o agenzia. Pertanto, il fatto che il datore di lavoro possa unilateralmente individuare la sede di assunzione costituisce una indiretta scelta della legge applicabile a suo favore nelle fattispecie particolarmente frammentate. Ne deriva l'importanza di un'interpretazione estensiva del luogo di attività lavorativa, anche quando il lavoratore esegua le sue prestazioni in più Stati (membri)²⁷.

22. L'orientamento di *favor* nei confronti del lavoratore rischia di essere pregiudicato a causa dell'art. 8, par. 4 del regolamento Roma I. Il principio di prossimità inteso in senso classico può superare le norme di conflitto precedenti²⁸. Ciò comporta l'inapplicabilità della legge che offre maggiori garanzie di conoscibilità da parte del lavoratore. Il limite a questa conseguenza negativa può essere costituito dal fatto che difficilmente è rinvenibile un luogo maggiormente connesso con la fattispecie, nel momento in cui la prestazione lavorativa viene svolta in uno solo o in numero limitato e determinato di luoghi. Tuttavia, la valutazione della prossimità è rimessa al margine di apprezzamento del giudice nazionale, il quale può ritenere, ad esempio, che la univoca localizzazione di tutti gli altri elementi rilevanti della fattispecie prevalga sul luogo di svolgimento dell'attività.

23. Si potrebbe piuttosto ritenere che il principio di prossimità sia idoneo a superare il criterio della sede di assunzione, che non offre adeguate garanzie al lavoratore. Tuttavia, la frammentazione della fattispecie e la delocalizzazione dell'esecuzione della prestazione rendono difficoltosa l'individuazione di un luogo più significativamente collegato con la fattispecie. Pertanto, l'applicazione del principio di prossimità sembra solo teorica. Per il solo fatto della sua previsione, tuttavia, consegue incertezza giuridica nella determinazione della legge applicabile, necessaria fin dall'instaurazione di un rapporto di durata. L'individuazione rischia di essere effettuata appena in fase contenziosa, sulla base del margine di apprezzamento del giudice nella valutazione degli elementi di fatto, sebbene il rapporto si sia sviluppato nel tempo in qualche forma. Infine, non è assicurato né il *favor* sostanziale, né la conoscibilità della legge applicabile nei confronti del lavoratore.

24. Sebbene il regolamento Roma I sia orientato alla prossimità, sono sempre invocabili gli strumenti generali del limite dell'ordine pubblico²⁹ e delle norme di applicazione necessaria³⁰, che influiscono sulla disciplina concretamente applicata al rapporto. L'interpretazione restrittiva non ne esclude la pregnanza, soprattutto nella tutela di una parte debole. Nonostante la limitatezza della rilevanza delle norme di applicazione necessaria di uno Stato diverso del foro *ex art. 9, par. 3* del regolamento, l'illiceità dell'adempimento del contratto potrebbe essere individuata proprio nell'ambito di un rapporto lavoro, nei casi (non sempre) di confine di sfruttamento del lavoratore, di prestazione illegale o costitutiva – anche solo parzialmente – di una fattispecie di reato.

IV. Alternatività dei titoli di giurisdizione e dei criteri di collegamento

25. Un ulteriore strumento di tutela consiste nella garanzia di un certo livello di flessibilità a favore della sola parte debole, mentre il contraente forte rimane soggetto a un'individuazione univoca e

²⁷ Questa interpretazione estensiva è stata fornita dalla Corte di giustizia 26 maggio 1982, *Ivenel*, 133/81, ECLI:EU:C:1982:199; 27 febbraio 2002, *Weber*, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122; 10 aprile 2003, *Pugliese*, C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219.

²⁸ D. KOKKINI-IATRIDOU (coord.), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, Dodrecht, Boston, London, Nijhoff 1994; A. SINAY-CYTERMANN, "La protection de la partie faible en droit international privé", in *Mélanges Lagarde*, cit., p. 741.

²⁹ Corte di Cassazione, sezione lavoro, 11 novembre 2002, n. 15822, in *Foro it.*, 2003, I, 484.

³⁰ P. FRANCESCOAKIS, "Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Revue critique de droit international privé*, n. 1, 1966, pp. 1 ss.; F. POCAR, "Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 4, 1967, pp. 734 ss.; A. NUYTS, "L'application des lois de police dans l'espace", *Revue critique de droit international privé*, n. 1, 1999, pp. 31 ss.; B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2008; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, "Lois de police et politiques législatives", *Revue critique de droit international privé*, n. 2, 2011, pp. 207 ss.

oggettiva del foro competente e della legge applicabile. Ne sono espressioni classiche sia un catalogo di criteri di collegamento e di titoli di giurisdizione alternativi per la parte debole; sia l'individuazione di un titolo o di un criterio di collegamento oggettivo, derogabile a scelta della parte debole. Quest'ultima tecnica non è utilizzata nella cooperazione giudiziaria civile.

26. Il primo strumento è invece la soluzione accolta nell'art. 21 del regolamento n. 1215/2012, in combinazione con il principio di prossimità, dal momento che il lavoratore può scegliere fra tre fori potenzialmente diversi, perfettamente alternativi fra di loro: quelli dello Stato del domicilio del convenuto; del proprio domicilio; del luogo di esecuzione dell'attività lavorativa o, se questo non operasse, della sede di assunzione; del domicilio della filiale, succursale o agenzia. A ciò si aggiunge la possibilità di individuare un ulteriore giudice alternativamente competente tramite la proroga della giurisdizione³¹.

27. La stessa tecnica non è utilizzata nella disciplina della legge applicabile. In effetti, proprio nell'ambito del contratto di lavoro, la possibilità di scelta rischierebbe di produrre effetti nocivi al lavoratore. Infatti, si tratta di un rapporto continuativo nel tempo, la cui regolamentazione deve essere determinata fin dal suo inizio, ovvero quantomeno in sede di assunzione. Onerare il lavoratore di una opzione di legge fra criteri di collegamento alternativi in questo momento significherebbe imporgli una scelta pressoché casuale, oppure, nel caso di persona cauta, una consulenza legale ancor prima dell'inizio del rapporto lavorativo. Una scelta di legge al momento dell'instaurazione della controversia, invece, non avrebbe senso nel rapporto di durata: la scelta rischierebbe di produrre una modifica della legge applicabile con effetti retroattivi, creando incertezza giuridica e possibile instabilità del rapporto.

V. L'autonomia della volontà: la deroga alla disciplina classica nelle obbligazioni contrattuali

28. Le obbligazioni contrattuali sono il terreno più fertile per l'ammissione dell'autonomia internazionalprivatistica³², trattandosi della costituzione di rapporti fra privati nei quali rimane sovrana la volontà dei contraenti (artt. 25 e 26 del regolamento n. 1215/2012³³; art. 3, parr. 1 e 2 del regolamento Roma I). Nel quadro della protezione di una parte contrattuale debole, tuttavia, tale libertà deve essere limitata, affinché il suo esercizio non costituisca di fatto un'imposizione di clausole contrattuali, incluse di natura internazionalprivatistica, volute dalla parte forte.

29. Sul piano teorico esistono diverse modalità di limitazione dell'autonomia volontà, che vanno dall'individuazione dei fori o delle leggi che possono essere scelti, alla previsione di oneri formali per le clausole di *optio*, alla limitazione degli effetti della scelta.

30. Il primo metodo è utile per limitare l'eventuale scelta imposta dal datore di lavoro. Se fosse assoluta, porterebbe all'applicazione di un foro e di una legge a lui favorevoli, per qualsiasi motivo oggettivo o soggettivo, anche qualora questi non presentassero alcun collegamento con la controversia.

31. Il secondo strumento consente un aggravio delle forme, che permette al lavoratore di ponderare le proprie scelte. La formalità del metodo non ammette tuttavia alcuna valutazione sostanziale.

³¹ V. *infra*, par. V.

³² M. GIULIANO, "La loi applicable aux contrats: problèmes choisis", *Recueil des Cours*, 1977, tomo 158, pp. 187 ss.; S.M. CARBONE, "L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 1, 2007, pp. 890 ss.; E. PAGANO (a cura di), *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; J. BASEDOW, *The Law of open societies. Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Den Haag, Brill / Nijhoff, 2015, pp. 507 ss. In giurisprudenza: Corte di giustizia 25 aprile 2024, *Maersk*, cause riunite da C-345/22 a C-347/22, ECLI:EU:C:2024:349.

³³ Secondo la Corte di giustizia 8 febbraio 2024, *Inkreal*, C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123, la proroga di giurisdizione è sufficiente all'internazionalizzazione del contratto, anche quando tutti gli elementi della fattispecie siano collocati in un solo Stato membro.

le dell'atto validamente sottoscritto e non assicura quindi né una tutela sostanziale, né di evitare una tendenza del lavoratore a sottoscrivere qualsiasi clausola contrattuale per poter soddisfare le proprie necessità alimentari.

32. Il terzo metodo consente un intervento sugli effetti prodotti dall'applicazione della legge scelta, ammettendo la possibilità di parziale applicazione di un'altra legge, maggiormente favorevole al lavoratore, sebbene per diversi profili e con metodi differenti. Sono i classici strumenti dell'ordine pubblico, delle norme internazionalmente inderogabili e delle norme di applicazione necessaria.

33. Tutte queste tecniche sono utilizzate in modo combinato nel diritto dell'Unione europea. La limitazione della scelta è un metodo tipico nel regolamento n. 1215/2012. Ai sensi dell'art. 23, la proroga può essere esercitata solo o posteriormente al sorgere della controversia, presumendo che il lavoratore si sia già rivolto a un difensore tecnico che eventualmente possa assisterlo o consigliarlo nella scelta, ovvero nell'accettazione della proposta del datore di lavoro; oppure che consenta al solo lavoratore di adire un'autorità giurisdizionale diversa da quelle indicate nei titoli di giurisdizione della Sezione 5. Quest'ultimo accordo è capace di ampliare le possibilità di scelta alternativa a favore del contraente debole, dal momento che non ha carattere di esclusività³⁴.

34. Il secondo strumento rafforza l'efficacia del primo nell'ambito della proroga, dal momento che l'art. 25 prevede requisiti formali (invero non particolarmente stringenti) della clausola di attribuzione della giurisdizione. Più significativo appare invece l'obbligo del giudice adito di accertare la consapevolezza del lavoratore – convenuto del diritto di eccepire l'incompetenza, onde evitare la proroga tacita. La disposizione costituisce una novità rispetto all'art. 24 del regolamento n. 44/2001 e alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia³⁵ onde garantire una maggior tutela al convenuto parte debole. Si tratta di una tutela estremamente rafforzata, dal momento che con la necessaria costituzione in giudizio la parte debole dovrebbe già essere rappresentata da un difensore tecnico.

35. Il terzo metodo è quello classico delle norme di conflitto nel regolamento Roma I. Gli effetti della scelta della legge applicabile sono limitabili in diversa misura.

36. In primo luogo, le norme imperative della legge oggettivamente individuata sono rilevanti quando quella scelta priverebbe il lavoratore della tutela garantita dalla prima. Spetta al giudice nazionale individuare quali siano le norme o le condizioni contrattuali a protezione del lavoratore, nel rispetto del diritto dell'Unione europea. Come chiarito dalla Corte di giustizia, vi rientra sicuramente la retribuzione minima³⁶, ma ad avviso di chi scrive dovrebbero essere compresi anche tutti gli elementi cardine già garantiti dal diritto dell'Unione europea, quali ad esempio: il diritto alle ferie, in quanto contemplato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che esprime efficacia diretta³⁷; alla parità retributiva, come principio basilare stabilito dal Trattato, anch'esso avente efficacia diretta³⁸; alle informazioni minime sul rapporto di lavoro al momento della conclusione del contratto³⁹.

³⁴ S. MARINO, *op. cit.*, p. 279.

³⁵ Corte di giustizia 20 maggio 2010, *Bilas*, C-111/09, ECLI:EU:C:2010:290.

³⁶ Corte di giustizia 15 luglio 2021, *DG e EH*, cause riunite C 152/20 e C 218/20, ECLI:EU:C:2021:600; Direttiva (UE) 2022/2041, del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, *GUUE* 275 del 25 ottobre 2022, p. 33. Nel concetto di retribuzione possono rientrare anche i diritti pensionistici, come chiarito nell'ambito del principio di non discriminazione retributiva (Corte di giustizia 17 maggio 1990, *Barber*, C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209; 6 ottobre 1993, *Ten Oever*, C-109/91, ECLI:EU:C:1993:833; 28 settembre 1994, *Van den Akker*, C-28/93, ECLI:EU:C:1994:351) e dallo Hoge Raad 23 giugno 2023, *Presta*, 22/00636, ECLI:NL:HR:2023:969, consultabile sul sito: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2023:969>, in applicazione dell'art. 8, par. 1 del regolamento Roma I.

³⁷ Corte di giustizia 6 novembre 2018, *Bauer e Broßonn*, cause riunite C-569/16 e C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871.

³⁸ Corte di giustizia 8 aprile 1976, *Defrenne II*, 43/75, ECLI:EU:C:1976:56.

³⁹ Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, *GUUE* L 186 del 11 luglio 2019, p. 105.

37. Pertanto, si opera un *dépeçage* che consente l'applicazione della miglior disciplina disponibile, nella combinazione fra legge scelta e legge individuata tramite criteri di collegamento oggettivi. Al giudice si richiede di valutare e comparare il contenuto e gli effetti della legge scelta e della legge applicabile, al fine di verificare se la prima consenta almeno le stesse tutele della seconda. L'operazione non è semplice e immediata, anche per il mero fatto che almeno una delle leggi in conflitto – se non entrambe – non è la *lex fori*. Ciò nonostante, è un metodo adeguato al fine di garantire una libertà di scelta ai contraenti⁴⁰, senza pregiudicare i diritti della parte debole.

38. In secondo luogo, si applicano le normali garanzie in caso di scelta di legge quando una situazione sia puramente interna a uno Stato membro o all'Unione europea⁴¹ (art. 3, par. 3 e 4). Queste norme hanno un intento antielusivo della legge che sarebbe normalmente applicabile, o naturalmente l'unica applicabile nelle situazioni puramente interne a uno Stato membro dell'Unione. Tale forma di tutela è stabilita in via generale, ma è importante per la parte debole, dal momento che consente l'applicazione delle norme inderogabili della legge oggettivamente applicabile, con un risultato immediatamente analogo a quello dell'art. 8, par. 1.

VI. Altri strumenti di tutela del lavoratore come parte debole

1. Titoli di giurisdizione e criteri di collegamento a cascata

39. Un sistema per assicurare la soluzione internazionalprivatistica più favorevole al lavoratore è costituito dalla previsione di una serie di titoli di giurisdizione e di criteri di collegamento a cascata, materialmente orientati. Il metodo si apprezza particolarmente nell'individuazione della legge applicabile, dal momento che l'invocabilità dei criteri di collegamento successivi può essere subordinata all'inefficacia di quelli precedenti al raggiungimento dell'obiettivo desiderato, cioè il soddisfacimento delle pretese del lavoratore. Esso ha una rilevanza meno immediata nella determinazione della giurisdizione, dal momento che è più complesso subordinare la competenza internazionale alla realizzazione di un obiettivo materiale.

40. Il diritto dell'Unione europea non utilizza questo metodo nella disciplina del rapporto di lavoro, essenzialmente per due motivi. In primo luogo, come per i criteri di collegamento alternativi, è necessario stabilire fin dall'inizio l'applicazione di una determinata legge in un rapporto di durata, ed è contrario alla certezza del diritto determinarla appena nel momento in cui sorge la controversia. In secondo luogo, l'individuazione della legge in assoluto più favorevole non è l'obiettivo principale dell'art. 8 del regolamento Roma I, come lo dimostrano i criteri di collegamento impiegati⁴². Pertanto, non è utilizzabile un metodo così marcatamente materiale nella determinazione della legge applicabile.

41. Inoltre, tale soluzione comporta difficoltà pratiche, dal momento che il giudice adito sarebbe tenuto ad accertare il contenuto della legge individuata dal primo criterio di collegamento, verificarne gli effetti nello specifico rapporto ed eventualmente escluderla, e così potenzialmente per tutto l'elenco dei criteri di collegamento stabiliti fino al reperimento di una legge idonea. Difficoltà ulteriori possono sorgere quando il lavoratore ponga più domande, di cui talune soddisfacibili in applicazione di una legge, altre tramite una diversa legge. Il regolamento Roma I non indica alcuna soluzione; teoricamente, o è ammesso il *dépeçage*, o è stabilito un criterio oggettivo di scelta fra le leggi in parziale conflitto positivo.

⁴⁰ Deve trattarsi di una libertà effettiva, dal momento che l'*optio* non può essere imposta normativamente. Tuttavia, al fine del perfezionamento dell'accordo, la scelta può essere effettuata dal datore di lavoro con sottoscrizione del lavoratore (Corte di giustizia, *DG e EH*, cit.)

⁴¹ A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich, Schulthess, 1998 N. BOSCHIERO, "Norme inderogabili, "disposizioni imperative del diritto comunitario", e "leggi di polizia" nella proposta di Regolamento "Roma I", in N. BOSCHIERO (a cura di), *Il nuovo diritto europeo dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 111.

⁴² Con riferimento ai consumatori: Corte di giustizia 14 settembre 2023, *Club La Costa*, C-821/21, ECLI:EU:C:2023:672; ord. 14 marzo 2024, *VK*, C-429/22, ECLI:EU:C:2024:245.

2. La disciplina uniforme a livello internazionale

42. L'ultimo strumento per assicurare una tutela a un contraente debole in una situazione transfrontaliera, è l'adozione di norme sostanziali uniformi che disciplinino direttamente il rapporto in modo uniforme in tutti gli Stati che le abbiano accettate. Si tratta del sistema più complesso, dal momento che è necessario il consenso di più Stati a una disciplina specifica, e quindi non trova esempi concreti.

43. Solo l'Unione europea è intervenuta con una normativa parziale sul rapporto di lavoro. Tale incompletezza non dipende solo dal necessario consenso statale, ma anche dalle limitate competenze dell'Unione europea in materia, che può sfruttare solo le basi giuridiche relative alle libertà di circolazione⁴³, al principio di non discriminazione⁴⁴, alle limitate competenze nell'ambito della politica sociale⁴⁵ e appunto alla cooperazione giudiziaria civile. Allo stato attuale, non è possibile immaginare una normativa sostanziale completa e uniforme del rapporto di lavoro.

44. In ogni caso, anche l'ipotetica adozione di norme uniformi non è in grado di risolvere tutti i problemi di coordinamento. In primo luogo, in assenza di un organo giurisdizionale centralizzato⁴⁶, le norme uniformi potrebbe essere interpretate e applicate in maniera diversa negli Stati aderenti⁴⁷. In secondo luogo, si pone il problema di sapere se la convenzione debba essere applicata anche nei confronti di Paesi non aderenti, se ivi non specificato, sollevando il problema del rapporto fra norme uniformi e norme di conflitto⁴⁸. Infine, il diritto uniforme di origine convenzionale non esclude la necessità del diritto internazionale privato⁴⁹.

VII. Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze

45. L'ultimo momento in cui è possibile assicurare una protezione alla parte debole è il riconoscimento e l'esecuzione transnazionali delle sentenze, al fine di consentirne l'agevole circolazione laddove una decisione giurisdizionale, adottata a seguito di equo processo, consenta di soddisfare le sue pretese; o impedendola, laddove contenga un *vulnus* ai diritti sostanziali o processuali della parte debole.

46. Il primo obiettivo è assicurato dall'agevole sistema di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze stabilito dal regolamento n. 1215/2012, che ne impone l'automaticità, salva opposizione, nonché dalla possibilità di richiedere un titolo esecutivo europeo⁵⁰ o un'ingiunzione di pagamento europea⁵¹.

⁴³ Vi rientra, ad esempio, la Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, *GUCE* L 18 del 21 gennaio 1997, p. 1.

⁴⁴ Direttiva (UE) 2023/970, del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione, *GUUE* L 132 del 17 maggio 2023, p. 21.

⁴⁵ Si pensi, ad esempio, alle direttive 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili e 2022/2041 sui salari minimi.

⁴⁶ Il problema dovrebbe quindi essere meno sensibile nell'Unione europea.

⁴⁷ S. BARIATTI, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, CEDAM, 1986.

⁴⁸ Per diverse posizioni: H. BATIFFOL, "Le pluralisme de méthodes en droit international privé", *Recueil des Cours*, 1973, tomo 139, p. 115; F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, 1973, p. 137.

⁴⁹ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, Liguori, 1957; P. LAGARDE, "Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois? (à propos de l'arrêt HOCKE de la Section commerciale du 4 mars 1963)", *Revue critique de droit international privé*, n. 1, 1964, p. 235; H. BAUER, "Les traités et les règles de droit international privé matériel", *Revue critique de droit international privé*, 1966, p. 552.

⁵⁰ Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, *GUUE* L 143 del 30 aprile 2004, p. 15.

⁵¹ Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, *GUUE* L 399 del 30 dicembre 2006, p. 1, come modificato dal Regolamento (UE) 2015/2421 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, *GUUE* L 341 del 24 dicembre 2015, p. 1. Invece, il Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento eu-

Nell'Unione europea pare quindi piuttosto complesso impedire o limitare la circolazione di una sentenza favorevole al lavoratore in tutti gli Stati membri⁵².

47. Il secondo obiettivo è realizzabile principalmente tramite tre strumenti. La tutela sostanziale soggiace al limite dell'ordine pubblico dello Stato richiesto dell'esecuzione. Sebbene esso debba essere interpretato restrittivamente nell'Unione europea, si ritiene che possa impedire il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza adottata in totale spregio dei diritti minimali del lavoratore, sostanziali o relativi all'equo processo⁵³.

48. La protezione processuale può essere realizzata collegando la circolazione delle sentenze alla competenza giurisdizionale. Così la Convenzione dell'Aja del 2019 prevede l'accertamento della competenza indiretta, con una limitazione dei fori rilevanti quando il riconoscimento o l'esecuzione siano richiesti contro una parte debole (art. 5, par. 2), per cui la sentenza resa da alcuni organi giurisdizionali nazionali competenti sul fondamento di determinati titoli di giurisdizione – seppur previsti nel catalogo – non può essere riconosciuta o eseguita negli altri Stati contraenti. Nell'ambito del regolamento n. 1215/2012 è ineseguibile nei confronti del lavoratore la sentenza adottata in violazione della Sezione 5 (art. 45, par. 1, lett. e))⁵⁴, sebbene il giudice richiesto sia vincolato all'accertamento dei fatti utili a fondare la competenza compiuto dal giudice del merito⁵⁵.

49. L'asimmetria prevista in entrambi gli strumenti costituisce ulteriore protezione nei confronti del lavoratore. Nell'ambito convenzionale, quest'ultimo può ottenere il riconoscimento o l'esecuzione della sentenza purché il giudice del merito corrisponda a uno qualunque degli organi giurisdizionali indicati nell'ampio catalogo delle competenze indirette. Nel regolamento, nei confronti del datore di lavoro la sentenza circola a prescindere da quale giudice abbia adottato la sentenza di merito, quindi anche se incompetente, e da quale titolo di giurisdizione abbia ritenuto rilevante⁵⁶.

50. Stupisce pertanto che negli altri regolamenti citati non sia prevista alcuna tutela del lavoratore nella fase di esecuzione. Per il titolo esecutivo europeo, ciò pare ancor più contraddittorio, poiché sono previste talune cautele a favore dell'assicurato e del consumatore, quali altre parti deboli nel diritto internazionale processuale dell'Unione europea. Analogamente, nell'ingiunzione di pagamento la competenza giurisdizionale è determinata conformemente al regolamento n. 44/2001 (art. 6), con ulteriori tutele a favore del consumatore, ma non è stabilita alcuna garanzia a favore del lavoratore. Queste scelte possono essere giustificate solo in parte del fatto che i due regolamenti abbiano ad oggetto crediti pecuniari (articoli 4 del regolamento n. 805/2004 e n. 1896/2006), per i quali difficilmente il lavoratore può essere convenuto. Sebbene si tratti di un'ipotesi meno frequente rispetto all'azione per crediti di lavoro,

ropeo per le controversie di modesta entità, *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 1, come modificato dal regolamento 2015/2421 non è applicabile alle controversie riguardanti il diritto del lavoro (art. 2, par. 2, lett. h)).

⁵² La Convention de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, conclusa il 2 luglio 2019, reca un sistema semplificato di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, non comparabile con l'automatismo nell'Unione europea, ma certamente più agevole in una prospettiva comparatistica nella comunità internazionale.

⁵³ Si è espressa molto chiaramente in tal senso la Corte di giustizia 2 aprile 2009, *Gambazzi*, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219, sebbene non nell'ambito della tutela della parte debole. Il principio della tutela dei diritti processuali non può tuttavia variare sulla base della natura delle parti e della controversia.

⁵⁴ Neanche l'autorità dello Stato di origine, richiesta della produzione del certificato di cui all'art. 53 del regolamento n. 1215/2012, può verificare la competenza del giudice del merito al fine di informare la parte debole della sua possibilità di presentare istanza di diniego di riconoscimento ai sensi dell'art. 45 (Corte di giustizia 4 settembre 2019, *Salvoni*, C-347/18, ECLI:EU:C:2019:661).

⁵⁵ Il divieto di esame nel merito è assoluto (art. 52).

⁵⁶ Di regola, infatti, non deve essere compiuta una valutazione della competenza del giudice del merito e il limite dell'ordine pubblico non si applica alle questioni di competenza (art. 45, par. 3). Inoltre, non è rilevante l'eventuale violazione delle norme sulla litispendenza (Corte di giustizia 16 gennaio 2019, *Liberato*, C-386/17, ECLI:EU:C:2019:24), né di un accordo sulla proroga del foro (Corte di giustizia 21 marzo 2024, *Gjensidige*, C-90/22, ECLI:EU:C:2024:252).

essa non può essere del tutto esclusa⁵⁷. In queste ipotesi, il lavoratore si troverebbe del tutto privato di qualsiasi tutela in fase esecutiva.

VIII. Alcune considerazioni conclusive

51. La protezione del lavoratore nella cooperazione giudiziaria civile alterna una minima protezione nel contenuto con un'attenzione ai requisiti formali, sicché alla competenza di un giudice prossimo al lavoratore, o comunque scelto dallo stesso piuttosto liberamente, si affianca l'applicazione di una legge non necessariamente favorevole allo stesso, al più bilanciata con gli strumenti internazionalprivatistici classici, o con le norme imperative.

52. Conseguentemente non è possibile affermare che il diritto dell'Unione europea ricerchi la soluzione sostanzialmente più favorevole per il lavoratore. Del resto, le variabili per assicurare *in ogni caso* il soddisfacimento delle pretese del lavoratore sono tali, da rendere estremamente onerosa l'individuazione di un giudice in uno Stato membro con un *corpus* importante di norme di applicazione necessaria, il quale possa altresì gestire efficacemente il processo e che sia localizzato in un luogo tale da non rendere apparentemente sconveniente l'azione. Analogamente, l'individuazione della legge che senz'altro garantisca le istanze del lavoratore richiederebbe una attenta analisi di potenzialmente numerose leggi in conflitto, che non solo renderebbe complessa l'attività accertativa del giudice, ma che *a priori* creerebbe incertezza sulla legge applicabile al rapporto di lavoro dal suo inizio.

53. In alcuni casi il sistema consente la coincidenza di *forum* e *ius*⁵⁸. Non si tratta di un risultato certo, già per il solo fatto che il domicilio del lavoratore – titolo di giurisdizione – non si identifica con il luogo di prestazione dell'attività. Tale coincidenza offre vantaggi specifici all'organo giudicante, nel senso di una semplificazione dell'accertamento del contenuto della legge applicabile. Tuttavia, «i giudici di un altro Stato membro sono perfettamente in grado di applicare una normativa straniera»⁵⁹, soprattutto quando esista un'armonizzazione almeno parziale nell'Unione europea, come avviene proprio nell'ambito del rapporto di lavoro. Pertanto, tale eventuale coincidenza non sembra attribuire alcun particolare vantaggio al lavoratore.

54. Il livello di protezione prefissato nella cooperazione giudiziaria civile e i suoi obiettivi paiono altresì inderogabili. Lo conferma, con riferimento alla giurisdizione, la sentenza della Corte di giustizia nel caso *ROI Land Investments*, secondo la quale non è applicabile il diritto nazionale più favorevole quando i titoli di giurisdizione siano già chiaramente individuati dal regolamento n. 1215/2012. Indirettamente, per la determinazione della legge applicabile, ne è testimonianza la sentenza *Nikiforidis*, che interpreta restrittivamente l'ambito delle norme di applicazione necessaria, sebbene possano essere portatrici di livelli di tutela superiori. Del resto, le disposizioni speciali a favore della parte debole hanno carattere di esclusività⁶⁰.

55. Ne consegue che il diritto internazionale privato e processuale può orientare verso soluzioni materiali arricchendosi di valori, ma non può contenere in sé stesso l'esatta concretizzazione o l'esaltazione di tali valori. Solo il diritto sostanziale può raggiungere tali obiettivi, e in una prospettiva di integrazione sociale europea, il compito dovrebbe ricadere proprio all'Unione europea, per assicurare a tutti i lavoratori e (nel quadro internazionalprivatistico) a chi eserciti le libertà di circolazione, un soddisfacente livello minimo di protezione nel rapporto di lavoro.

⁵⁷ Si pensi a una richiesta risarcitoria del datore di lavoro per danni provocati dal lavoratore su beni di proprietà aziendale.

⁵⁸ Non è quindi impiegato il cd. *jurisdictional approach*: P. PICONE, *op. cit.*, pp. 143 ss.

⁵⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou, presentate il 22 febbraio 2024, *BSH Hausgeräte GmbH*, C-339/22, par. 59. Recentemente in dottrina: P. FRANZINA / O. VANIN, *L'accertamento del diritto straniero*, Torino, Giappichelli, 2021.

⁶⁰ Sentenze *Glaxosmithkline*, *Club La Costa* e ord. *VK*, cit.

L'accertamento e l'interpretazione del Diritto straniero richiamato: nel Diritto internazionale privato europeo: una questione ancora aperta

The application and interpretation of foreign law in European private international law: still an open question

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI

Professore ordinario di Diritto internazionale

Università degli Studi di Macerata

ORCID ID: 0000-0002-4188-8099

Recibido: 22.07.2024 / Aceptado: 27.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8962

Resumen: L'accertamento ed interpretazione del diritto straniero richiamato costituisce una questione generale del diritto internazionale privato che è rimasta sinora non affrontata nei regolamenti europei adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Dopo avere preso in considerazione le diverse proposte avanzate da studiosi e da istituzioni scientifiche per l'adozione di regole comuni in materia, l'autore si sforza di tratteggiare una soluzione che possa essere compatibile con i principi e gli obiettivi che sono propri del crescente sistema europeo di diritto internazionale privato. In linea di principio, il diritto straniero reso applicabile dalle norme di conflitto contenute in un regolamento europeo dovrebbe essere applicato *ex officio* dal giudice, secondo l'interpretazione che il diritto in questione riceve nel suo proprio ordinamento giuridico. Nondimeno, alcune eccezioni devono ragionevolmente poter essere contemplate, in un'ottica di temperamento tra il dover garantire l'effettività delle regole di diritto internazionale privato europee e la tutela dei diritti procedurali delle parti. In particolare, appare ragionevole ammettere che, nella misura in cui i regolamenti europei concedono alle parti la libertà di scelta del diritto applicabile, altrettanto debba ritenersi ammissibile una rinuncia ad opera delle parti stesse all'applicazione del diritto straniero, allo scopo di evitare le spese e lungaggini che l'accertamento del contenuto e dell'interpretazione del diritto straniero possono comportare. Nella medesima ottica, il giudice deve potersi ritenere dispensato dall'obbligo di applicare il diritto straniero in casi eccezionali, riguardanti per lo più diritti extraeuropei, in cui l'accertamento del suo contenuto ed interpretazione si riveli a tal punto complesso da essere incompatibile con il dovere di assicurare una durata ragionevole del processo.

Palabras clave: Diritto straniero: accertamento e interpretazione, Diritto internazionale privato europeo; *Iura novit curia*, Autonomia delle parti, Durata ragionevole del processo.

Abstract: The issue of the application and interpretation of foreign law stands as a general question of private international law so far left untouched by the EU Regulations adopted within the domain of judicial cooperation in civil matters. After having reviewed the various proposals for the adoption of common rules in this respect, put forward by academics and scientific institutions, the present article

*Testo riveduto ed adattato di una relazione svolta dall'autore alla Tavola rotonda *Verso il completamento dello spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, tenutasi presso l'Università degli Studi di Genova il 15 dicembre 2023, destinato ad essere pubblicato nel volume che ne raccoglie gli atti.

strives to set out a solution to the said issue, in such terms as would appear more consistent with the principles and goals underlying the growing European system of private international law. In principle, foreign law, as applicable pursuant to the conflict of laws rules contained in EU regulations, should be applied *ex officio* by Member States' courts, strictly following the interpretation which such a law receives in its own legal system. Nonetheless, exceptions ought probably to be contemplated in order to strike a fair balance between ensuring the effectiveness of EU private international law rules and protecting the procedural rights of the parties. Especially, it seems reasonable to concede that, insofar as the parties are granted freedom to choose the applicable law, they should also be allowed to waive the application of foreign law, in order to save the time and expenses required to ascertain the content of that law and its correct interpretation. It should also reasonably be admitted to release the courts of their duty to apply foreign law in those exceptional circumstances, mostly concerning in practice non-European legal systems, where the ascertainment of the content and correct interpretation of that law would be incompatible with the courts' duty to ensure a reasonable duration of their proceedings.

Keywords: Foreign law: application and interpretation, European Private International Law, *Jura novit curia*, Party autonomy, Reasonable duration of court proceedings.

Sumario: I. L'assenza di una disciplina in materia nei regolamenti europei di diritto internazionale privato. II. Le diverse proposte di introdurre una disciplina al riguardo in un ipotizzato regolamento "Roma 0" ovvero in un codice europeo di diritto internazionale privato, o in un regolamento apposito. III. L'inadeguatezza della soluzione consistente in un rinvio alle soluzioni nazionali alla stregua di una questione di carattere procedurale. IV. Implicazioni derivanti dalla natura giuridica dei regolamenti europei nei quali le regole sulla legge applicabile sono contenute. V. L'incidenza dell'autonomia delle parti, tra scelta della legge applicabile e rinuncia all'applicazione della legge richiamata dalle norme di conflitto pertinenti. VI. Difficoltà suscettibili di insorgere nell'accertamento del diritto straniero richiamato o nella sua interpretazione e soluzioni residuali. VII. Considerazioni conclusive.

I. L'assenza di una disciplina in materia nei regolamenti europei di diritto internazionale privato.

1. Come è agevole constatare, i regolamenti adottati sino a questo momento dall'Unione europea per introdurre regole comuni di diritto internazionale privato tra gli Stati membri nel contesto della disciplina della cooperazione giudiziaria in materia civile non affrontano la questione dell'accertamento e dell'interpretazione del diritto straniero richiamato dalle regole che essi stessi pongono. Sotto questo aspetto non si riscontrano differenze tra i regolamenti specificamente dedicati all'adozione di una disciplina comune della legge applicabile in una data materia¹, e i regolamenti cosiddetti di nuova generazione, che, con riferimento ad una data materia introducono una disciplina completa dei diversi profili, giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni ed atti stranieri, suscettibili di porsi nella disciplina dei rapporti giuridici transfrontalieri tra privati².

¹ Si tratta, come è noto, del Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), in *GUUE*, L 199 del 31 luglio 2007, del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), in *GUUE*, L 177 del 4 luglio 2008 e del Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III), in *GUUE*, L 343 del 29 dicembre 2010. Accenni alla problematica tuttavia compaiono, come si noterà più avanti, rispettivamente nella clausola di revisione del primo di tali regolamenti e nel preambolo dell'ultimo.

² Si tratta del Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *GUUE*, L 7 del 10 gennaio 2009, del Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in *GUUE*, L 201 del 27 luglio 2012, del Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in *GUUE*, L 183 dell'8 luglio 2016 e del parallelo Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016,

2. Tale mancanza, che si può configurare, allo stato, come una vera e propria lacuna del nascente sistema europeo di diritto internazionale privato, stride con la presenza, all'interno di ciascuno di tali regolamenti, di disposizioni che regolano le altre questioni generali di diritto internazionale privato, espressione con la quale, come è noto, si intendono quelle questioni attinenti al modo di operare delle regole di conflitto nel loro insieme. In ciascuno dei regolamenti di cui si tratta, infatti, è dato rintracciare una disposizione, a volte coincidente con quella recata dagli altri regolamenti, a volte divergente a seconda, evidentemente, delle esigenze e degli obiettivi sottesi alla disciplina internazionalprivatistica dell'una piuttosto che dell'altra materia, con riferimento a questioni come il rinvio, l'ordine pubblico, il richiamo di ordinamenti plurilegislativi, o, in alcuni casi almeno, le norme di applicazione necessaria, mentre nulla è detto in ordine all'accertamento ed interpretazione del diritto straniero richiamato³.

3. Questo silenzio si pone a sua volta in contrasto con la frequente presenza di disposizioni dedicate a queste ultime questioni nella gran parte delle leggi statali di diritto internazionale privato adottate dagli Stati membri che negli ultimi decenni hanno proceduto, anteriormente all'acquisizione da parte della allora Comunità e poi Unione europea di competenza legislativa in materia, e in qualche caso anche contemporaneamente, a una codificazione ovvero riforma delle regole di diritto internazionale privato nazionale, tra i quali l'Italia. Ciò ha fatto sorgere non trascurabili incertezze sul piano dei rapporti tra la disciplina contenuta nei regolamenti dell'Unione europea che regolano la legge applicabile ora nell'una ora nell'altra materia e le soluzioni recate dai singoli sistemi nazionali di diritto internazionale privato per le questioni non disciplinate nei regolamenti dell'Unione⁴. Incertezze che, come si avrà modo di osservare specificamente più avanti, rischiano di minare l'uniforme applicazione delle regole stesse diritto internazionale privato recate dai singoli regolamenti adottati dall'Unione, essendo con evidenza la questione dell'accertamento ed interpretazione del diritto straniero richiamato intrinsecamente connessa e anzi strumentale ad un'effettiva e corretta applicazione delle regole di conflitto poste dai regolamenti europei.

4. Di questo rapporto di strumentalità tra individuazione di regole comuni quanto all'accertamento e all'interpretazione del diritto straniero richiamato e corretta e uniforme applicazione delle regole di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti europei in materia era del resto stata data evidenza nelle disposizioni finali del primo di tali regolamenti in ordine cronologico ad essere adottato, e cioè nel regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali, noto come regolamen-

che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, *ibidem*. Il medesimo modello è stato seguito, da ultimo, nella Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, doc. COM (2022) 695 def., del 7 dicembre 2022.

³ La criticità della mancanza di disposizioni in proposito nei regolamenti europei di diritto internazionale privato è notata dalla generalità degli autori che si sono dedicati alla questione nell'ottica del diritto internazionale privato europeo: si vedano, tra gli altri, H. J. SONNENBERGER, *Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*, in D. BAETGE, J. VON HEIN, M. VON HINDEN (hrsg. v.), *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2008, p. 227 ss., p. 245 s.; C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds), *Application of Foreign Law*, Munich, 2011, p. 4 ss.; E.-M. KIENIGER, *Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts*, in S. LEIBLE, H. UNBERATH (hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena, 2013, p. 479 ss.; EAD., *Ascertaining and Applying Foreign Law*, in S. LEIBLE (ed.), *General Principles of European Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 357 ss.; S. CORNELOUP, *Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich*, in *RabelsZ*, 2014, p. 844 ss.; C. ESPLUGUES, G. PALAO, *Foreign Law, application and ascertainment*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, vol. I, Cheltenham – Northampton MA, 2017, p. 769 ss.

⁴ Si vedano nel senso, che appare discutibile non tanto per il risultato a cui è suscettibile di portare nel caso specifico degli articoli 14 e 15 della legge 31 maggio 1995, n. 218, ma per la soluzione di principio che presuppone, per cui la disciplina europea comune di diritto internazionale privato si presterebbe ad essere integrata su profili di rilievo strutturale come quello in esame dalle disposizioni di funzionamento dettate dai singoli sistemi nazionali, P. VENTURI, *Alcuni rilievi in tema di iura novit curia e norme di conflitto nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, 2019, p. 1337 ss., p. 1348 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, XI ed., Milano, 2024, p. 293.

to “Roma II”. Nella clausola di revisione che figura nell’art. 30 del regolamento, infatti, veniva dato mandato alla Commissione europea di presentare, entro l’agosto del 2011, una relazione sull’applicazione del regolamento stesso nei Paesi membri, precisandosi che tale relazione avrebbe dovuto contenere, tra l’altro, uno studio degli effetti derivanti dal modo in cui il diritto straniero è trattato nei sistemi dei diversi Stati membri e della misura in cui i giudici nei diversi Stati membri applicano il diritto straniero sulla base del regolamento⁵. Un ulteriore accenno al problema dell’accertamento del contenuto del diritto straniero richiamato compare, inoltre, nel preambolo del regolamento n. 1259/2010, attuativo di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile alla separazione personale e al divorzio, noto come regolamento “Roma III”. Peraltro, singolarmente, questo accenno è inserito all’interno di un considerando dedicato alla scelta della legge applicabile da parte dei coniugi, quasi a trascurare che l’esigenza di accertare il contenuto del diritto straniero applicabile si pone non meno quando questo si applichi in mancanza di scelta ad opera delle parti⁶. Nel considerando in questione, parendosi implicitamente presupporre che sia compito del giudice accertare il contenuto del diritto straniero da applicare, si prospetta che, ove a doversi applicare sia il diritto di un altro Stato membro dell’Unione europea, la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale istituita con la decisione 2001/470/CE⁷ potrà intervenire per fornire assistenza alle autorità giurisdizionali sul contenuto del diritto da applicarsi.

II. Le diverse proposte di introdurre una disciplina in materia in un ipotizzato regolamento “Roma 0” ovvero in un codice europeo di diritto internazionale privato, o in un regolamento apposito

5. Questa presa d’atto dell’incidenza del modo in cui il diritto straniero viene accertato ed interpretato da parte dei giudici dei diversi Stati membri su un’effettiva e coerente applicazione delle regole di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti europei si presta ad estendersi a tutte le regole di diritto internazionale privato contenute nei diversi regolamenti dell’Unione, anche, evidentemente, in quelli nei quali non compare alcun accenno del tenore che si è detto. Si tratta, infatti, come già si è notato, di una questione generale attinente al modo di funzionare delle regole di diritto internazionale privato nel loro insieme.

6. Sotto questo profilo emerge inevitabilmente la principale criticità della disciplina contenuta nei regolamenti europei in materia di diritto internazionale privato, la quale è costituita dal già notato carattere settoriale e frammentario della disciplina stessa, senza, almeno ad oggi, la creazione di un vero e proprio sistema unitario e coerente di diritto internazionale privato, munito di regole di carattere generale suscettibili di applicarsi trasversalmente nelle diverse materie⁸. Non sono peraltro mancate nel corso del tempo iniziative, dovute essenzialmente a studiosi della materia in diversi paesi europei, volte a promuovere l’adozione di un regolamento “Roma 0”, per usare l’efficace espressione adottata da alcuni studiosi tedeschi per intendere un regolamento destinato ad introdurre regole comuni sulle questioni generali di diritto internazionale privato, destinato ad applicarsi in parallelo e a ricondurre a sistema i singoli regolamenti contenenti regole sulla legge applicabile nelle singole materie⁹. Parallelamente a

⁵ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), cit., art. 30. Si vedano in proposito A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, p. 597 ss.; C. ESPLUGUES, G. PALAO, *Foreign Law, application and ascertainment*, cit., p. 769.

⁶ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III), cit., preambolo, considerando n. 14.

⁷ Decisione del Consiglio del 28 maggio 2001 relativa all’istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale (2001/470/CE), in *GUCE*, L174 del 27 giugno 2001.

⁸ Si vedano in particolare le osservazioni di H. J. SONNENBERGER, *Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*, cit., p. 227 ss.; J. BASEDOW, *Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?*, in *RabelsZ*, 2011, p. 671 s.; E. JAYME, *Kodifikation und Allgemeiner Teil im IPR*, in S. LEIBLE, H. UNBERATH (hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, cit., p. 34 ss.

⁹ Si vedano gli studi raccolti nel volume S. LEIBLE, H. UNBERATH (hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, cit., e, in termini generali, F. M. WILKE, *Einführung*, ivi, p. 23 ss.

questa prospettiva, si è anche discusso di un vero e proprio codice europeo di diritto internazionale privato, da adottarsi anch'esso nella forma di un regolamento e destinato a raccogliere in un testo unitario tanto le regole di carattere generale quanto le regole che potrebbero dirsi di parte speciale già contenute nei singoli regolamenti già adottati ovvero da adottarsi nelle materie sinora non toccate dalla legislazione dell'Unione¹⁰. Nel contesto delle riflessioni scientifiche ora ricordate, è stata anche prospettata l'eventualità, in considerazione della particolare urgenza di adottare regole comuni sulla questione in esame a fronte della complessità e delle prevedibili lungaggini dell'elaborazione di uno strumento di più vasta portata, di adottare un autonomo regolamento destinato a regolare specificamente la questione dell'accertamento ed applicazione del diritto straniero¹¹.

7. Nel contesto delle iniziative alle quali si è fatto riferimento, una soluzione normativa espressa con riferimento alla questione in esame si può rinvenire nel progetto di codice di diritto internazionale privato europeo elaborato da Paul Lagarde nel 2011. In questo progetto si prospetta la soluzione, che appare maggiormente coerente con il carattere di integrale obbligatorietà delle disposizioni contenute nei regolamenti dell'Unione europea che pongono i criteri per l'individuazione della legge applicabile nelle diverse materie, per la quale il diritto applicabile in base alle regole di diritto internazionale privato contenute nel codice stesso debba essere accertato d'ufficio dal giudice¹². La regola proposta nel progetto in esame prevede al tempo stesso, in un'ottica di verosimile apertura alle soluzioni più sfumate prevalenti in diversi Stati membri in proposito, che il giudice possa richiedere la collaborazione delle parti¹³. Peraltro, limitando più sensibilmente la portata del principio affermato, la regola prospettata nel progetto in esame concede alle parti del procedimento la possibilità di accordarsi nel senso di rinunciare all'applicazione della legge straniera applicabile in favore della *lex fori*, lasciando al tempo stesso aperta al legislatore europeo l'opzione di limitare questa possibilità ai soli casi in cui si sia in presenza di una controversia di carattere patrimoniale¹⁴. Questa soluzione appare a propria volta ispirata, pur se latamente, alla soluzione accolta dalla giurisprudenza francese di diritto internazionale privato, la quale fa riferimento a questo fine al carattere disponibile dei diritti in contesa¹⁵, soluzione che permane, pur se in

¹⁰ Si veda P. LAGARDE, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*, in *RebelsZ*, 2011, p. 673 ss. e, in proposito, J. BASEDOW, *Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?*, cit., p. 671 s.

¹¹ Si vedano in questa direzione, con accenti diversi sui quali si ritornerà, da una parte, INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Foreign Law and its Perspectives for the Future at the European Level*, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, *Executive Summary*, Avis 09-184, Lausanne, 11 July, 2011, disponibile online sul sito www.isdc.ch, p. 5 s.; ID., *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, *Synthesis Report with Recommendations*, Avis 09-184, Lausanne, 11 July, 2011, rev. 30 September, 2011, disponibile online ivi, p. 7 s., e, dall'altra, i *Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law* ("The Madrid Principles"), in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds), *Application of Foreign Law*, Munich, 2011, p. 95 ss.

¹² P. LAGARDE, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*, cit., art. 133. Da notare che la medesima soluzione è prospettata nel più recente progetto di codice francese di diritto internazionale privato, all'art. 9.1: si veda *Projet de code de droit international privé, Rapport du groupe de travail présidé par J.-P. ANCEL*, mars 2022, disponibile sul sito www.justice.gouv.fr, p. 24; in proposito, G. CUNIBERTI, *Foreign Law under the French Draft PIL Code (updated)*, in *The EAPIL Blog*, 25 May 2022, disponibile su <https://eapil.org/2022/05/25/foreign-law-under-the-french-draft-pil-code/>; D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET, C. NOURISSAT, *Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé*, in *Rev. crit. DIP*, 2022, p. 477 ss.; p. 491 s.; P. LAGARDE, *Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français*, ivi, p. 515 ss., p. 519 s.

¹³ La collaborazione delle parti, peraltro, è contemplata tra i diversi possibili mezzi tramite i quali il giudice può pervenire all'accertamento del diritto straniero applicabile anche dall'art. 14, primo comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, la quale, come è noto, pone a propria volta per principio l'applicazione d'ufficio del diritto straniero richiamato. Si veda, con riferimento al ruolo delle parti nell'economia complessiva dell'art. 14 della legge, che si può tradurre nell'onere di portare a conoscenza del giudice non già il contenuto del diritto straniero, posto che è compito del giudice accertarlo, bensì le circostanze di fatto, con particolare riferimento alla presenza di una clausola di scelta di legge in un contratto, che possono determinare l'assoggettamento del rapporto a tale diritto, P. VENTURI, *Alcuni rilievi in tema di iura novit curia e norme di conflitto nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 1343 ss.

¹⁴ P. LAGARDE, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*, cit., art. 133, secondo comma.

¹⁵ Tra le altre, Cass.1^{re} Civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, pourvoi n°87-11.198; 18 octobre 1988, pourvoi n°86-16.631; 4 décembre 1990, *Coveco*, pourvoi n° 89-14.285; 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, pourvoi n° 96-16.361; 26 mai 1999, *Belaid*, pourvoi n° 97-16.684; 19 avril 1988, *Roho*, pourvoi n°85-18.715; 6 mai 1997, *Hannover International*, pourvoi no 95-15.309. Si vedano al riguardo, tra gli altri, J. M. BISCHOFF, *Rapport introductif*, in *Table ronde sur le régime de la loi étrangère en Fran-*

termini di eccezione anziché di regola generale, anche nel recente progetto di codice francese di diritto internazionale privato¹⁶. Infine, con una soluzione molto tradizionale, la regola contenuta nel progetto ora evocato prevede l'applicazione a titolo sussidiario della *lex fori* nel caso in cui si riveli manifestamente impossibile accertare il contenuto del diritto straniero applicabile¹⁷. Sotto questo profilo, è appena il caso di notare che l'art. 14, secondo comma, della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato si presenta più articolato, nel prevedere in prima battuta l'applicazione della legge individuata mediante altri criteri di collegamento eventualmente esistenti¹⁸.

8. Lungo una linea largamente simile si pone un parallelo progetto di principi ispiratori di un ipotizzato regolamento europeo sull'applicazione del diritto straniero, elaborato da un gruppo di giuristi di diversi paesi europei e guidato da alcuni giuristi spagnoli¹⁹. Questo progetto ugualmente sostiene la posizione per la quale il diritto straniero deve essere applicato *ex officio* dalle autorità nazionali competenti, come tali intendendosi, secondo tale progetto, non soltanto gli organi giurisdizionali bensì anche le autorità di carattere non giurisdizionale che ciascuno Stato membro dovrà indicare²⁰. Il progetto di principi in questione pone nondimeno, in rapporto all'altro in precedenza richiamato, un' enfasi maggiore sul ruolo del giudice o altra pubblica autorità chiamata ad applicare il diritto straniero, precisando che essi dovranno adoperare i propri maggiori sforzi per accertare il contenuto del diritto straniero. Inoltre, il progetto ora esaminato fornisce, sul modello di quanto avviene, ad esempio, nell'art. 14, primo comma, della legge italiana, un elenco esemplificativo degli strumenti da utilizzarsi per compiere l'accertamento, tra i quali trovava posto, nondimeno, anche la collaborazione delle parti. Un margine di ambiguità è nondimeno presente in questo secondo progetto nel punto in cui, nel sesto principio enunciato, prevede che l'accertamento del diritto straniero debba compiersi nelle modalità previste dal diritto processuale nazionale. Il rinvio a tale diritto appare al tempo stesso doversi coordinare con l'indicazione, contenuta nei principi in esame, dei mezzi dei quali il giudice o altra autorità competente può avvalersi²¹. Nel momento in cui in base ai principi stessi viene fissato chiaramente il principio per il quale il diritto straniero deve essere applicato *ex officio* dal giudice o altra autorità competente, il rinvio al diritto processuale nazionale deve verosimilmente intendersi come limitato alle specifiche modalità nelle quali tale accertamento può avere luogo. A questo riguardo le modalità alternative indicate nei principi stessi devono quindi ritenersi presentare valenza meramente esemplificativa, e non già come idonee a rimettere in discussione il principio dell'applicazione officiosa del diritto straniero applicabile²².

9. Deve essere notato che, più coerentemente con l'assunto dell'applicazione *ex officio* del diritto straniero applicabile, nessun accenno compare nel progetto di principi in esame alla facoltà, che

ce après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1990-1991, Paris, 1992, p. 19 ss., p. 21; A. BOLZE, *Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français*, in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, 2008, p. 87 ss., p. 115 ss.

¹⁶ *Projet de code de droit international privé*, cit., art. 9.2. Si veda l'annesso *Rapport du groupe de travail présidé par J.-P. ANCEL*, cit., p. 24 s.; P. LAGARDE, *Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français*, cit., p. 519 s., il quale osserva come si riveli discutibile la scelta di prevedere che l'accordo intervenuto tra le parti in questo senso possa essere concluso unicamente a favore dell'applicazione del diritto francese.

¹⁷ P. LAGARDE, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*, cit., art. 133, terzo comma.

¹⁸ Si veda al riguardo P. VENTURI, *Alcuni rilievi in tema di iura novit curia e norme di conflitto nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 1351 ss.

¹⁹ Si tratta dei *Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law* ("The Madrid Principles"), in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds), *Application of Foreign Law*, cit., p. 95 ss.

²⁰ *Ivi*, *Principle II, Principle IV*.

²¹ *Ivi*, *Principle VI*.

²² Si vedano, sulla varietà delle soluzioni prevalenti nei diversi Stati membri quanto al bilanciamento tra poteri officiosi e ruolo delle parti nell'accertamento del contenuto del diritto straniero, profilo a proposito del quale l'indagine evidenzia sovente una non piena coerenza tra enunciazioni di principio e prassi concretamente seguita e accolta dalla giurisprudenza, C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCARRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, cit., p. 30 ss.; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, *Synthesis Report with Recommendations*, cit., p. 32 ss.

l'altro progetto esaminato in precedenza si è visto offrire alle parti di un procedimento pendente, di rinunciare, per i fini di quello specifico procedimento, all'applicazione del diritto straniero in favore della *lex fori*²³. Nondimeno, l'elemento della verosimile onerosità per le parti dell'accertamento del diritto straniero quantunque compiuto d'ufficio, per esempio ove il giudice o altra autorità competente debba ricorrere all'aiuto di un esperto o di un'istituzione specializzata, viene adeguatamente preso in considerazione nei principi in esame. Essi prevedono infatti espressamente che ove le parti abbiano diritto al gratuito patrocinio, o a forme analoghe di sostegno economico volto a garantire l'accesso alla tutela giurisdizionale come previsto nel diritto processuale nazionale, tali forme di sostegno debbano estendersi alle spese occorrenti per l'accertamento del diritto straniero applicabile²⁴. Il progetto di principi ora in esame affronta anche una questione che viene risolta diversamente nei singoli ordinamenti statali e che tendenzialmente, ma non sempre coerentemente, riflette il trattamento riservato al diritto straniero in ciascuno di tali ordinamenti, costituita dal regime di impugnabilità delle decisioni per motivi attinenti all'errata o omessa applicazione del diritto straniero. prevedendo che tale impugnabilità debba essere assicurata, ove del caso prevedendosi a livello nazionale specifici motivi di impugnazione²⁵. Quest'ultima previsione contenuta nel progetto in esame può agevolmente considerarsi ultronea, potendo rivelarsi sufficiente, e più immediato nel non richiedere interventi legislativi appositi, prevedere che i motivi di impugnazione ordinariamente previsti per errata o omessa applicazione di norme di diritto siano invocabili anche in relazione al diritto straniero²⁶. Quanto, infine, alla soluzione residuale cui ricorrere in caso di mancato accertamento del contenuto del diritto straniero, il progetto di principi ora in esame prevede, analogamente all'altro in precedenza esaminato, l'applicazione della *lex fori*. Nondimeno, in luogo di presupporre una manifesta impossibilità di accertare il contenuto del diritto in questione, il progetto ora esaminato, in un'ottica di relativizzazione del dovere per il giudice o altra autorità di applicare il diritto straniero richiamato, indica come sufficiente che non si sia pervenuti a un accertamento adeguato del diritto straniero entro un tempo ragionevole. Per di più, affianca a tale circostanza l'ipotesi in cui il diritto straniero una volta accertato si riveli inadeguato a disciplinare la questione controversa²⁷. L'equiparazione di questa seconda ipotesi a quella nella quale non sia possibile pervenire all'accertamento del diritto straniero entro un tempo ragionevole appare in realtà discutibile, sembrando difficile da conciliare col principio di completezza degli ordinamenti giuridici statali, per il quale una questione che in un dato ordinamento non riceva una soluzione normativa espressa andrà tendenzialmente ricercata all'interno dell'ordinamento stesso sulla base dei criteri ermeneutici da questo previsti, e non già ricorrendo a un ordinamento diverso²⁸.

10. Un approccio ispirato a un bilanciamento tra salvaguardia dell'effetto utile dei regolamenti europei di diritto internazionale privato e rispetto dell'autonomia delle parti è suggerito dalle raccomandazioni in ordine al contenuto di un futuro strumento europeo in materia formulate dall'Institut suisse

²³ P. LAGARDE, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*, cit., art. 133, secondo comma.

²⁴ *Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law* ("The Madrid Principles"), cit., *Principle VIII*.

²⁵ *Ivi*, *Principle X*.

²⁶ Si vedano, con riguardo alla varietà di soluzioni, non sempre necessariamente coerenti con la posizione di principio assunta con riferimento al trattamento processuale delle questioni relative al diritto straniero come questioni di diritto piuttosto che di fatto, accolte nei diversi Stati membri quanto all'esperibilità delle ordinarie impugnazioni per motivi di diritto in relazione all'errata o omessa applicazione del diritto straniero richiamato, C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, cit., p. 75 ss.; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 38 s.

²⁷ *Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law* ("The Madrid Principles"), cit., *Principle IX*.

²⁸ Si veda tuttavia sul punto P. VENTURI, *Alcuni rilievi in tema di iura novit curia e norme di conflitto nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 1351 ss., il quale osserva che il caso nel quale il diritto straniero richiamato presenti una lacuna normativa relativamente all'ipotesi considerata può tendenzialmente equipararsi a quello in cui l'operazione di accertamento del contenuto del diritto straniero non abbia avuto esito positivo, parendo quindi giustificato farsi luogo all'applicazione, nei casi regolati dalla legge italiana di riforma del diritto internazionale privato, alle soluzioni residuali contemplate dall'art. 14, secondo comma, della stessa legge, questa soluzione trovando riscontro in alcune disposizioni specifiche contenute o successivamente introdotte nella legge che prevedono l'applicazione della legge italiana nei casi in cui la legge richiamata non preveda un determinato istituto o non lo renda accessibile nelle circostanze del caso di specie.

de droit comparé in esito ad un ampio studio comparatistico della disciplina propria dei diversi Stati membri in materia di applicazione del diritto straniero²⁹. Nelle raccomandazioni in questione si propone infatti che nella misura in cui le regole di diritto internazionale privato poste dai regolamenti europei lascino all'autonomia delle parti l'individuazione del diritto applicabile, altrettanto debba consentirsi, in linea con quanto prospettato nel primo progetto sopra esaminato, che le parti stesse scelgano mediante un accordo posteriore all'avvio di un procedimento giudiziario di sottoporre la controversia alla *lex fori*. Le raccomandazioni in esame postulano nondimeno che una tale scelta sia compiuta espressamente e sia chiarito che essa è destinata a produrre effetti limitati allo specifico procedimento pendente, salvo una contraria intenzione sia chiaramente manifestata dalle parti³⁰. Coerentemente con l'ampio ruolo lasciato all'autonomia delle parti, e diversamente dai due progetti sopra esaminati, le raccomandazioni formulate dall'Institut suisse de droit comparé non prendono posizione nettamente nel senso dell'obbligo per i giudici degli Stati membri di applicare d'ufficio il diritto straniero richiamato, ponendo piuttosto in capo al giudice l'obbligo di sollecitare le parti a prendere posizione al riguardo³¹.

11. Questa posizione più sfumata, della quale si può dubitare della effettiva compatibilità col carattere tendenzialmente obbligatorio delle regole sull'individuazione della legge applicabile contenute nei regolamenti europei, appare peraltro fatta propria anche dal Groupe européen de droit international privé nella sua posizione espressa in occasione della riunione tenutasi a Losanna nel 2013³².

12. Le raccomandazioni dell'Institut suisse de droit comparé prendono in particolare considerazione l'incidenza sul trattamento del diritto straniero applicabile delle finalità specifiche proprie delle regole di diritto internazionale privato volte alla protezione delle parti deboli di determinati rapporti giuridici. Al riguardo, le raccomandazioni propongono che, nella misura in cui si tratti di dover dare applicazione a norme imperative di diritto dell'Unione europea, non possano essere ammessi accordi derogatori ad opera delle parti. Invece, nella misura in cui si tratti di proteggere specificamente l'interesse della parte debole di un dato rapporto, si dovrà consentire alla parte in questione di rinunciare, eventualmente imponendo il rispetto di certe garanzie procedurali. La soluzione prospettata a questo riguardo, pur apprezzabile nello sforzo di tener conto degli interessi sottesi al diritto della cui applicazione si tratta, si rivela nondimeno problematica. Infatti, nell'ipotesi in cui lo strumento mediante il quale le parti potrebbero rinunciare all'applicazione del diritto indicato dalle norme di conflitto in questione sia costituito da un accordo procedurale a favore della *lex fori*, quest'ultima legge, sul presupposto che il foro coincida con uno Stato membro affinché le regole di cui si discute possano venire in considerazione, sarebbe comunque soggetta alle norme imperative del diritto dell'Unione europea. In questa ipotesi, sarebbe con evidenza discutibile far luogo ad un confronto tra le diverse modalità nazionali di attuazione delle medesime regole del diritto dell'Unione³³. Per di più, sovente nelle regole imperative del diritto dell'Unione europea la protezione di interessi generali propri dell'Unione in quanto tale e di quelli di determinate categorie di soggetti si sovrappongono e, conseguentemente, la distinzione prospettata tra le regole protettive di interessi dell'uno e dell'altro tipo si rivelerebbe difficile da tracciare e rischierebbe di rivelarsi quindi opinabile.

13. Appaiono invece opportunamente concepite le raccomandazioni dell'Institut suisse de droit comparé nella parte relativa alle conseguenze del mancato accertamento del diritto straniero richiamato. A tal riguardo queste, nel fare riferimento alla soluzione generalmente accolta del ricorso a titolo residuale alla *lex fori*, prevedono nondimeno che debba aversi riguardo alla presenza di norme di conflitto

²⁹ INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 8, 19 s.

³⁰ Ivi, p. 67 ss.

³¹ Ivi, p. 76 s.

³² GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Position du Groupe européen de droit international privé sur l'obligation pour le juge de soulever d'office la question de la loi applicable pour les besoins de l'application des règlements européens de droit international privé*, disponibile online su <https://gedip-egpil.eu>.

³³ Si veda al riguardo Corte di giustizia UE, sentenza 17 ottobre 2013, causa C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV*, ECLI:EU:C:2013:663, punti 51-52.

contenute negli strumenti europei che prevedano un concorso alternativo o successivo tra criteri di collegamento o contemplino a titolo residuale l'applicazione della legge con la quale il rapporto presenti il collegamento più stretto³⁴.

14. In una direzione diversa e in qualche misura complementare appaiono invece muoversi gli studi promossi dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato in materia. Questi appaiono concentrati essenzialmente sulle modalità nelle quali assicurare materialmente l'accesso al contenuto del diritto straniero da parte dei giudici e delle altre autorità chiamate a farne applicazione, lasciando impregiudicata la questione di stabilire se a tale applicazione i giudici o le autorità siano o meno tenuti³⁵. Ampio riferimento è fatto nella direzione indicata ai sistemi sviluppati nel contesto dell'Unione europea, con particolare riferimento ai sistemi di identificazione della legislazione e della giurisprudenza degli Stati membri noti con gli acronimi ELI (*European Legislation Identifier*) ed ECLI (*European Case Law Identifier*), con la sottolineatura dell'esigenza, per un verso, di assicurare un'efficace applicazione di questi sistemi all'interno degli Stati membri, e, per altro verso, di promuovere accordi con Stati terzi per realizzare analoghi sistemi che agevolino l'accesso alle informazioni sui relativi diritti, secondo quanto prospettato anche nel progetto di principi ispiratori di un futuro regolamento europeo sull'applicazione del diritto straniero sopra richiamato³⁶.

III. L'inadeguatezza della soluzione consistente in un rinvio alle soluzioni nazionali alla stregua di una questione di carattere procedurale

15. Non essendosi alcuna delle diverse iniziative che si sono sopra richiamate tradotta sinora nell'adozione di uno strumento giuridico vincolante, né nell'inserimento negli atti esistenti di disposizioni pertinenti, inevitabilmente si pone l'esigenza di dare una risposta alla questione in esame nel contesto del quadro giuridico esistente.

16. Tra le diverse soluzioni che sono state prospettate nel dibattito dottrinale in argomento mette innanzitutto conto di considerare la tesi per la quale il silenzio dei regolamenti europei di diritto internazionale privato sul punto dell'accertamento ed interpretazione del diritto straniero richiamato sia da ritenersi giustificato dal trattarsi di una questione di carattere procedurale, che, in quanto tale, sarebbe esclusa dall'ambito materiale di applicazione dei regolamenti adottati in materia³⁷. Questa soluzione appare però necessitare di un'adeguata valutazione critica, sotto diversi profili. Innanzitutto, per un verso è sufficientemente pacifico che i regolamenti europei sinora adottati nel campo del diritto internazionale privato lasciano ai singoli sistemi nazionali di conflitto degli Stati membri l'individuazione della legge regolatrice delle materie o questioni escluse dal proprio ambito materiale di applicazione. Per altro verso, appare altrettanto chiaro che la delimitazione del novero delle questioni suscettibili di rientrare in ciascuna delle materie escluse e, quindi, nel caso che qui viene in considerazione, di essere qualificate come aventi carattere procedurale, si pone in termini di qualificazione delle questioni in discorso. Essa con evidenza deve farsi, trattandosi di regole che delimitano l'ambito materiale di applicazione di un atto dell'Unione europea, in maniera autonoma e uniforme, avuto riguardo al contesto normativo del singolo regolamento europeo che viene in considerazione e, più ampiamente, al quadro giuridico complessivo nel quale questo si inserisce³⁸.

³⁴ Sotto questo profilo le raccomandazioni formulate dall'Institut suisse de droit comparé appaiono riflettere maggiormente la soluzione maggiormente articolata contemplata sotto il profilo in esame dall'art. 14, secondo comma, della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato.

³⁵ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Enhancing Access to Foreign Law and Case Law, Presentation of solutions by the European Union*, Doc. prel. No. 14 of April 2014, disponibile online su www.hcch.net.

³⁶ *Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law* ("The Madrid Principles"), cit., Principle XI.

³⁷ Si veda per una discussione di questa soluzione A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, cit., p. 602 ss.

³⁸ Si veda in questo senso A. DICKINSON, *ivi*, p. 593 ss. In senso contrario, poco persuasivamente, R. GARNETT, *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford, 2012, p. 38 s.

17. Il contesto giuridico di riferimento è costituito, evidentemente, dalla disciplina della cooperazione giudiziaria in materia civile che trova la propria base giuridica nell'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che annovera tra gli obiettivi dell'azione legislativa in materia la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi. E' quindi naturale che tanto più efficacemente tale finalità potrà essere conseguita quanto più le regole comuni sulla legge applicabile ai rapporti giuridici transfrontalieri di volta in volta disciplinati possano essere applicate in maniera omogenea nei diversi Stati membri soggetti alla loro applicazione. Inevitabilmente, applicazione omogenea non potrà aversi ove un profilo strettamente inerente al modo di operare delle regole di diritto internazionale privato, costituito dall'accertamento e dall'interpretazione del diritto straniero individuato come applicabile dalle regole in questione, sia lasciato al diverso modo di affrontare tali questioni che è proprio degli ordinamenti dei singoli Stati membri e che legittimamente può continuare a seguirsi nell'applicazione delle regole nazionali di diritto internazionale privato nelle materie non ancora coperte dagli atti legislativi adottati dall'Unione³⁹.

18. Oltre al carattere strettamente strumentale dell'accertamento e dell'interpretazione del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto contenute in un regolamento europeo all'applicazione corretta ed uniforme di queste regole nello spazio giuridico europeo, si deve prendere in considerazione il principio per il quale tutte le regole eccezionali, come quelle che escludono dalla materia complessivamente regolata da un determinato atto legislativo determinate questioni, devono intendersi di stretta interpretazione⁴⁰. Queste considerazioni appaiono deporre concordemente nel senso per cui le questioni in esame, in quanto inerenti al funzionamento stesso delle regole di conflitto poste dal singolo regolamento, non possano ricadere nella portata dell'esclusione delle questioni di carattere procedurale dall'ambito materiale di applicazione dei regolamenti europei di diritto internazionale privato. Ad ulteriore riprova di questo assunto, mette conto di considerare, per un verso, che l'esclusione delle questioni carattere procedurale non presenta carattere assoluto, alla detta esclusione facendo da contraltare in alcuni regolamenti l'inclusione di specifiche disposizioni concernenti la legge regolatrice, ad esempio, dell'onere della prova e dell'ammissibilità dei mezzi di prova degli atti giuridici⁴¹. Per altro verso, la varietà delle soluzioni accolte nei sistemi di diritto internazionale privato degli Stati membri con riguardo alla problematica in esame è a tal segno ampia che rimettere una questione così decisiva per il buon funzionamento delle regole di diritto internazionale privato contenute negli atti legislativi adottati dall'Unione europea alle regole nazionali rischia di vanificare la finalità stessa per la quale le regole comuni sono state adottate⁴².

IV. Implicazioni derivanti dalla natura giuridica dei regolamenti europei nei quali le regole sulla legge applicabile sono contenute.

19. Quest'ultimo rilievo apre la strada alla considerazione di un ulteriore profilo della questione in esame che presenta un indubbio rilievo di carattere sistematico. Si pone infatti la questione dell'incidenza

³⁹ Si possono richiamare, tra gli altri, le considerazioni espresse al riguardo da H. J. SONNENBERGER, *Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*, cit., p. 245 s.; C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, cit., p. 4 ss.; E.-M. KIENIGER, *Ascertaining and Applying Foreign Law*, cit., p. 357 ss.; S. CORNELOUP, *Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU*, cit., p. 844 ss.; C. ESPLUGUES, G. PALAO, *Foreign Law, application and ascertainment*, cit., p. 769 ss.

⁴⁰ Come osservato da A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, cit., p. 593 s., un'interpretazione eccessivamente ampia delle espressioni utilizzate nei regolamenti per delimitarne l'ambito di applicazione materiale, con particolare riferimento a nozioni di carattere trasversale come quelle di prova e di procedura rischia di pregiudicare il conseguimento degli obiettivi materiali dei regolamenti stessi, accrescendo eccessivamente il margine lasciato all'autonomia procedurale degli Stati membri.

⁴¹ Si vedano, ad esempio, l'art. 18 del regolamento CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), e l'art. 22 del regolamento CE n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali ("Roma II").

⁴² Si vedano, per tutti, INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 5 ss.; C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, cit., p. 4 ss.

da attribuirsi al fatto che si è in presenza di regole uniformi di diritto internazionale privato contenute in diversi regolamenti dell'Unione europea, atti che per loro propria natura giuridica, oltre ad avere portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e sono direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri. Occorre domandarsi se ciò faccia senz'altro sorgere un obbligo per giudici di questi Stati di applicare d'ufficio il diritto che le regole di diritto internazionale privato contenute nel singolo regolamento individuano come applicabile. In senso favorevole a questo assunto appaiono militare i termini nei quali le regole di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti in questione sono formulate, e cioè di disposizioni che indicano in termini incondizionati quale sia la legge da applicarsi ad un dato rapporto, senza lasciare un margine di valutazione discrezionale al giudice chiamato ad applicarle⁴³.

20. Sotto questo aspetto, peraltro, il quadro giuridico, salva la diversa natura giuridica degli strumenti, non è troppo dissimile da quanto avviene in presenza di regole uniformi di diritto internazionale privato contenute in una convenzione internazionale, in quanto solitamente anche le regole di conflitto contenute in queste convenzioni hanno lo stesso tenore di formulazione incondizionato, perseguendo, al pari delle regole contenute nei regolamenti europei in materia, il fine di introdurre regole comuni che portino ad risultato omogeneo in termini di individuazione della legge applicabile tra i diversi Stati soggetti alla loro applicazione⁴⁴. Il carattere incondizionato delle regole sulla legge applicabile a determinati rapporti contenute tanto nei regolamenti dell'Unione europea quanto nelle convenzioni internazionali in materia di diritto internazionale privato è strumentale non soltanto all'uniformità delle soluzioni dal punto di vista internazionalprivatistico, bensì anche alla certezza del diritto, al perseguimento della quale è chiaramente strumentale la prevedibilità della legge regolatrice dei rapporti giuridici con carattere di estraneità⁴⁵.

21. Nello specifico contesto dei regolamenti adottati dall'Unione europea nel quadro della disciplina della cooperazione giudiziaria in materia civile, a queste finalità più generali proprie dell'adozione di regole di diritto internazionale privato uniforme se ne aggiungono di ulteriori e più specifiche. Queste sono dovute al già notato collocarsi delle regole contenute nei regolamenti di cui si discute in un sistema, quantunque ancora incompleto ed in corso di progressiva espansione, del quale fanno parte anche i regolamenti che contengono regole comuni in punto di giurisdizione e di reciproco riconoscimento delle decisioni. Questa integrazione delle due dimensioni della disciplina *lato sensu* internazionalprivatistica europea è all'evidenza ancora più evidente in quei regolamenti cosiddetti di nuova generazione, nei quali si trovano riunite in un unico strumento le regole che disciplinano le une e le altre questioni. In questa ottica, sottolineata sin dal tempo dell'adozione della Convenzione di Roma del 1980, l'adozione di regole comuni sull'individuazione della legge applicabile a una data categoria di rapporti assolve alla funzione di prevenire il *forum shopping*, eliminando quantomeno tendenzialmente l'incentivo a una scelta strategica tra più fori disponibili basata sul diritto che i giudici prescelti potranno applicare al rapporto giuridico controverso⁴⁶.

⁴³ Si vedano nel senso che la varietà delle soluzioni nazionali in punto di accertamento ed interpretazione del diritto straniero richiamato non debba pregiudicare l'efficacia delle regole comuni di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti europei, tra gli altri, H. J. SONNENBERGER, *Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*, cit., p. 245 s.; S. CORNELOUP, *Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU*, cit., p. 851 s.; più articolata si presenta sul punto la visione di E.-M. KIENIGER, *Ascertaining and Applying Foreign Law*, cit., p. 362 ss., che appare incline a valutare l'incidenza della presenza di regole comuni europee di diritto internazionale privato sulle regole nazionali in punto di accertamento e interpretazione del diritto straniero distinguendo tra le singole fasi dell'iter che si concretizza nell'applicazione del diritto straniero richiamato.

⁴⁴ Si vedano in termini generali al riguardo, tra gli altri, S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1985, p. 40 ss.; A. DAVI, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 861 ss., p. 882 ss.;

⁴⁵ La strumentalità della prevedibilità della competenza giurisdizionale e, similmente, della legge applicabile al perseguimento della certezza del diritto è stata sottolineata più volte dalla Corte di giustizia: si vedano, tra le altre, Corte di giustizia CE, sentenza 28 settembre 1999, causa C-440/97, *GIE Groupe Concorde*, ECLI:EU:C:1999:456, punto 23; sentenza 19 febbraio 2002, causa C-256/00, *Besix*, ECLI:EU:C:2002:99, punti 24-25; sentenza 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120, punti 38-43.

⁴⁶ Si veda la *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, del Prof. M. GIULIANO e del Prof. P. LAGARDE, in *GUCE*, C-282 del 31 ottobre 1980, p. 1 ss., punti 1-2.

22. E' proprio in considerazione di questa specifica finalità perseguita dall'introduzione nei regolamenti dell'Unione europea adottati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile di regole comuni sulla legge applicabile che, come è noto, il ricorso alle regole nazionali degli Stati membri per la disciplina di quelle questioni di carattere latamente procedurale che i regolamenti in questione non regolano espressamente trova un fermo limite nei due principi che operano in termini generali quali limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri nelle materie disciplinate dal diritto dell'Unione europea, e cioè i principi di effettività e di equivalenza⁴⁷. Ne discende che, pur ad ammettersi che in assenza di disposizioni espresse in punto di accertamento ed interpretazione del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto contenute nei regolamenti dell'Unione tali questioni possano ritenersi lasciate al diritto nazionale dei singoli Stati membri, la disciplina nazionale non potrà avere per effetto di rendere eccessivamente difficoltoso il perseguimento dell'obiettivo posto dai regolamenti in questione. Vale a dire, l'applicazione della legge individuata come applicabile in base alle regole di conflitto contenute nel singolo regolamento di cui si discute⁴⁸.

V. L'incidenza dell'autonomia delle parti, tra scelta della legge applicabile e rinuncia all'applicazione della legge richiamata dalle norme di conflitto pertinenti.

23. Le osservazioni appena svolte appaiono inclinare piuttosto decisamente nel senso di una maggiore compatibilità con la natura giuridica e la finalità cui tendono le regole comuni di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti europei di una soluzione per la quale i giudici degli Stati membri, essendo tenuti a dare applicazione alle norme di conflitto contenute nei regolamenti, sono da considerarsi anche tenuti ad applicare d'ufficio il diritto straniero che queste indicano come applicabile. Ciò comporta per necessaria implicazione che essi accertino ugualmente d'ufficio il contenuto del diritto in questione, potendo a questo riguardo ben valersi, in mancanza di regole europee apposite, degli strumenti che riterranno più opportuni anche in base alle proprie regole nazionali, nei già notati limiti per i quali tali modalità non potranno essere tali da ostacolare il perseguimento dell'obiettivo di vedere concretamente applicata la legge individuata dalle norme di conflitto comuni contenute nei regolamenti europei.

24. In particolare, quanto appena osservato non pare ostare a che i giudici degli Stati membri possano bensì avvalersi, tra le possibili modalità mediante le quali procedere al contenuto del diritto straniero applicabile, anche della collaborazione delle parti, secondo una soluzione che i sistemi nazionali di diritto internazionale privato di diversi Stati membri prevedono talvolta espressamente e talaltra in via di prassi⁴⁹. Pur sempre, il ricorrere alla collaborazione delle parti non potrà giungere al punto di

⁴⁷ Si vedano, tra le altre, quanto ai rapporti tra la disciplina della giurisdizione e del riconoscimento ed esecuzione delle decisioni contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e le regole procedurali degli Stati membri, Corte di giustizia CE, sentenza 15 novembre 1983, causa 288/82, *Duijnste*, ECLI:EU:C:1983:326, punti 10-14; sentenza 15 maggio 1990, causa C-365/88, *Hagen*, ECLI:EU:C:1990:203, punto 20. Si veda in generale al riguardo, per tutti, M. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des cours*, t. 253, 1995, p. 9 ss., p. 241 s.

⁴⁸ Si vedano in questo senso, tra gli altri, H. J. SONNENBERGER, *Randbemerkungen zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*, cit., p. 245 s.; S. CORNELOUP, *Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU*, cit., p. 851 s.; C. ESPLUGUES, G. PALAO, *Foreign Law, application and ascertainment*, cit., p. 769; M. WELLER, *Allgemeine Lehren*, in ID. (Hrsg.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, 2016, p. 19 ss., p. 96 s.

⁴⁹ Come è noto, la collaborazione delle parti rientra tra i mezzi dei quali il giudice può avvalersi ai fini dell'accertamento del diritto straniero richiamato contemplati dall'art. 14, primo comma, della legge 31 maggio 1995, n. 218. Si veda in proposito, tra gli altri, S. M. CARBONE, L. CARPANETO, P. IVALDI, M. E. DE MAESTRI, F. PESCE, I. QUEIROLO, C. E. TUO, *Italy*, in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds), *Application of Foreign Law*, cit., p. 237 ss., p. 245; P. VENTURI, *Alcuni rilievi in tema di iura novit curia e norme di conflitto nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 1347 s.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, cit., p. 290 s. Per un quadro delle diverse soluzioni accolte nei sistemi di diritto internazionale privato dei diversi Stati membri si veda T. C. HARTLEY, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared*, in *ICLQ*, 1996, p. 271 ss.; più ampiamente, le indagini comparatistiche contenute in INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 32 ss., e in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign*

far sorgere un vero e proprio onere probatorio in capo alle parti stesse, secondo la soluzione che prevale invece in quegli Stati che non prevedono nel proprio sistema nazionale di diritto internazionale privato un obbligo per il giudice di accertare d'ufficio il diritto straniero applicabile⁵⁰. Quest'ultima soluzione, infatti, nel subordinare l'applicazione del diritto individuato come applicabile alla attivazione delle parti, rischierebbe di non assicurare il perseguimento dell'effetto utile del regolamento europeo le cui regole prevedano che quel determinato diritto debba applicarsi.

25. Proprio a questo riguardo appare necessario prendere in considerazione per maggiore approfondimento dell'indagine la soluzione avanzata segnatamente dalla giurisprudenza francese⁵¹ e da questa estesa anche all'applicazione delle regole di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti europei⁵² e come tale emersa anche in alcuni dei progetti di regolamentazione comune a livello europeo sopra considerati⁵³. Per essa, nelle materie nelle quali in base ai regolamenti stessi le parti hanno la facoltà di scegliere la legge applicabile al rapporto giuridico intercorrente tra di loro, sarebbe giustificato riconoscere loro la facoltà di rinunciare, mediante un accordo procedurale⁵⁴, all'applicazione del diritto straniero applicabile in base alle norme di conflitto pertinenti a favore della legge del foro. Questa soluzione, innegabilmente, è volta a tenere in considerazione le esigenze di economia processuale e di celere svolgimento del procedimento che potrebbero orientare le parti nel senso di evitare gli aggravi in termini di tempo e di spese che l'accertamento del contenuto e della corretta interpretazione del diritto straniero applicabile potrebbe comportare, quand'anche sia compiuto dal giudice d'ufficio. Deve infatti considerarsi pur sempre che, sovente, tale accertamento potrebbe comportare il ricorso ad ausiliari i cui compensi e spese dovrebbero, tendenzialmente, essere anticipate dalla parte attrice e successivamente poste a carico della parte soccombente nelle modalità previste dalla *lex fori*⁵⁵.

26. Questa soluzione non appare in linea di principio del tutto incompatibile con le finalità perseguite dai regolamenti europei di diritto internazionale privato nella misura in cui i regolamenti stessi rimettono l'individuazione della legge applicabile alla volontà delle parti. Pur sempre, la sua ammissibilità non può essere valutata in termini generali, bensì avendo riguardo ai termini più o meno ampi nei quali il singolo regolamento prevede la libertà di scelta della legge applicabile⁵⁶. Essenzialmente, una possibilità per le parti di rinunciare mediante un accordo procedurale all'applicazione della legge individuata come applicabile sulla base delle regole di diritto internazionale privato contenute in un regolamento europeo può ammettersi nella misura in cui la *lex fori* rientri tra le possibili leggi che le parti avrebbero potuto scegliere ai sensi del regolamento pertinente. Deve infatti essere tenuto

Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe, cit., p. 22 ss.

⁵⁰ Secondo il modello notoriamente accolto nel diritto inglese, sul quale si vedano R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998, p. 3 ss.; E. B. CRAWFORD, J. M. CARRUTHERS, *United Kingdom*, in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds), *Application of Foreign Law*, cit., p. 391 ss.

⁵¹ Tra le altre, Cass.1^{re} Civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, pourvoi n°87-11.198; 18 octobre 1988, pourvoi n°86-16.631; 4 décembre 1990, *Coveco*, pourvoi n° 89-14.285; 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, pourvoi n° 96-16.361; 26 mai 1999, *Belaid*, pourvoi n° 97-16.684; 19 avril 1988, *Roho*, pourvoi n°85-18.715; 6 mai 1997, *Hannover International*, pourvoi no 95-15.309. Si vedano al riguardo, tra gli altri, J. M. BISCHOFF, *Rapport introductif*, in *Table ronde sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988*, cit., p. 21; A. BOLZE, *Cent ans d'application de la loi étrangère par le juge français*, cit., p. 115 ss.; S. CORNELOUP, *Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU*, cit., p. 846 ss.; S. FULLI-LEMAIRE, D. ROJAS TAMAYO, *France*, in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds), *Application of Foreign Law*, cit., p. 185 ss., p. 187 ss.

⁵² Si veda Cass. 1^{re} Civ., 26 mai 2021, pourvoi 19-15.102, ECLI:FR:CASS:2021:C100421, su cui F. MELIN, *Règles de conflit de lois: un nouveau critère d'impérativité*, in *Dalloz Actualité*, 26 mars 2024.

⁵³ P. LAGARDE, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé*, cit., art. 133, secondo comma; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 67 ss.

⁵⁴ Si veda, con riferimento al ricorso a questo strumento per i fini in esame nel diritto francese, B. FAUVARQUE-COSSON, *L'accord procédural à l'épreuve du temps. Retour sur une notion française controversée*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 263 ss.

⁵⁵ Come già notato, il profilo in esame è espressamente affrontato nei *Principles for a Future EU Regulation on the Application of Foreign Law* ("The Madrid Principles"), Principle VIII.

⁵⁶ Si veda INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 67 ss.

conto che alcuni regolamenti limitano la scelta delle parti a una o più leggi che presentino un collegamento particolarmente stretto con il rapporto giuridico di cui si tratta⁵⁷. Si pone, inoltre, la questione dell'ammissibilità di un simile accordo in sede giurisdizionale ove la legge applicabile fosse stata scelta dalle parti a mezzo di un accordo anteriore nei termini consentiti dal regolamento europeo che viene in considerazione. Ovviamente, in questa particolare evenienza occorrerebbe verificare che il regolamento in questione consenta la modifica successiva della scelta, e che ammetta o, quantomeno, in un'ottica di *favor voluntatis*, non escluda, la possibilità di una scelta della legge applicabile, ovvero di una modifica di una scelta precedentemente espressa, posteriormente all'avvio del procedimento⁵⁸.

27. Coerentemente con quanto sinora osservato, infine, una simile ipotesi sembrerebbe da escludersi in una materia nella quale il regolamento europeo pertinente non conferisca alle parti, bensì a un altro soggetto, la facoltà di scelta della legge applicabile, come è il caso del regolamento europeo n. 650/2012 in materia di successioni. In questo regolamento, come è noto, la facoltà di scelta della legge applicabile alla successione, nei termini restrittivi in cui è concepita, è riconosciuta solamente al *de cuius* nell'ottica di favorire la sua libertà di pianificazione ereditaria. Pertanto, le parti di un procedimento apertosi, per forza di cose, dopo la sua morte non possono evidentemente rinunciare all'applicazione della legge scelta dal *de cuius* come parte integrante del modo in cui egli ha voluto organizzare la propria successione⁵⁹. Appare peraltro dubbio che una simile rinuncia all'applicazione della legge straniera applicabile sia ammissibile ad opera delle parti anche in mancanza di un'*optio legis* da parte del *de cuius*. Quest'ultima questione, ovviamente, si pone nei limitati casi in cui, in mancanza di siffatta scelta, non si avrebbe coincidenza tra *forum* e *ius*, e deve in ogni caso essere considerato che nella sistematica del regolamento ora preso in considerazione non è riconosciuta alle parti alcuna autonomia quanto alla determinazione della legge applicabile⁶⁰.

28. Oltre a questi principali limiti che la soluzione che si è presa in considerazione può incontrare appare necessario considerare le ulteriori limitazioni che l'ammissibilità di un accordo procedurale tra le parti può incontrare nelle norme processuali della *lex fori*. Come già si è osservato, i regolamenti europei di diritto internazionale privato non hanno per obiettivo di unificare tali regole e il loro potenzialmente diverso e finanche disarmonico modo di essere deve essere rispettato entro i limiti posti dai principi di

⁵⁷ In particolare, il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. "Roma III") individua specificamente nell'art. 5 le leggi che possono scegliersi ad opera delle parti. Una scelta limitata a determinate leggi è similmente prevista dall'art. 22 del regolamento UE 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi e dall'art. 22 del parallelo regolamento UE 2016/1104 in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Così pure avviene in base al Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, al quale rinvia l'art. 15 del regolamento CE n. 4/2009 in materia. Il Protocollo indica all'art. 8 le leggi passibili di scelta, contemplando peraltro espressamente all'art. 7 la possibilità di un accordo procedurale a favore della *lex fori*. Si veda, al riguardo, CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, Rapport explicatif de A. BONOMI, La Haye, mars 2013, p. 14 ss., p. 50 ss.

⁵⁸ Come si dirà più avanti, questa eventualità è espressamente contemplata dall'art. 5, par. 3, del regolamento UE n. 1259/2010, subordinatamente alla condizione che la *lex fori* lo preveda.

⁵⁹ Si vedano con riferimento all'*optio legis* contemplata nell'art. 22 del regolamento UE 650/2012 in materia di successioni, tra gli altri, A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, p. 55 ss.; E. CASTELLANOS RUIZ, *Article 22, Choice of Law*, in A.-L. CALVO CARAVACA, A. DAVI, H.-P. MANSEL (eds), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, p. 323 ss.; C. GRIECO, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni transfrontaliere*, Milano, 2019, p. 142 ss.

⁶⁰ Tra i principi ispiratori del regolamento europeo sulle successioni vi è infatti la coincidenza tra *forum* e *ius*, realizzata mediante il ricorso al criterio della residenza abituale del *de cuius* al momento della morte tanto ai fini della giurisdizione quanto ai fini della legge applicabile, con la differenza, tuttavia, che, mentre ai fini della legge applicabile il criterio opera anche in relazione a una residenza abituale in un paese terzo, ai fini della giurisdizione esso opera unicamente ove la residenza abituale del *de cuius* sia in un uno Stato membro vincolato dal regolamento. Si veda in generale, per tutti, A. DAVI, *Introduzione al regolamento europeo sulle successioni*, Napoli, 2019, p. 75 ss.; con riferimento alle problematiche suscettibili di derivare dal disomogeneo ambito di applicazione spaziale delle regole in materia di giurisdizione e di legge applicabile in presenza di una *professio iuris* del *de cuius* a favore della legge di un paese terzo, F. MARONGIU BUONAIUTI, *The EU Succession Regulation and Third Country Courts*, in *JPIIL*, 2016, p. 545 ss., p. 549 ss.

effettività e di equivalenza sopra ricordati⁶¹. Particolarmente indicativa a questo riguardo è la disciplina della scelta della legge applicabile ad opera delle parti contenuta nel regolamento n. 1259/2010, c.d. "Roma III", che attua una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Il regolamento in questione prevede che la scelta di legge, o la modifica di una scelta precedentemente espressa, che dovrà cadere su una legge che presenti l'uno o l'altro degli elementi di collegamento contemplati con le sfere giuridiche dei coniugi, ovvero sulla *lex fori*, potrà farsi per regola generale al più tardi al momento dell'adizione dell'autorità giurisdizionale⁶². Nondimeno, a titolo di eccezione, il regolamento prevede al contempo che, ove previsto dalla legge del foro, i coniugi potranno designare la legge applicabile anche nel corso del procedimento davanti all'autorità giurisdizionale, così salvaguardando la libertà per la *lex fori* di non prevedere una tale possibilità⁶³.

29. Vi è poi un ulteriore profilo di non poco momento che deve essere considerato, costituito dalla portata di un ipotizzato accordo procedurale col quale le parti rinuncino, a favore della *lex fori*, all'applicazione della legge straniera applicabile in base alle norme contenute in un regolamento europeo di diritto internazionale privato. Infatti, nel contesto specifico sopra richiamato del regolamento Roma III la scelta della legge applicabile che, ove consentito dalla *lex fori*, i coniugi potrebbero fare innanzi al giudice potrebbe cadere su una qualsiasi delle leggi passibili di essere scelte ai sensi del regolamento stesso e non necessariamente sulla *lex fori* stessa. Per di più, essa si configura nella sua portata come corrispondente alla scelta che potrebbe farsi, per diretta disposizione del regolamento, fino al momento dell'adizione dell'autorità giurisdizionale, trattandosi, in quel contesto, di scegliere la legge regolatrice della vicenda connotata proceduralmente in termini di divorzio o di separazione personale. Invece, l'accordo procedurale col quale le parti del procedimento rinuncerebbero all'applicazione della legge straniera contemplata dalla giurisprudenza francese, ipotesi che quella giurisprudenza ammette in relazione a controversie su diritti disponibili, si configurerebbe come una vicenda puramente interna allo specifico procedimento pendente e, come tale, non inciderebbe sul diritto applicabile al rapporto giuridico in questione al di fuori di quello specifico contesto procedurale⁶⁴. Appare a questo riguardo doveroso domandarsi se la stessa configurabilità di un accordo col quale le parti, per i fini di uno specifico procedimento, rinuncino all'applicazione della legge straniera regolatrice di un dato rapporto a favore della *lex fori*, restando il rapporto, per fini estranei al procedimento in questione, soggetto a una diversa legge regolatrice, sia compatibile con i fini di certezza e prevedibilità della legge regolatrice. Deve infatti anche aversi riguardo anche all'esigenza di salvaguardare i diritti dei terzi, esigenza che è presa in considerazione nei regolamenti di cui si discute. Tale esigenza presuppone una tendenziale omogeneità nella determinazione della legge regolatrice di un dato rapporto giuridico, a prescindere dallo specifico contesto giurisdizionale in cui pretese basate sullo stesso siano azionate⁶⁵.

⁶¹ Secondo quanto affermato, tra le altre, in Corte giust., sent. 15 novembre 1983, causa 288/82, *Duijnste*, cit., punti 10-14; sent. 15 maggio 1990, causa C-365/88, *Hagen*, cit., punto 20.

⁶² Regolamento (UE) n. 1259/2010, art. 5, par. 2.

⁶³ Ivi, art. 5, par. 3.

⁶⁴ Si veda B. FAUVARQUE-COSSON, *L'accord procédural à l'épreuve du temps. Retour sur une notion française controversée*, cit., p. 267 ss.

⁶⁵ Pur sempre, come già notato, la possibilità di un accordo procedurale con effetti limitati al giudizio pendente e contemplata espressamente dall'art. 7 del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, il quale, pur non essendo per sua natura un atto legislativo dell'Unione europea, nondimeno è un accordo internazionale del quale l'Unione europea è parte e alle cui regole il regolamento n. 4/2009 rinvia per quanto attiene alla disciplina della legge applicabile in materia. Non apre quindi del tutto peregrino osservare che nella misura in cui un atto dell'Unione europea adottato nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile fa ad esso rinvio e l'Unione stessa, a titolo di esercizio della propria competenza esterna nella medesima materia, ha ritenuto opportuno divenirne parte verosimilmente la soluzione che il Protocollo fa propria sul punto non può considerarsi del tutto aliena al sistema europeo di diritto internazionale privato, se così lo si può chiamare. Si veda, per una discussione dell'opportunità di una regolamentazione espressa a livello europeo di questa possibilità, che, come già notato, appare incidere sensibilmente sul diritto processuale degli Stati membri, INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 70 ss.

VI. Difficoltà suscettibili di insorgere nell'accertamento del diritto straniero richiamato o nella sua interpretazione e soluzioni residuali

30. Un ulteriore profilo controverso della problematica in esame attiene ai limiti che il dovere del giudice di procedere all'accertamento e all'applicazione del diritto straniero richiamato può incontrare in presenza di ostacoli che rendano complesso ed incerto l'accertamento del contenuto del diritto in questione e la determinazione della sua corretta interpretazione.

31. Per un verso, i medesimi principi di effettività ed equivalenza che si sono in precedenza richiamati impongono che i giudici degli Stati membri diano applicazione al diritto straniero richiamato dalle regole di conflitto contenute in un regolamento europeo nel modo più completo e conforme al modo in cui il diritto in questione verrebbe applicato ed interpretato dai giudici dello Stato a cui appartiene. Questo sia che si tratti, evidentemente, del diritto di un altro Stato membro come pure di quello di uno Stato terzo, considerata l'applicazione universale o *erga omnes* delle regole sulla legge applicabile contenute nei regolamenti in questione. Per altro verso, la stessa previsione in molte disposizioni legislative di soluzioni residuali per i casi in cui non sia possibile pervenire all'accertamento del diritto straniero richiamato e la prassi giurisprudenziale dimostrano che sovente tale pieno accertamento del contenuto e della corretta interpretazione del diritto richiamato risulta difficoltoso e non consente di dissipare incertezze in ordine alla sua corretta interpretazione ed applicazione nelle circostanze concrete della controversia portata davanti al giudice⁶⁶.

32. Questa difficoltà è per forza di cose maggiormente risentita quando si tratti di accertare il contenuto del diritto di un paese terzo⁶⁷, non essendo disponibili in questi casi meccanismi più avanzati di scambio di informazioni come quelli istituiti nel contesto dell'Unione europea dalla Rete giudiziaria europea in materia civile⁶⁸. Inoltre, nell'accertamento del contenuto del diritto di un paese terzo, e, in particolare, extraeuropeo, possono porsi in alcuni casi profili di complessità ulteriori, come quelli riconducibili alla presenza di elementi di diritto religioso il cui preciso contenuto e corretta interpretazione possa essere suscettibili di variare in ragione di diverse tradizioni applicabili su base personale piuttosto che locale⁶⁹. Inoltre, un altro dato del quale appare necessario tenere conto è dato dal fatto che non tutti gli Stati membri sono muniti di una struttura istituzionale espressamente preposta allo svolgimento di ricerche e all'emanazione di pareri sul contenuto e l'interpretazione del diritto straniero. Un esempio ben noto

⁶⁶ Tra queste, emerge in particolare l'art. 14, secondo comma, della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato, il quale, adottando un approccio più articolato rispetto ad altre soluzioni legislative e persino rispetto ad alcuni dei progetti di regolamentazione a livello europeo della problematica in esame che si sono in precedenza considerati, prevede che nel caso in cui il giudice non riesca ad accertare il contenuto del diritto straniero richiamato debba in prima battuta ricorrere alla legge applicabile in base ad altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa e solo in mancanza possa ricorrere alla *lex fori*. Si veda, nel senso della preferibilità di una soluzione di questo tipo in relazione a regole di diritto internazionale privato contenute in strumenti europei che prevedano una pluralità di criteri di collegamento, INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *ivi*, p. 94 s.

⁶⁷ A queste ipotesi, infatti, si riferisce la più frequente prassi giurisprudenziale pertinente: tra le altre, Cass., sez. I civ., sent. 26 febbraio 2002, n. 2791, *Regoli c. Etchi*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 463 ss., su cui F. MARONGIU BUONAIUTI, *Un ritorno al «diritto internazionale privato facoltativo» in una recente sentenza della Corte di cassazione?*, *ivi*, p. 962 ss., con riferimento all'accertamento del diritto camerunense; più recentemente, nella giurisprudenza tedesca, con riguardo all'accertamento del diritto israelitico applicabile in Iran in quanto ordinamento plurilegislativo su base personale, Hanseatisches OLG Hamburg, sent. 29 marzo 2021, 2 W 17-20, in *IPRax*, 2023, p. 90, con nota di K. DUDEN, *IPR im Ungefähr: Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts, Ersatzrechtsanwendung und Offenlassen des anwendbaren Rechts*, *ivi*, p. 49 ss.

⁶⁸ Come si è osservato, un riferimento alle opportunità offerte dalla Rete per l'accertamento del diritto di un altro Stato membro è contenuto nel preambolo del regolamento n. 1259/2010, c.d. Roma III, al considerando n. 14. Alle medesime opportunità si è richiamata altresì, in una presa di posizione congiunta con la Commissione europea, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, proponendo estenderne il modello sulla base di accordi ai rapporti con Stati terzi: si rimanda a EUROPEAN COMMISSION – HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters. Conclusions and Recommendations*, Joint Conference of the European Commission and the Hague Conference on Private International Law, February 2012), disponibile sul sito web HCCH | Access to Foreign Law.

⁶⁹ Come avveniva nel caso emblematico oggetto della pronuncia dello Hanseatisches OLG Hamburg, 29 marzo 2021, sopra citata.

è costituito, in questo senso, in Germania dagli istituti che fanno capo alla Max-Planck-Gesellschaft, a cominciare da quello assai noto con sede ad Amburgo che è specificamente dedicato al diritto privato straniero e al diritto internazionale privato⁷⁰. In mancanza di strutture simili le ricerche volte all'accertamento del diritto straniero applicabile possono essere affidate, come già notato, a esperti designati dal giudice, i quali non necessariamente avranno a disposizione una struttura comparabile a quella degli istituti appena richiamati. Potranno anche essere condotte direttamente dal giudice sulla base di informazioni acquisite tramite i ministeri della giustizia o la rete diplomatica e consolare ovvero ancora, tra gli Stati che ne sono parti, secondo i meccanismi di cooperazione, considerati di non particolare efficacia, contemplati dalla Convenzione di Londra del 1968 nel campo dell'informazione sul diritto straniero⁷¹.

33. In considerazione di queste oggettive difficoltà suscettibili di presentarsi, si possono porre casi in cui l'obiettivo di pervenire ad un accertamento quanto possibile completo e fedele del contenuto del diritto straniero applicabile e dell'interpretazione che ne è data nel paese straniero considerato debba essere riconciliato e conseguentemente bilanciato con altri obiettivi inerenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Questi sono costituiti, per un verso, dall'assicurare una ragionevole durata dei procedimenti giudiziari, profilo che, come la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto molteplici occasioni di affermare, costituisce parte integrante del diritto all'equo processo garantito dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea⁷² nonché, in relazione all'applicazione delle regole contenute nei regolamenti europei di diritto internazionale privato, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per altro verso, un ulteriore profilo da ricondursi allo stesso diritto all'equo processo e più specificamente al diritto di accesso alla giustizia che ne costituisce il presupposto, e che deve essere tenuto in considerazione è costituito dai costi significativi che, al presentarsi di difficoltà nell'accertamento, possono scaturire dal doverne incaricare una pluralità di esperti o istituzioni specializzate. Se quest'ultimo fattore può efficacemente essere fronteggiato nei casi di insufficiente capacità economica delle parti facendo ricorso a forme di gratuito patrocinio che si estendano a coprire anche questo genere di spese di lite⁷³, ipotesi che, tuttavia, rimane sinora soggetta alle regole nazionali dei singoli Stati membri⁷⁴, più critico si presenta invece il discorso per quanto attiene al rischio di un allungamento *sine die* dei tempi di svolgimento del procedimento dovuti alla oggettiva difficoltà, in casi limite, di pervenire con sufficiente certezza all'accertamento del contenuto del diritto straniero richiamato⁷⁵.

34. Le difficoltà nelle quali il giudice può trovarsi nel caso concreto nell'accertare ed interpretare correttamente il diritto straniero richiamato portano a dover considerare due ulteriori profili della problematica in esame in ordine ai quali si assiste ad una pluralità di soluzioni nei sistemi nazionali di diritto internazionale privato degli Stati membri. Si tratta di profili in ordine ai quali ancora una volta appare necessario individuare, in assenza di regole comuni al riguardo, una soluzione che sia maggiormente coerente con le finalità proprie dei regolamenti europei di diritto internazionale privato e con il più ampio quadro dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia nei quali essi operano.

⁷⁰ Si tratta del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

⁷¹ Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, Londra, 7 giugno 1968. Si veda al riguardo A. LEONCINI BARTOLI, *Considerazioni sulla posizione del giudice rispetto al problema della conoscenza del diritto straniero a seguito della convenzione di Londra del 7 giugno 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 333 ss.; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 59 s.

⁷² Si veda, per tutte, Corte EDU, Grande Camera, sent. 29 marzo 2006, ricorso n. 36813/97, *Scordino c. Italia (n. 1)*, punti 174 ss.

⁷³ In questo senso depongono i *Madrid Principles*, cit., Principle VIII.

⁷⁴ Si vedano, per un quadro delle diverse soluzioni accolte sul punto nei diversi Stati membri, C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, cit., p. 56 ss.; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 36 s.

⁷⁵ Si veda in questo senso la già citata pronuncia dello Hanseatisches OLG Hamburg, sent. 29 marzo 2021, cit., e, in proposito, K. DUDEN, *IPR im Ungefahr: Nichtmittelbarkeit ausländischen Rechts, Ersatzrechtsanwendung und Offenlassen des anwendbaren Rechts*, cit., p. 51 s.

35. Il primo è costituito dal regime di impugnabilità delle decisioni per motivi attinenti alla errata o omessa applicazione del diritto straniero applicabile. Si tratta, ancora una volta, di una questione di eminente natura procedurale, che, come tale, è da considerarsi tendenzialmente rimessa alla disciplina nazionale nei singoli Stati membri, rispetto alla quale si pone, però, ancora una volta il chiaro limite derivante dal principio di effettività e, anche se probabilmente in minor misura, dal principio di equivalenza. Infatti, ammettere in maggior o in minor misura l'impugnazione delle decisioni per i motivi in questione appare, da una parte, strettamente, anche se non sempre necessariamente⁷⁶, connesso al trattamento riservato al diritto straniero in termini di diritto anziché di mero fatto, in quanto concretamente incide sulla ammissibilità di un sindacato per motivi di diritto sulla decisione che si assuma viziata da errori questo tipo. Dall'altra parte, incide inevitabilmente sulla possibilità per le parti di ottenere che eventuali errori od omissioni nei quali il giudice sia incorso nell'accertamento e nell'interpretazione del diritto straniero richiamato possano avere più ampie opportunità di essere sanati. Conseguentemente, condiziona in qualche misura l'effettività delle regole di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti europei in base alle quali quel dato diritto straniero debba applicarsi. Inevitabilmente, in quest'ottica, appare imporsi la soluzione per la quale il diritto straniero applicabile in base alle norme di conflitto contenute nei regolamenti europei debba occupare la medesima posizione giuridica del diritto del foro. In questi termini, eventuali errori commessi nel suo accertamento e nella sua interpretazione debbano poter formare oggetto dei medesimi mezzi di impugnazione azionabili in ciascuno Stato membro per motivi attinenti alla errata od omessa applicazione di norme di diritto. Solo in questo modo si può assolvere pienamente all'imperativo di garantire una piena efficacia delle regole di diritto internazionale privato contenute nei regolamenti europei e una corretta applicazione del diritto che essi individuano come applicabile⁷⁷.

36. Il secondo profilo, di carattere meno autenticamente procedurale e più prettamente internazionale-privatistico, che mette conto considerare in relazione alle difficoltà che il giudice può incontrare nel procedere all'accertamento del contenuto del diritto straniero richiamato da una norma di conflitto contenuta in un regolamento dell'Unione europea è costituito dalla soluzione residuale a cui ricorrere nel caso in cui tale accertamento si riveli impossibile, o inconciliabile con l'obiettivo di garantire una tutela giurisdizionale dei diritti in un tempo ragionevole. Si tratta ancora una volta di una questione che nei sistemi di diritto internazionale privato è talora non regolata espressamente e talaltra regolata in modo differente⁷⁸, in relazione alla quale vi sono due soluzioni più realisticamente prospettabili. Queste consistono rispettivamente nel far ricorso direttamente a titolo residuale alla *lex fori*, ovvero nel ricorrere in prima battuta ad un'altra legge che sia applicabile in base ad altri criteri di collegamento eventualmente previsti, in concorso successivo o anche puramente alternativo, per la medesima ipotesi normativa⁷⁹. Di esse, la soluzione maggiormente conforme all'obbligo di garantire l'effettività della disciplina contenuta nei regolamenti europei di diritto internazionale privato appare senz'altro essere la seconda. Infatti, è

⁷⁶ Si vedano in proposito, per una rassegna delle diverse soluzioni nazionali, nelle quali si assiste talvolta ad una apparente contraddittorietà nell'approccio adottato in alcuni ordinamenti, come quello inglese, che per un verso riservano al diritto straniero una condizione di fatto, con conseguente onere per le parti di provarne il contenuto, e per altro verso una condizione quasi di diritto, ammettendo che l'errata applicazione del diritto straniero applicabile possa essere rilevata mediante i mezzi di impugnazione azionabili in relazione ad errori di diritto, o, reciprocamente, nell'ordinamento tedesco, nel quale alla considerazione del diritto straniero come diritto non consegue una altrettanto pacifica esperibilità dei mezzi di impugnazione azionabili in relazione ad errori di diritto, C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, cit., p. 75 ss.; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 95 ss.

⁷⁷ Si veda in questo senso INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *ivi*, p. 96 s.

⁷⁸ Si vedano ancora le rassegne delle diverse soluzioni nazionali compiute da C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO, R. ESPINOSA, C. AZCÁRRAGA, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, cit., p. 67 ss.; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 93 s.

⁷⁹ Secondo la soluzione accolta, ad esempio, nell'art. 14, secondo comma, della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato. Si vedano in proposito, tra gli altri, S. M. CARBONE, L. CARPANETO, P. IVALDI, M. E. DE MAESTRI, F. PESCE, I. QUEIROLO, C. E. TUO, *Italy*, in C. ESPLUGUES, J. L. IGLESIAS, G. PALAO (eds), *Application of Foreign Law*, cit., p. 246; P. VENTURI, *Alcuni rilievi in tema di iura novit curia e norme di conflitto nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., p. 1353 s.

sufficientemente evidente che, in tutti i casi in cui il legislatore dell'Unione ha previsto per una determinata ipotesi una pluralità di criteri di collegamento, il già richiamato carattere di integrale obbligatorietà della disciplina contenuta in un regolamento europeo impone che i giudici o le altre autorità competenti degli Stati membri esplorino le diverse soluzioni in termini di individuazione della legge applicabile indicate dalla disciplina contenuta nel regolamento stesso prima di risolversi a ripiegare sull'applicazione della *lex fori*⁸⁰. Appare, infine, senz'altro da escludersi che all'impossibilità di accertare il contenuto della legge straniera individuata come applicabile in base alle norme di conflitto contenute in un regolamento europeo, ivi comprese le eventuali altre leggi che possano essere richiamate dalle norme stesse, possa conseguire il rigetto della domanda. E' infatti appena il caso di notare che una simile soluzione radicale si porrebbe in contrasto coi principi in materia di diritto a una tutela giurisdizionale effettiva sanciti o presupposti tanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Questi principi, come già si è ricordato, costituiscono l'ineludibile quadro giuridico di riferimento all'interno del quale la disciplina di diritto internazionale privato contenuta nei regolamenti europei si colloca e conformemente al quale essa deve essere applicata dai giudici degli Stati membri⁸¹.

VII. Considerazioni conclusive

37. L'assenza, sino a questo momento, di una disciplina espressa nei regolamenti europei di diritto internazionale privato in materia di accertamento ed interpretazione del diritto straniero richiamato costituisce una delle più evidenti lacune di un sistema, quello del diritto internazionale privato europeo, che al momento è ancora in corso di evoluzione. La sua crescita sta avendo luogo in qualche misura per binari paralleli, a mezzo di una serie di regolamenti settoriali, che affrontano, ciascuno con riferimento a una data materia, le questioni relative alla legge applicabile, isolatamente o in combinazione con le altre questioni di rilievo internazionaleprivatistico, come la giurisdizione e il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni e altri atti stranieri.

38. L'ipotesi di adottare delle regole apposite a livello europeo si è più volte affacciata all'interno di iniziative sorte dal dibattito scientifico o in contesti istituzionali, venendo declinata ora nel senso dell'adozione di uno strumento *ad hoc* ora, più ambiziosamente, nel contesto dell'adozione di un regolamento volto a introdurre una disciplina comune delle questioni generali del diritto internazionale privato, ovvero, ancor più audacemente, di un vero e proprio codice europeo di diritto internazionale privato. Questi sforzi non si sono sinora tradotti nell'adozione di alcuno strumento giuridico vincolante, né tantomeno nell'introduzione di regole in materia all'interno degli atti esistenti o delle proposte di ulteriori atti in materia sinora presentate. Nondimeno, dai caratteri che sono propri dei regolamenti europei che contengono le regole che sono all'origine dell'esigenza di applicare e, pertanto, di accertare il contenuto del diritto straniero, nonché dai principi generali del diritto dell'Unione europea e più specificamente dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, si possono desumere in via interpretativa le risposte da darsi ai diversi quesiti che si pongono in materia. Come si è potuto constatare, diverse di queste si trovano già delineate negli studi e nei progetti ai quali si è fatto riferimento.

39. Nondimeno, come si è avuto modo di vedere, alcuni profili della problematica rimangono controversi, per le frizioni che una troppo rigida aderenza alla soluzione più in linea con i caratteri propri delle regole di diritto internazionale privato europeo, quella per cui il diritto richiamato da tali regole deve essere accertato ed applicato d'ufficio dal giudice, può presentare con altri principi e criteri ispiratori della disciplina stessa. Tra questi, un ruolo particolare riveste, come si è osservato, il rispetto che deve essere garantito all'autonomia delle parti nelle materie nelle quali i regolamenti stessi rimettono ad esse la scelta della legge applicabile. Vengono non meno in rilievo principi di rango primario, quali

⁸⁰ Si veda in questo senso INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future*, cit., p. 94.

⁸¹ Si veda ancora INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *ibidem*.

quelli che tutelano il diritto di ricevere una tutela giurisdizionale dei diritti in tempi ragionevoli, ciò che pare opporsi ad un eccessivo prolungamento della durata del processo a causa delle difficoltà suscettibili in concreto di sorgere nell'accertamento del contenuto del diritto straniero richiamato. E' in considerazione di queste questioni irrisolte che, pur all'interno di un quadro giuridico sufficientemente delineato nei suoi tratti generali, appare necessaria un'iniziativa legislativa dell'Unione europea che chiarisca e garantisca uniformità di approccio ad una problematica, che è di fin troppo critica rilevanza nella direzione di un'applicazione omogenea e coerente delle regole di diritto internazionale privato europeo, per poter essere lasciata all'autonoma e sovente divergente disciplina nazionale nei singoli Stati membri.

Coordination of contractual and tort claims in the European law of jurisdiction

Koordination vertraglicher und deliktischer Ansprüche im europäischen Gerichtsstand

DIETER MARTINY

Professor emeritus

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) / Hamburg

Recibido: 12.05.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8963

Abstract: Under Article 7(1) and Article 7(2) Brussels I-bis Regulation of 2012, there is jurisdiction for contractual and tort claims. The delineation of these matters is not easy, particularly in cases where there is a concurrency of actions. The discussion is continuing even after the *Wikingerhof* judgment of the European Court of Justice of 24 November 2020. The present article discusses weaknesses associated with different concepts like duties and interests. The introduction of additional elements like the ‘indispensability’ of analysing the contract in cases of tort jurisdiction are difficult to apply and lead to new uncertainty. The admissibility of annex jurisdiction for contract and tort would alleviate the problem.

Keywords: Brussels I-bis Regulation (No. 1215/2012), characterisation, contractual and tort claims, jurisdiction under Article 7(1) and Article 7(2) Brussels I-bis Regulation.

Zusammenfassung: Nach Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2 der Brüssel-Ia-Verordnung von 2012 besteht eine Zuständigkeit für vertragliche und deliktische Ansprüche. Die Abgrenzung dieser Angelegenheiten ist nicht einfach, insbesondere in Fällen, in denen mehrere Ansprüche gleichzeitig erhoben werden. Die Diskussion geht auch nach dem Wikingerhof-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 24. November 2020 weiter. In diesem Artikel werden Schwachstellen der verschiedenen Konzepte wie Pflichten und Interessen erörtert. Die Einführung zusätzlicher Elemente wie die ‘Unerlässlichkeit’ der Prüfung des Vertrags in Fällen der deliktischen Zuständigkeit sind schwer anzuwenden und führen zu neuer Unsicherheit. Die Zulässigkeit einer Annexzuständigkeit für Vertrag und unerlaubte Handlung würde das Problem mildern.

Stichworte: Brüssel-Ia-Verordnung (Nr. 1215/2012), Qualifikation, vertragliche und deliktische Ansprüche, Zuständigkeit nach Art. 7 Nr. 1 und Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-Verordnung.

Index: I. Introduction. II. Contractual and tort matters in substantive law. III. Contractual and tort matters in the framework of jurisdiction. 1. The Approach of Article 7(1) and (2) Brussels I-bis Regulation. A) General approach to jurisdiction. B) Examination of jurisdiction. C) Contractual relationships. D) Tort. 2. Delineation between jurisdictions. A) In the Twilight Zone: *Brogstetter, Wikingerhof* and others. a) CJEU-Case law. b) Remaining doubts. c) Alternative approaches. B) Case groups in respect of jurisdiction. a) Tort at the conclusion of a contract. b) Culpa in contrahendo. c) Neglect of duties of protection. d) Duties to ascertain. e) Antitrust, unfair competition. f) Infringement of legal positions. 3. Concurrency of actions, annex jurisdiction. 4. Contracts with weaker parties. IV. Conclusion.

I. Introduction

1. I first met Alfonso Calvo Caravaca in 1987 in Hamburg at the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law when he was conducting research in European private international law and international civil procedure. At that time he was at the beginning of his academic career. In the meantime he has become one of the most prominent experts in not only Spanish but also European private international law. The pages that follow, concentrating on an aspect of coherence in the European law of international civil procedure, are dedicated to him in recognition of his achievements and in appreciation of our friendship.

2. Obligations can have a different source – contractual and legal, extracontractual. Therefore, the delimitation and coordination of contractual claims and tort claims is a task not only in substantive law but also in European private international law. The relationship between contractual claims and tort claims will be examined on the level of substantive law (II) and then on the level of jurisdiction (III). The delimitation problem is a complex issue because the concepts used are only partly predetermined. The primary tasks are to define each of the matters, to find rules allowing ascertainment of a single jurisdiction, to formulate dividing lines and to develop rules for cases where the obligations coincide. Not only the relationship of the different fields is full of tensions and problems; also within the different single concepts there are many problems. These touch upon the role of courts and the parties and arise at the intersection of many questions. The reasoning is often based on procedural aspects and/or aspects of substantive law. It can therefore be no surprise that there is a plethora of conflicting and contradictory court decisions and disparate doctrinal efforts. However, even if recent case law seems to calm the dispute, it remains difficult to reach a common ground.

II. Contractual and tort matters in substantive law

3. Contract and tort exist in the national law of obligations. Contractual relationships are possible for different arrangements of the parties. Non-contractual claims can be based on certain acts or omissions. They can also arise in the framework of contractual relationships which are of a considerable diversity. If there is a failure to perform, remedies can be specific performance (primary obligations) or compensation in the form of a monetary claim damages (secondary obligations).

4. Tortious claims are based on the breach of legal obligations. Specific torts concern not only the violation of legal positions of single private persons but also the violation of other more general legal duties. Tortious claims can arise under German law on the basis of §§ 823 et seq. Civil Code (CC). There are also several special legal provisions on different tortious acts. Under Spanish law, also contractual and tortious claims (Article 1902 et seq. Código civil) can arise. Between contractual and extracontractual relationships there are many points of contact. There is a certain common understanding that contractual obligations originate from the will of the parties, whereas tortious obligations are independent of this. Apart from this, the characterisation of obligations is different in national systems.¹ Tortious claims can also arise in the context of consumer transactions. The characterisation of obligations is not only an issue in domestic law but is also important in substantive private international law.

5. A special category is culpa in contrahendo. It encompasses the violation of a duty of disclosure and the breaking-off of contractual negotiations. German law acknowledges culpa in contrahendo as a special legal obligation in § 311(2) German CC.²

¹ See N. HOFFMANN, *Die Koordination des Vertrags- und Deliktsrechts in Europa*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 2006, pp. 24 et seq.

² See S. KUBIS, 'Qualifikation oder "Pleading the Law"? Zur Konkurrenz von Vertrag und Delikt im europäischen Zuständigkeitsrecht', in: *Festschrift Schack*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 2022, pp. 697, 698.

6. In many legal systems, concurrent contractual and extracontractual claims, particularly tortious claims, can arise.³ The coordination of such claims, which are often of the same rank, can lead to complications. One type of obligation may exclude the other, but it is also possible that the obligations exist side by side. However, in French law and in Luxembourg there is the *principe de non-cumul*, which means that contractual claims prevail over tortious claims and that any parallel tortious claim will be excluded.⁴

III. Contractual and tort matters in the framework of jurisdiction

1. The Approach of Article 7(1) and (2) Brussels I-bis Regulation

A) General approach to jurisdiction

7. The Brussels I-bis Regulation⁵ tries to achieve several overarching objectives. As the European Court of Justice (CJEU) has stressed several times, particularly the objectives of proximity and the sound administration of justice are pursued by the Regulation.⁶ The rules of jurisdiction must be highly predictable and are founded on the principle that jurisdiction is generally based on the defendant's domicile.⁷ Under the Brussels I-bis Regulation there is a default rule for a general forum at the domicile of the defendant (Article 4). This default jurisdiction must always be available on this ground, save in a few well-defined situations in which the subject matter of the litigation or the autonomy of the parties warrants a different connecting factor.

8. The Brussels I-bis Regulation covers a wide range of issues including contractual obligations and non-contractual liability. In addition to the defendant's domicile, there are alternative grounds of jurisdiction based on a close link between the court and the action, a particular proximity to the facts and evidence, or in order to facilitate the sound administration of justice.⁸

9. The heads of special jurisdiction in Articles 7 – 9 are understood as exceptions. These jurisdictional rules include special rules for insurance matters, consumer transactions and individual contracts of employment. It is therefore necessary to define and delineate different special jurisdictions. It is, however, not easy to use these criteria for the determination of all specific issues of jurisdiction.

10. In matters relating to a contract, a person domiciled in a Member State may be sued in another Member State in the courts for the place of performance of the obligation in question, Article 7(1)(a) Brussels I-bis Regulation (former Article 5 no. 1 of the Brussels I Regulation). This is to a certain degree a counterweight to the default rule which favours the defendant.⁹

11. The application of contract jurisdiction gives rise to some questions. It has to be determined, above all, what kind of contractual link must exist between the parties to the action. It is, however, not clear, which criteria should be used for characterisation purposes nor what kind of test can be used.

³ U. MAGNUS, 'Concurrent Claims', in: J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, OUP Oxford, 2012, pp. 344 et seq.

⁴ See A. BETZELT, *Anspruchskonkurrenz bei grenzüberschreitendem Lebenssachverhalt*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 2023, pp. 65 et seq.

⁵ Regulation (EU) No. 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ EU 2012 L 351/1.

⁶ CJEU, 24 Nov. 2020, *Wikinghof*, C-55/19, ECLI:EU:C:2020:950, para. 37 with references.

⁷ Recital 15.

⁸ Recital 16.– A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 'International jurisdiction and international business. The Brussels i-bis Regulation', in: A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González (eds.), *European Private International Law*, Editorial Comares, Granada, 2022, p. 229, para. 600.

⁹ M. POESEN, 'From Mirages to Aspirations – The Periphery of "Matters Relating to a Contract" in Regulation (EU) No 1215/2012', *Yearbook of Private International Law* (Yb. PIL) 22 (2020/21) 511, 537 et seq.

12. As regards contract jurisdiction, legal authors have proposed and adopted several approaches, though not always in a systematic way. In the background of the different approaches is the fundamental question regarding the basic function of the contract forum. According to one approach, contract jurisdiction offers the most appropriate and, hence, the natural forum for all claims that are even remotely linked to a contract (for the sake of proximity and so as to avoid multiple jurisdictional openings over claims relating to the same contract). It has been called the ‘natural forum theory’.¹⁰ A more narrow approach presumes that the contract jurisdiction should be delineated strictly (‘ring-fencing theory’¹¹). Contract jurisdiction is a consequence of the contractual relationship, but it is an exception to the default jurisdiction found at the defendant’s domicile. In applying these different approaches, some different tests are used. However, it is not always explicitly disclosed or explained which of these basic assumptions is being followed.

13. The discussion is dominated by several types of approaches, which for their part justify the delineation for certain case groups. One approach has been called the ‘cause of action test’¹² or the ‘causa petendi test’,¹³ because it centres on the nature of the cause of action pleaded by the claimant. Sometimes it is proposed to use the cause of action of the claim as the main criterion.¹⁴ It is true that the CJEU uses this approach when delineating the sphere of application of the Rome I Regulation.¹⁵ The problem with this approach in the field of jurisdiction is, however, that it seems to be a reference to the substantive law and would need a determination of the applicable law already at the stage of verification of jurisdiction. This would also mean that the scope of application of the Rome Regulations would have to be determined. An autonomous determination would lead to similar problems as regards the jurisdiction issue.¹⁶

14. Another approach to characterisation is to focus primarily on the relationship between the parties. From this standpoint, only claims between litigants who are bound by a contract can be characterised as ‘matters relating to a contract’. This relatively narrow approach has for example been adopted in the *Handte*¹⁷ and *Réunion européenne*¹⁸ decisions. This is sometimes called a ‘privity test’.¹⁹

15. A third approach emphasises the nature of the facts underlying the claim brought by the claimant. This approach, developed in the *Brogssitter* case, has been called the ‘factual breach test’, since it looks to factual elements such as the defendant’s behaviour and the indispensability of interpreting the contract.²⁰

16. An important role in respect of interpretation is played by the CJEU, which interprets European Union law through its preliminary rulings (Article 267 TFEU²¹). The approach of the CJEU is, to the extent possible, to achieve an autonomous interpretation of the Regulations.²² A uniform interpretation of

¹⁰ M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (2020/21) 511, 517 et seq.

¹¹ M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (2020/21) 511, 517.

¹² M. POESEN, ‘Regressing into the right direction - Non-contractual claims in proceedings between contracting parties under Article 7 of the Brussels Ia Regulation’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (Maastricht J. Eur. Comp. L.) 28 (2021), 390, 393.

¹³ R. RUIZ RODRÍGUEZ, ‘Aplicación de la jurisprudencia Wikingerhof del TJUE sobre delimitación entre materia contractual y extracontractual a supuestos de infracción del secreto comercial’, in: A. F. Pérez (ed.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 183, 188.

¹⁴ J. VAN DONINCK, *Blog of the European Association of Private International Law (EAPIL)* 3 May 2022. SEE CJEU, *Wikingerhof*, para. 31.

¹⁵ Excluding company law matters and a trust agreement, CJEU, 3 Oct. 2019, *Verein für Konsumenteninformation v TVP*, C272/18, ECLI:EU:C:2019:827, paras. 31, 37.

¹⁶ B. HAFTTEL, *EAPIL* 14 Dec. 2020.

¹⁷ CJEU, 17 June 1992, *Handte*, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, paras. 16, 20.

¹⁸ CJEU, 27 Oct. 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, ECLI:EU:C:1998:509.

¹⁹ M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (2020/21) 511, 520.

²⁰ M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (2020/21) 511, 525 et seq.– Cf. CJEU, 13 March 2014, *Brogssitter*, C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148, para. 24-26.

²¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ EU 2012 C 326, p. 47.

²² CJEU, *Wikingerhof*, para. 25.

the Brussels I-*bis* Regulation and the Rome Regulations on obligations is also necessary. The scope of application of the Regulations is to be interpreted in a way so as to ensure – as far as possible – consistency.

17. Without a characterisation of the claims it cannot be decided whether there are contractual or non-contractual obligations or both.²³ Characterisation in the context of jurisdiction means that the relevant facts fit into the concepts of the respective head of jurisdiction. The solution has to be found in the framework of already existing CJEU positions in the field of the law of jurisdiction; alternatively, it must be determined whether these positions must also be cast in doubt.

18. Jurisdiction and substantive law are different concepts. However, for jurisdictional purposes concepts of substantive law are often used. It has to be determined how to deal with them. Also in relation to the facts, problems arise.

19. The role of private international law approaches in the context of the examination of jurisdiction has to be clarified. There has to be a delimitation between the applicable rules regarding the admissibility and the merits of the claim. However, concepts of characterisation and preliminary question related to the general part of private international law can also play a role for issues of jurisdiction.

B) Examination of jurisdiction

20. It has to be determined on which basis the examination of jurisdiction by the court has to be undertaken. The test must be practicable, fit in the European context and lead to meaningful results. For jurisdictional purposes, the legal concepts of jurisdiction have to be followed. Since only this issue has to be examined in the proceedings at the stage of jurisdiction, the merits of the claim under substantive law cannot be taken into account. The law applicable to the substantive claim can be determined only at a later stage of the proceedings.

21. It is the choice of the plaintiff to go to a certain court. Whether the claim can satisfy the pre-requisites for a certain forum depends not only on the legal characterisation of the claim but, above all else, on the existence of the facts necessary for the establishment of jurisdiction. In this context, it has to be determined what the factual basis is for a potential exercise of jurisdiction.

22. As regards the verification of jurisdiction, the CJEU has stressed the importance of the head of jurisdiction the claimant is ‘relying on’.²⁴ One can assume this relates to whether the claimant is referring to a specific head of jurisdiction or to substantive law as a basis for his claim.²⁵ However, whether jurisdiction exists is determined by application of the relevant legal provisions. According to the rules of national civil procedure law, it is often not the task of the plaintiff to make a legal assessment of his claim or the admissibility of the action. In principle, he only has to present the facts. It is not clear if it is, instead, European union law that prevails here in terms of the standard used for the examination of jurisdiction.²⁶ Yet it is also not evident just what the standard of ‘relying’ really means.²⁷

23. The emphasis on the behaviour of the plaintiff represents a certain contradiction because the European Court has at the same time declared that the *court* has to ascertain the conditions for jurisdic-

²³ S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 699.

²⁴ CJEU, *Wikingehof*, paras. 28 – 30; AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, paras. 94 et seq.

²⁵ W. WURMNEST, ‘Plotting the boundary between contract and tort jurisdiction in private actions against abuses of dominance’, *CMLR* 58 (2021), 1571, 1583.

²⁶ C. KERN, C. UHLMANN, *GPR* 2021, 50, 53 et seq.

²⁷ S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 703 et seq. (on legal characterisation); W. WURMNEST, *CMLR* 58 (2021), 1571, 1583 et seq.; A. BETZELT (fn 4) p. 149 et seq.

tion.²⁸ The classification as contractual or tortious claims leads to a division of the cause of action. Its consequence is – according to the *Kalfelis* approach – that the examination of the court in the forum at stake is limited.²⁹ Only the contractual or tort claim can be examined.

24. In order to ascertain whether the essential conditions are fulfilled for asserting jurisdiction, the court identifies the connecting factors with the State in which the court is situated. The court examines all the evidence before it, in particular the relevant claims of the plaintiff as to the nature of the obligations on which the action is based. It is, however, not undisputed whether the court simply has to proceed under the allegations of the plaintiff³⁰ or if a certain examination has to take place.³¹ This means that, where appropriate, allegations made by the defendant also have to be taken into account.³² However, sometimes it is said that only the contentions of the claimant are relevant.³³ The case law of the CJEU gives no clear answer.

25. There is an interplay of the Union rules on jurisdiction and the scope of the national law of civil procedure. The borderline between national law and unified European jurisdiction rules is not easy to draw.³⁴ The starting point for the examination of jurisdiction under the Brussels I-*bis* Regulation is the application of European rules. The examination of jurisdiction is, however, only one aspect of the admissibility of actions.

26. Jurisdiction can be based on the same facts as those founding the claim. Therefore, the court may not only have to decide on its jurisdiction but will also need to analyse the case on the merits, considering, for example, the existence of a valid contract for an action based on a breach of contract. That a matter is both relevant for procedural and substantive (material) law is dealt with by the so-called ‘doubly pertinent facts’ approach (*doppelrelevante Tatsachen*). Here, the facts must only be presented and need not be proven already in examining the existence of jurisdiction.³⁵ The same is true for actions in the tort forum.³⁶ However, the CJEU has taken different positions, so that there is no uniform approach.³⁷

C) Contractual relationships

27. As a general rule, the courts of the Member State in which the obligation in question is performed will have special jurisdiction (Article 7(1)(a) Brussels I-*bis* Regulation). In contrast to the former practice of the CJEU under the Brussels I-*bis* Regulation, the examination of jurisdiction for the claim is independent of the *lex causae* of the claim. To a certain extent there is an explicit and uniform approach featuring legal definitions of the place of performance for some types of contracts in Article 7(1)(b) of the Regulation. But for ‘contractual matters’ as such there is no uniform definition in the text of the Regulation.

²⁸ CJEU, *Wikingehof*, para. 29.

²⁹ So-called ‘limitation to cognition’ (*Kognitionsbeschränkung*), H. ROTH, ‘Konkurrierende vertragliche und deliktische Ansprüche im europäischen Zuständigkeitsrecht,’ in: *Festschrift Neumayr* vol. I, Manz, Wien, 2023, p. 1359, 1360 et seq.– Critical of this approach, L. RADEMACHER, ‘Anspruchskonkurrenz und Kognitionsbefugniskonzentration im europäischen Zuständigkeitsrecht’, *Zeitschrift für Zivilprozess international (ZZPInt)* 24 (2019), 141 et seq.

³⁰ CJEU, *Wikingehof*, paras. 30, 31.

³¹ Cf. CJEU, 10 March 2016, *Flight Refund*, C-94/14, ECLI:EU:C:2016:148, para. 59 et seq.

³² CJEU, 28 Jan. 2015, *Kolassa*, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37, para. 65.– Cf. Attorney General (AG) SZPUNAR, C-265/21, *AB and AB-CD*, paras. 78, 80.

³³ Opinion AG SAUGMANDSGAARD ØE, C-55/19, *Wikingehof*, ECLI:EU:C:2020:688, para. 107.

³⁴ C. KERN, C. UHLMANN, ‘Vertrags- und Deliktsgerichtsstand revisited’, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)* 2021, 50, 53 et seq.

³⁵ H. SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Beck, München, 8th ed. 2021, para. 489.

³⁶ S. DEURING, A. SPICKHOFF, ‘Vertrag und Delikt im Europäischen Zuständigkeitsrecht’, in: *Festschrift Becker-Eberhard*, Beck, München, 2022, pp. 107, 114 et seq.

³⁷ In greater detail, see S. BAUMGARTNER, A. KISTLER, ‘Die Rechtsprechung des EuGH zu den doppelrelevanten Tatsachen beim Vertrags- und Deliktsgerichtsstand’, *Festschrift Neumayr* vol. I, Manz, Wien, 2023, p.1075 et seq.

28. The concept of a matter relating to a contract cannot be interpreted as referring to the characterisation which the applicable national law gives to the legal relationship at issue before the national court. Rather, that concept must be interpreted independently with reference to the scheme and objectives of the Brussels I-bis Regulation in order to ensure the uniform application of that concept in all Member States.³⁸ The CJEU has traced the outlines of this concept on a case-by-case basis. The result may be that there will be a different characterisation under European and national rules.

29. The CJEU uses a very broad concept of contract. A matter is contractual when it features the establishment of a legal obligation freely assumed by one person towards another and where this obligation forms the basis of the applicant's action.³⁹ However, the contract must not necessarily be between the parties to the case. A contractual matter can exist even where that obligation is not directly binding on the parties to the dispute.⁴⁰ For the establishment of 'matters relating to a contract', within the meaning of Article 7(1) of the Regulation, the court hearing the matter is not required, at the stage of verifying its jurisdiction, to examine the contractual obligation nor, depending on the case, the content of the contract or contracts at issue.

D) Tort

30. In matters relating to tort, delict or quasi-delict, the courts of the place where the harmful event occurred or may occur have jurisdiction (Article 7(2) Brussels I-bis) (former Article 5 no. 3 of the Brussels I Regulation). This includes the place where the damage occurred and the place of the event giving rise to it. This head of special jurisdiction is also applicable for culpa in contrahendo.⁴¹ There are special rules, inter alia, for antitrust and unfair competition (Article 6). Under certain circumstances, the tort forum can be more favourable for the plaintiff because it gives him access to more places or to a place at his own domicile. The fact that a claim can be classified under national law as tortious is irrelevant.⁴² A uniform approach has to be followed also for the interpretation of tortious matters. The interests of the plaintiff and the protection of the defendant have to be taken into account. Proximity to the facts of the case and available evidence are bases of jurisdiction in tort claims.⁴³

2. Delineation between jurisdictions

A) In the Twilight Zone: *Brogstetter*, *Wikingerhof* and others

a) CJEU-Case law

31. It is possible that a claim could be based in several fora. In the framework of contractual relations of the parties and claims for breach of contract, it is not so much the definition of the terms that is the problem but the relationship between different conceptions of a jurisdictional basis. CJEU case-law has dealt several times with the problem of whether a claim can be simultaneously characterized as contractual and tortious or which characterization should prevail. Moreover, the exact borderline and the

³⁸ CJEU, 14 July 2016, *Granarolo*, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559, para. 19; CJEU, *Wikingerhof*, para. 25.

³⁹ CJEU, *Wikingerhof*, para. 23.– Since CJEU, 17 June 1992, *Handte*, C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, paras. 15 et seq.

⁴⁰ CJEU, 26 March 2020, *Králová*, C-215/18, ECLI:EU:C:2020:235, para. 52; CJEU, 15 June 2017, *Kareda*, C-249/16, EU:C:2017:472, para. 31, 33; CJEU, 7 March 2018, *flightright*, para. 61; Opinion AG SZPUNAR, *AB and AB-CD*, C-265/21, para. 68. – Contra P. MANKOWSKI, 'Ein eigener Vertragsbegriff für das europäische Internationale Verbraucherprozessrecht?', *GPR* 2020, 281 et seq.

⁴¹ CJEU, 17 Sept. 2002, *Tacconi*, C-334/00, ECLI:EU:C:2002:499, para. 27.

⁴² CJEU, 14 July 2016, *Granarolo*, paras. 23 et seq.; F. RIELÄNDER, 'Zur Qualifikation außervertraglicher Ansprüche zwischen Vertragsparteien im europäischen IZVR und IPR', *RfW* 2021, 103, 108 et seq.

⁴³ S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 700; J. VON HEIN, 'Zur Abgrenzung des Vertrags- und Deliktsgerichtsstandes in international-kartellrechtlichen Streitigkeiten', *Festschrift Säcker*, Beck, München, 2021, pp. 215, 222 et seq.

mode of examination have been at the centre of several cases. Until recently there has been a tendency to identify the boundary between contract and tort to the detriment of tort and to the benefit of contract, thus giving deference to the latter.

32. A much debated case was the *Brogstetter* judgment. The plaintiff *Brogstetter* was a trader of luxury watches. He sued the defendant for compensation for having marketed on his own the mechanisms that *Brogstetter* had commissioned him to manufacture. The plaintiff argued that this was a case of unlawful competition, which is a tort under German law. The CJEU noted that the mere fact that a contract exists between two parties is not enough to determine that an action claiming liability is a matter relating to contract.⁴⁴ That is the case only where the conduct complained of may be considered a breach of contract, which may be established by taking into account the purpose of the contract. A case is contractual in nature ‘where the interpretation of the contract ... is indispensable to establish the lawful or, on the contrary, unlawful nature of the conduct complained of’.⁴⁵ The basic idea for this recharacterisation of the action seems to reflect a certain ‘coating’ of the tortious claim within the dominating contractual relationship.⁴⁶ This introduction of an additional element and the prevalence of the contractual element would lead to an extension of the contract forum.

33. The implications of the approach adopted in the *Brogstetter* judgment are disputed. Under a so-called maximalist interpretation, the judgment has been interpreted broadly.⁴⁷ This interpretation holds that non-contractual claims should be characterised as contractual where the conduct complained of may be considered a breach of the terms of the contract, which may be established by taking into account the purpose of the contract. This would embrace all concurrent tort claims. By contrast, a so-called minimalist interpretation construes the *Brogstetter* judgment restrictively. According to this view, non-contractual claims would be characterised as contractual under Article 7(1) only where an interpretation of the contract is ‘indispensable’ for establishing the lawful or unlawful nature of the conduct complained of.⁴⁸ This would be the case if the tort claim is wholly dependent on the contract for its existence.⁴⁹

34. In the subsequent *Wikingehof* case, the plaintiff, a German hotel, sought an injunction against certain practices relating to the contract between the parties. *Wikingehof* argued that the contractual conditions used by the Dutch defendant, the platform *Booking.com*, was an abuse of the dominant position of the defendant, which violated German competition law. If there is a breach of an obligation which exists independently of a contract, then, according to the CJEU in *Wikingehof*, the liability is of a tortious nature.⁵⁰ The conditions for jurisdictional bases turn around a single test, which is whether an examination of the content of the contract is indispensable for an assessment of the lawfulness of the conduct of the defendant. Of decisive importance was that an interpretation of the contract was not ‘indispensable’ to establish the unlawful nature of *Booking.com*’s behaviour.⁵¹ That the abuse of a dominant position resulted from unfavourable clauses found in the contract does not change anything. Insofar, the interpretation of the clauses was necessary only to establish the existence of an abuse.⁵² Since the legal content as such was not in question, the contract was needed only as factual evidence. Following the ‘minimalist approach’, the interpretation of the contract was only a ‘preliminary issue’.⁵³ That is to say, not every contractual

⁴⁴ CJEU, *Brogstetter*; ECLI:EU:C:2014:148, para. 23 (decided by a panel of only three judges).

⁴⁵ CJEU, *Brogstetter*; para. 25.

⁴⁶ A. JUNKER, ‘Zwei Schritte vor, einer zurück. Die Abgrenzung von Vertrags- und Deliktsgerichtsstand in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs’, in: *Festschrift Schack*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 2022, pp. 653, 660.

⁴⁷ See AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, para. 69; L. LUNDSTEDT, *Concurrent Claims against Licensees: Which Courts have International Jurisdiction?*, Stockholm University Research, 2022, pp. 5 et seq.

⁴⁸ AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, para. 70. See e.g. L. LUNDSTEDT (fn 47) pp. 6 et seq.

⁴⁹ See AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, para. 99; F. RIELÄNDER *RIW* 2021, 103, 110.

⁵⁰ CJEU, *Wikingehof*, para. 33.

⁵¹ CJEU, *Wikingehof*, para. 35.

⁵² CJEU, *Wikingehof*, para. 35.

⁵³ See AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, para. 124.

question makes the action contractual.⁵⁴ Article 7(2) Brussels I-bis Regulation applies in cases of abuse of a dominant position, even if this is the consequence of an unfavourable contract.

35. Though, contrary to *Brogstetter*, a claim under Article 7(2) Brussels I-bis was found admissible, the CJEU nevertheless repeated the central statement from *Brogstetter*. The main reasoning for the characterisation was based on the following premise that where there is a legal obligation, it is not necessary to interpret the contract. In order to determine whether the practices alleged against *Booking.com* were lawful or unlawful under the relevant competition law, it was not essential to interpret the contract between the parties to the main proceedings, since such an interpretation was, at most, necessary in order to establish the existence of those practices.⁵⁵

36. A recent CJEU case – where, however, the request for a preliminary ruling was later retracted – concerned a declaration of property for pieces of art.⁵⁶ AG Szpunar deemed the contract between the defendant’s parents, who had the pieces of art in their possession, and the claimants’ (step-)mother to be decisive for jurisdictional purposes.⁵⁷ The AG argued that the claim was contractual in nature as it was ultimately based on an obligation freely entered into, even though the particular contract did not bind the two parties to the dispute. This solution was in line in regards to the underlying jurisdictional values.

b) Remaining Doubts

37. The *Wikingerhof* approach seems to lead at least in some cases to acceptable results. A positive effect of the approach is the restriction of the distributive effect of the *Kalfelis* judgment⁵⁸. However, there is no uniform assessment of the judgment. While it is sometimes seen as a repudiation of *Brogstetter*,⁵⁹ others see it only as a restriction or clarification⁶⁰ or reject the judgment totally.⁶¹ In any case, there remains a certain number of doubts.

38. It is not clear what understanding has to be given to the restricted analysis of the contract in the *Wikingerhof* judgment, which has been called a ‘preliminary issue’ by the Attorney General.⁶² A preliminary question generally means an issue, which is not the object of the main question but which has to be decided in order to come to a result and which is a condition or is at least important for the main question. Here the main question is to a certain extent the lawfulness of the conduct of the defendant,⁶³ but chiefly the inquiry is a jurisdictional issue. To look into the contract seems to be only a step in the test. If the contract is only an ‘accessory incident’ (*question incidente*), this does not make the claim into a contractual one.⁶⁴ The application of the head of jurisdiction for torts cannot be blocked by simply objecting that there is an existing contract.

39. There can be a contractual arrangement of the parties which influences the lawfulness of their actions. But a contract which justifies the actions of the defendant does not make the whole matter

⁵⁴ F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 108.

⁵⁵ CJEU, *Wikingerhof*, para. 35.

⁵⁶ CJEU, *AB and AB-CD*, C-265/21. See Conflictolaws.net 26 June 2022 (Accessed: 15 Mai 2024).

⁵⁷ AG SZPUNAR, C-265/21, *AB and AB-CD*, para. 84.

⁵⁸ C. KERN, C. UHLMANN, *GPR* 2021, 50, 54; S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 706 et seq.

⁵⁹ For example, A. BRIGGS, *EAPIL* 7 Dec. 2020; B. HAFTTEL, *EAPIL* 14 Dec. 2020.

⁶⁰ W. WURMNEST, *CMLR* 58 (2021), pp 1571, 1581 - 1586; S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 112 et seq.

⁶¹ For example, B. HAFTTEL, *EAPIL* 14 Dec. 2020.

⁶² Opinion AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingerhof*, para. 124 (*question préalable*).– Cf. F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 108 et seq.

⁶³ AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingerhof*, para. 124.

⁶⁴ AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingerhof*, paras. 104, 108; T. PFEIFFER, ‘Deliktsrechtliche Ansprüche als Vertragsansprüche im Brüsseler Zuständigkeitsrecht’, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2016, 111, 112 et seq.; S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 706; S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 113; F. RIELÄNDER, *RIW* 2021 103, 108; J. VON HEIN (fn 43) pp. 215, 219 et seq.

a contractual issue. It is also possible that in the framework of a damage claim for tort the existence of a declaration of consent would be advanced. Whether or not there is valid consent is a preliminary question in private international law, one for which the rules on contracts are applicable. However, in the context of the existence of contract jurisdiction, the concept of preliminary questions is not really an improvement.

40. As already mentioned, according to the CJEU, interpretation of the contract has to be ‘indispensable’ for there to be a contractual claim. The indispensability test introduces an additional element which serves to restrict the cause of action test and the use of the contract forum.⁶⁵ The test focuses on the single contract in question. The existence of the contract and its reach is a question of substantive law; this is in line with a ‘factual breach test’.

41. The indispensability test fulfils a certain function. Particularly when based on the cause of action of the claim, the question regarding the law applicable to the action arises. This raises the question of whether an application of the conflict rules for contracts has to be followed and whether the Rome I Regulation has to be applied. A regular examination of the applicable law on the contractual agreement has not been proposed. However, in order to interpret the contractual rights of the defendant in the *Wikingehof* case, the applicable law should have been determined.⁶⁶ Nevertheless, the European Court of Justice did not go into detail as regards the general terms of the agreement.

42. Up until now, there has, however, never been a convincing answer as to the circumstances under which this indispensability can be assumed.⁶⁷ More questionable, however, is that the systematic justification of the test, which sometimes has been proposed to be renounced,⁶⁸ is doubtful.

43. According to the CJEU, the use of the tort forum presupposes an examination as to whether the conduct of the defendant was lawful or not.⁶⁹ However, it is not clear which law is to decide on the interpretation of the contract and its lawfulness. ‘Unlawfulness’ is a concept of substantive law, and there is no convincing answer as to why the lawfulness of the defendant’s behaviour should be determinative of jurisdiction. Lawfulness is only one criterion for a multitude of points of contact between contractual and non-contractual relationships. On the other hand, extracontractual claims are often a consequence of unlawful behaviour.

44. The solution which finds that contractual claims can be given priority has to be rejected.⁷⁰ It has therefore been correctly criticised that the *Brogstetter*-approach, with its inquiry as to a dominating contractual relationship, may change the characterisation of the main question and as a result give the contractual forum preponderance.⁷¹

c) Alternative Approaches

45. Some of the critical objections raised against the *Brogstetter/Wikingehof* judgments concern singular points of the test used by the CJEU. There is, however, also the question as to a comprehensive alternative. In this respect, often the same or similar criteria are used as are found in substantive law.

⁶⁵ M. POESEN *Maastricht J. Eur. Comp. L.* 28 (2021), 390, 395 et seq.

⁶⁶ AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, para. 123. – Cf. also A. SPICKHOFF, ‘Vertrag und Delikt im Europäischen Zuständigkeitsrecht’, *IPRax* 2022, 476, 480 et seq.

⁶⁷ A. BRIGGS, *EAPIL* 7 Dec. 2020; M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (2020/21), 511, 542 et seq.

⁶⁸ Cf. R. RUIZ RODRIGUEZ (fn 13) p. 183, 193 et seq.

⁶⁹ CJEU, *Wikingehof*, para. 33.

⁷⁰ AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, paras. 78 – 80; F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 106 et seq.

⁷¹ T. PFEIFFER, *IPRax* 2016, 111, 114.

46. When criticising the *Brogssitter/Wikingerhof* judgments, it has to be conceded that there are some peculiarities which have to be observed. Due to the jurisdictional nature of the questions, the examination by the court is restricted. An examination of the substantive essence of the claim is not possible.

47. One proposal is to consider, above all, the source of the obligation. Contractual obligations are based on the will of the parties.⁷² This, however, seems too general and brings no further precision. With the use of a cause of action test, it is decisive if the claim is based on a freely assumed contractual obligation.⁷³ No indispensability test takes place; it is enough that there is a claim that would not exist but for the contract, and the contract forum is a counterweight to the default jurisdiction. Characterisation is also to be undertaken without regard for the nature of the claim under substantive law.

48. One approach for characterisation that has been proposed is a kind based on the notion of a violated duty. In substantive law, there exists a multitude of duties of the parties. It has been proposed that complex rules also be developed under Article 7(1) for individual contractual arrangements – and on the other side for everyone’s duties under Article 7(2) of the Regulation.⁷⁴ The difficulty, however, is that many of the duties of the parties can be explained either as a contractual or as a legal duty or as both at the same time.

49. Sometimes it is argued that with the help of the notion of an ‘interest’, a solution could be found. If under the substantive law a general ‘interest in integrity’ (*Integritätsinteresse*) exists independently of the validity of a contract – e.g. for health or for general personality rights – then the claim is to be deemed tortious. If there is, on the other hand, an ‘interest in performance’ (*Leistungsinteresse*) – e.g. in the context of a sales contract – then it is contractual.⁷⁵ This means that in addition to primary claims for performance, contractual jurisdiction includes not only warranty claims but also claims arising from a reversal of the exchange of services, whether under contract or under unjust enrichment rules.⁷⁶ The *lex causae* of the obligation is irrelevant.⁷⁷

50. Despite the fact that there can be a contract, it is argued by some authors that personal injuries resulting from medical malpractice are to be classified as tortious.⁷⁸ This solution is based on the high standard of duties owed by medical practitioners, but this assertion is not without doubt. Investment damages concerning the capital at stake that occur as a result of incorrect information about financial risks are also not to be qualified as contractual.⁷⁹ Damages that arise as a result of a party’s exceeding a grant of contractual power are also to be decided under tort jurisdiction.⁸⁰ However, it is doubtful if the application of different kinds of interests having their origin in contract law can be undertaken/ without a specific *lex causae* of national law. The concept of interest has its origin in the German law of obligations. The establishment of an autonomous and Union-wide accepted list only for the purpose of European international civil procedure would not only be cumbersome but could ultimately even prove impossible.⁸¹

⁷² For a ‘theory of liability based on intention’ (*willensbasierte Haftungstheorie*), see C. WENDELSTEIN, ‘Wechselseitige Begrenzung von Vertrags- und Deliktgerichtsstand im Rahmen des europäischen Zuständigkeitsrechts’, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2015, 622, 627 et seq.

⁷³ M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (2020/21), 511, 542 et seq.

⁷⁴ C. KERN, C. UHLMANN, *GPR* 2021, 50, 55; S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 118 et seq.

⁷⁵ J. HOFFMANN, *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)* 128 (2015), 465, 475 et seq.; F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 109 et seq.; P. GOTTWALD, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* vol. 3, 6th ed., Beck,

München, 2022, Brüssel Ia-VO Art. 7 para. 14.– Contra S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 119 et seq. – Sceptical S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 701.

⁷⁶ J. HOFFMANN, *ZZP* 128 (2015), 465, 486 (interest in integrity).

⁷⁷ J. HOFFMANN, *ZZP* 128 (2015), 465, 481.

⁷⁸ J. HOFFMANN, *ZZP* 128 (2015), 465, 487; F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 110. Arguing for a contractual characterisation in the event of ‘indispensability’, A. SPICKHOFF, *IPRax* 2022, 476, 480.

⁷⁹ P. GOTTWALD (fn 75) Brüssel Ia-VO Art. 7 para. 48.

⁸⁰ J. HOFFMANN, *ZZP* 128 (2015), 465, 485 et seq.

⁸¹ C. KERN, C. UHLMANN, *GPR* 2021, 50, 55.

51. In considering the multitude and complexity of numerous duties, it has also been argued that a general answer would be unrealistic⁸² and that the development of a case-by-case solution would be more promising.⁸³ The uniform statutory determination of the place of performance for several types of contracts in Article 7(1)(b) Brussels I-*bis* Regulation is an indicator that a uniform solution is in principle possible.

B) Case groups in respect of jurisdiction

52. Despite all the divergent approaches, several cases groups can be distinguished in respect of jurisdiction. If there is no connection at all between the tortious behaviour and a contractual relationship, then only a tort claim can be brought; there is only tort jurisdiction. Some other examples may be mentioned.

a) Tort at the conclusion of a contract

53. The German Federal Supreme Court dealt recently with a case regarding the sale of a Bulgarian car which had been involved in an accident.⁸⁴ A German company had bought the car on the internet. After it obtained the car in Sofia, it discovered that the car had serious defects. The German plaintiff argued that he had been induced to buy the car by deceit and claimed compensation. The Federal Supreme Court followed the *Winkingerhof* approach. The plaintiff did not base his action on a contractual claim, i.e. on an obligation voluntarily entered into under a purchase contract concluded between the parties, but on a tortious claim, i.e. a claim based on a legal obligation. The claim was based on an allegation of fraudulent misrepresentation in the run-up to the conclusion of the contract and in this respect was about the breach of the duty incumbent on all individuals not to place fraudulent sales advertisements. This constituted, according to the Federal Supreme Court, a tortious act and not a mere breach of a duty arising from a concluded contract. The conclusion of the contract was relevant only insofar as it was the aim and consequence of the fraudulent misrepresentation. The unlawfulness of the alleged conduct resulted from § 823(2) German CC in conjunction with § 263(1) German Penal Code and thus directly from the law.⁸⁵ This case shows that despite the existence of a contractual background, it is possible to establish jurisdiction in tort for the initiation of a contractual relationship.

c) Culpa in contrahendo

54. Damage claims in the category of culpa in contrahendo have been classified by the CJEU as non-contractual if there was no conclusion of a contract.⁸⁶ In the *Granarolo* case,⁸⁷ the plaintiff had expected the continuation of a tacit contractual relationship. On the other hand, the French compensation for a sudden breach of an established commercial relationship (*rupture brutale des relations commerciales*, Article L 442-1 para. 2 Commercial Code) has been classified by the CJEU as contractual.⁸⁸ In that case, the court followed the *Brogstetter* approach; in the case there was, however, no complicated relationship between the two potential fora. According to the CJEU, it was enough for the contractual characterisation that a tacit contractual relationship existed between the parties.⁸⁹

⁸² Cf. A. SPICKHOFF, *IPRax* 2022, 476, 480.

⁸³ A. JUNKER (fn 46) pp. 653, 664 et seq.

⁸⁴ Federal Supreme Court, 20 July 2021, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2021, 2977 = *IPRax* 2022, 519 note A. SPICKHOFF p. 476. – A request for a preliminary ruling has been withdrawn. Cf. also A. JUNKER (fn 46) pp. 653.

⁸⁵ In the same sense, F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 110; S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 120 et seq.

⁸⁶ CJEU, *Tacconi*, para. 27. In the same sense, J. HOFFMANN, *ZZP* 128 (2015), 465, 485 (interest in integrity).

⁸⁷ CJEU, 14 July 2016, *Granarolo*, para. 28.

⁸⁸ CJEU, 14 July 2016, *Granarolo*, para. 28. In the same sense, S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 119. Contra J. HOFFMANN, *ZZP* 128 (2015), 465 (478); P. GOTTWALD (fn 75) Brüssel Ia-VO Art. 7 para. 12.

⁸⁹ CJEU, 14 July 2016, *Granarolo*, para. 24.

d) Neglect of duties of protection

55. A party's failure to adhere to duties intended to protect the legal position of a another party is seen as a special constellation.⁹⁰ It can potentially constitute a contractual relationship.

e) Duties to ascertain

56. For duties to ascertain matters and duties to provide advice, a differentiated treatment has been proposed. If there is a relationship with a transaction, then it should be deemed a contractual matter.⁹¹ However, duties of protection not specific for a transaction belong to the area of tortious matters.

f) Antitrust, unfair competition

57. For antitrust and unfair competition claims based on statutory obligations, it has been clarified by the *Wikingenhof* judgment that a tortious nature can be assumed.⁹²

g) Infringement of legal positions

58. It is possible that in the context of a contractual arrangement the defendant interfered with a legal position of the claimant what could be justified by the contract. Particularly where there is a purported infringement of a legal position of intellectual property or personal rights, this may be the central point of a compensation claim of the rights holder. A characterisation as tortious may be appropriate. Where a claimant brings an action for damages in tort for infringement of copyright, in the context of which the defendant pleads the existence of a licensing agreement between the parties, the court must, in order to decide on the characterisation of the action, determine whether or not the contract authorised the use of the work complained of.⁹³

59. For the infringement of trade secrets, there is a European directive under which the holder of such a secret has a protected position.⁹⁴ It has been argued that, if there is a contractual relationship between the parties, this is not the basis for a damage claim. In the framework of a contractual relationship, there can exist a tort claim. However, if there is a contractual arrangement on trade secrets, a contractual litigation may arise.⁹⁵ On the other hand, it has been argued that contract clauses which only mirror generally binding legal obligations are not sufficient for a tortious characterisation.⁹⁶

3. Concurrency of actions, annex jurisdiction

60. There is no hierarchy between the different objectives of the Brussels I-bis Regulation. This means that neither interpretation can take priority over the other. It follows that each interpretation,

⁹⁰ S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 118 et seq. ('*Schutzpflichten*').

⁹¹ S. DEURING, A. SPICKHOFF (fn 36) pp. 107, 118 ('*Aufklärungs- und Beratungspflichten*').

⁹² P. MANKOWSKI, 'Wikingenhof: A View from Hamburg', *EAPIL* 9 DEC. 2020.— Cf. also A. JUNKER (fn 46) pp. 653, 644.

⁹³ AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingenhof*, para. 106.

⁹⁴ Directive (EU) 2016/943 of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets), OJ EU 2016 L 157/1.

⁹⁵ R. RUIZ RODRIGUEZ (fn 13) pp. 183, 194 et seq. Both characterisations are possible according to K. VOLLMÖLLER, 'Die kollisionsrechtliche Behandlung von Geheimnisverletzungen in Vertragsverhältnissen', *IPRax* 2021, 417, 419.

⁹⁶ L. LUNDSTEDT, *Cross-Border Trade Secret Disputes in the European Union*, Cheltenham, 2023, pp. 145 et seq.

restrictive or broad, of the concept of ‘matters relating to a contract’ can refute the other interpretation’s viewpoint.⁹⁷ There is no higher rank of contractual claims.⁹⁸

61. For the relationship between the different kinds of jurisdiction laid down in Article 7 Brussels I-bis Regulation, the CJEU developed a rule in the *Kalfelis* case,⁹⁹ which is still followed by the court¹⁰⁰ The court had ruled that the concepts of contract and tort are mutually exclusive, which means that also both heads of jurisdiction are mutually exclusive.¹⁰¹ The mutual exclusivity means, as a consequence, that several special rules in Article 7 cannot be applied at the same time. If one rule is used, the application of the other is excluded. This assumption with its forced ‘either-or’ exacerbates the delimitation issue¹⁰² and has been criticised many times.¹⁰³ It favours a ‘distributive approach’ and brings for cases with several contractual and tortious elements the danger of a dispersal of the proceedings in several courts in different countries.¹⁰⁴

62. Another consequence is, according to the CJEU, that there is no annex competence for contractual claims if there is only a *forum delicti*.¹⁰⁵ There are, however, some proposals for an annex competence for contractual claims in the context of tort claims.¹⁰⁶ An annex competence will also exist for tort claims at the contract forum¹⁰⁷ or for both types of cases.¹⁰⁸ The establishment of such an annex competence would defuse the problems of delineation. Arguments for this are procedural economy, effective procedural protection and the synchronisation of international civil procedure and private international law.¹⁰⁹ The introduction of an annex competence would, however, presuppose abandoning the dividing approach of *Kalfelis* and be a major reform of the prevailing interpretation.

4. Contracts with weaker parties

63. For the special jurisdiction for consumer claims (Article 17 et seq. Brussels I-bis Regulation), the CJEU stresses the necessity of protecting consumers. There is a certain tendency that, when deciding on a contractual consumer claim, also claims with a tortious nature are to be classified as contractual.¹¹⁰ However, a multiplicity of courts having jurisdiction would risk disadvantaging the weaker party. It is therefore in the interest of the proper administration of justice that a consumer should be able to bring before one and the same court all of the difficulties that have arisen from a contract which the consumer has allegedly been induced to conclude by reason of the professional’s use of wording liable to mislead the other contracting party. The inseparable link of the other claim with the consumer contract is used as an argument.¹¹¹ The same solution has been proposed for insurance and individual employ-

⁹⁷ In this regard, see M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (2021), 511 to 545, in particular p. 518.

⁹⁸ However, in favour of a priority, A. BETZELT (fn 4) p. 185 et seq.

⁹⁹ CJEU, 27 September 1988, *Kalfelis*, C-189/87, ECLI:EU:C:1988:459, paras. 19 – 20.

¹⁰⁰ CJEU, *Wikingehof*, para. 26.

¹⁰¹ For Article 5(1) and Article 5(3) of the Brussels Convention.

¹⁰² S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 706 et seq.

¹⁰³ See B. HAFTTEL, *EAJIL* 14 Dec. 2020; M. POESEN, *Yb. PIL* 22 (20/21) 511, 525; H. ROTH (fn 25) p. 1359, 1350 et seq.; A. BETZELT (fn 4), p. 157.

¹⁰⁴ See B. HAFTTEL, *EAJIL* 14 Dec. 2020.

¹⁰⁵ AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikingehof*, para. 112; F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 107 et seq.

¹⁰⁶ GEIMER, in: Geimer/Schütze (eds.), *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 4th ed 2020, Beck, München, Art. 7 EuGVO paras. 222, 223.

¹⁰⁷ J. VON HEIN (fn 43) pp. 215, 233 et seq.; S. KUBIS (fn 2) pp. 697, 707 et seq.; A. BETZELT (fn 4) p. 185 et seq., finding annex competence if there is a closer connection of the factual circumstances of the case in the sense of Article 4 para. 3 sent. 2 Rome II Regulation.

¹⁰⁸ H. ROTH (fn 39) p. 1359, 1367. – See also P. MANKOWSKI, *EAJIL* 9 Dec. 2020.

¹⁰⁹ M. HENRICH, ‘Der Vertrags- und Deliktsgerichtsstand der EuGVVO nach der Rechtsprechung des EuGH und deren Auswirkungen auf die Kognitionsbefugnis und das anwendbare Recht’, *GPR* 2018, 232, 237.

¹¹⁰ See F. RIELÄNDER, *RIW* 2021, 103, 110 et seq.

¹¹¹ CJEU, 2 April 2020, *Reliantco Investment Ltd*, C-500/18, ECLI:EU:C:2020:264, paras. 64, 69, 73.

ment contracts.¹¹² The concept of accessory jurisdiction for tort claims has not been used as a legal basis by the CJEU.¹¹³

IV. Conclusion

64. The coordination of contractual and tort claims in European private international law is necessary not only for substantive law but also for the determination of jurisdiction. It is necessary to determine whether there is jurisdiction for contractual matters under Article 7(1) or for tortious matters under Article 7(2) of the Brussels I-bis Regulation. In the search for convincing criteria for the delineation of contractual and tort matters, different criteria have been used and discussed. The case law is not totally consistent. The questionable but nevertheless established starting point of the CJEU in the *Kalfelis* judgment, under which these types of jurisdiction are mutually exclusive, is one reason for the importance of delimitation.

65. There must be a way of reaching consistent results in making the necessary characterisation for the respective fora. Establishing more categories for more groups of cases would be useful. The test in *Wikinghof* means that a contractual matter can be assumed if the interpretation of the contract between the defendant and the applicant appears ‘indispensable’ for establishing the lawful or, conversely, the unlawful nature of the conduct complained of against the former by the latter. This test seems to be suitable to stop the tendency to overstretch the concept of contractual matters at least for some cases. For other constellations, however, the problems of delineation remain. The proximity of other proposals to substantive law criteria like duties and interests can create new problems impeding the development of a uniform solution. The solution of developing rules for an accessory jurisdiction has been used by the CJEU in consumer cases without naming it in this way. The introduction of a general annex jurisdiction would improve the situation.

¹¹² See AG SAUGMANDSGAARD ØE, *Wikinghof*, para. 111; M. POESEN, *Maastricht J. Eur. Comp. L.* 28 (2021), 390, 397 et seq.; RUIZ RODRÍGUEZ (fn 13) 183, 196 et seq.

¹¹³ Critical P. MANKOWSKI, *GPR* 2020, 281, 284.

Inteligencia Artificial y relaciones laborales

Artificial Intelligence and labor relations

JESÚS R. MERCADER UGUINA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 20.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8964

*“La tecnología, después de todo, es una excreción humana,
y no debe ser vista como algo ajeno, como un Otro.
Es una parte de nosotros, como la tela es parte de la araña”*

B. LABATUT, MANIAC

Resumen: La lógica algorítmica como instrumento de toma de decisiones irradia sus efectos en múltiples campos del actuar humano y, como no podía ser de otro modo, también en el laboral. El empresario está dispuesto a delegar o, si se prefiere, a descentralizar parte de sus poderes tradicionales trasladando un importante número de decisiones a la presunta objetividad y plena fiabilidad que proporciona el recurso al Big Data y, por extensión, a la Inteligencia Artificial. Y ello en la medida en que su uso actual se proyecta sobre prácticamente la totalidad de las facetas que componen su autonomía organizativa, abarcando desde la selección de trabajadores hasta la forma y modo de ejercicio del poder de dirección, incluyendo las decisiones empresariales de despedir.

Palabras clave: Lógica algorítmica, Big Data, Inteligencia Artificial, poder de dirección y control empresarial.

Abstract: Algorithmic logic as a decision-making tool radiates its effects in multiple fields of human action and, unsurprisingly, also in the workplace. Employers are willing to delegate or, if you prefer, to decentralize part of their traditional powers by transferring a significant number of decisions to the presumed objectivity and full reliability provided by the use of Big Data and, by extension, Artificial Intelligence. And this to the extent that its current use is projected on practically all the facets that make up their organizational autonomy, ranging from the selection of workers to the form and manner of exercising managerial power, including corporate decisions to dismiss.

Keywords: Algorithmic logic, Big Data, Artificial Intelligence, managerial power and business control.

Sumario: I. El esperado Reglamento de Inteligencia Artificial. II. El triángulo de oro del Reglamento de Inteligencia Artificial y su proyección en lo laboral. 1. Los usos de alto riesgo en el ámbito laboral de la IA 2. La gran delegación empresarial y los usos de la IA. A) Procesos de selección de trabajadores sospechosos. B) Los algoritmos dirigen la empresa: La dependencia algorítmica. C) El control algorítmico del trabajo en la era del capitalismo de la vigilancia. a) La expansión del control biométrico. b) El control de la conducta del trabajador: *Minority Report laboral*. 3. Garantías para los sistemas de IA de alto riesgo. 4. Responsabilidades en el uso de los sistemas de alto riesgo. III. El impacto de la IA en el mercado de trabajo: ¿Hacia una cuota de reserva para el trabajo humano?

I. El esperado Reglamento de Inteligencia Artificial

1. Después de un largo período de tramitación y tras sortear variados obstáculos, el Parlamento Europeo ha dado luz verde a la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión [RIA]]. Una norma cuyo objetivo declarado en su primer artículo es promover la adopción de una IA centrada en el ser humano y fiable y garantizar un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho frente a los efectos nocivos de los sistemas de inteligencia artificial en la Unión, apoyando al mismo tiempo la innovación. Su escalonada entrada en vigor (art. 113 RIA) permitirá su adecuada comprensión, pero, a su vez, esta vigencia diferida tendrá que luchar contra el acelerado cambio que vive esta materia donde el futuro se convierte en pasado a enorme velocidad ¹.

La Inteligencia Artificial (IA) ha recibido, por su parte, una precisa definición jurídica en el RIA. Una noción que se alinea definitivamente con la realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en mayo de 2019, y que define como sistema de IA a “*un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entorno físicos o virtuales*” (art. 3.1). La norma también busca dotar de un régimen jurídico propio a los que califica de “modelos de IA de uso general” (art. 3.63), denominados en versiones anteriores del RIA como “modelos fundacionales”, esto es, la inteligencia artificial generativa que tiene en ChatGPT su mascarón de proa.

2. En la base de la IA están los algoritmos, pero, ¿qué es un algoritmo? Se entiende por algoritmo, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema” ². Una tecnología intelectual, se ha dicho, que supone, en última instancia, la sustitución de juicios intuitivos por una respuesta objetivada. Y ello en la medida en que un algoritmo es una receta, un conjunto de instrucciones matemáticas, una secuencia de tareas destinada a conseguir un cálculo o un resultado. Hablando informalmente, un algoritmo es la descripción precisa de los pasos que nos llevan a la solución de un problema planteado. Estos pasos son, en general, acciones u operaciones que se efectúan sobre ciertos objetos. La descripción de un algoritmo afecta a tres partes: entrada (datos), proceso (instrucciones) y salida (resultados). En este sentido, un algoritmo se puede comparar a una función matemática.

Desde nuestra limitada perspectiva, tan alejada de las ciencias exactas, resulta imposible conocer qué son exactamente los algoritmos, aunque sí podemos saber para qué sirven, qué hacen, cuál es su lógica, etc... Si ensayáramos una definición podríamos decir que los algoritmos son formulaciones matemáticas que analizan experiencias pasadas de las que sabemos qué resultado produjeron utilizando para ello

¹ De estas y otras muchas cuestiones vinculadas con este conjunto de transformaciones, me he ocupado en mi monografía, J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Posteriormente, en “En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2022, nº 100 (Ejemplar dedicado a: Inteligencia artificial y derecho), pp.136-145. De los efectos en materia laboral durante la tramitación del RIA me ocupé en los trabajos anteriores y en “*El Reglamento de Inteligencia Artificial entra en la recta final, una primera lectura en clave laboral*”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2024, nº 67. Y, más recientemente tras su aprobación en “*El Reglamento de Inteligencia Artificial: frecuentemos el futuro*”, *Brief AEDTSS 42/2024* y en “*Los usos de alto riesgo en el ámbito laboral de la IA y la autocertificación*”, *El Foro de Labos*, 9 de mayo de 2024. Muchas reflexiones y contenidos de este trabajo son tributarios de esos antecedentes.

² La Resolución de 21 de septiembre de 2016, de la Comisión de Garantía del derecho de acceso a la información pública de Cataluña, en la reclamación 123/2016, se define el algoritmo como el “procedimiento de cálculo que consiste en cumplir un conjunto ordenado y finito de instrucciones con unos datos especificados para llegar a la solución del problema planteado” o “conjunto finito de reglas que, aplicadas de manera ordenada, permiten la resolución sistemática de un problema, el cual se utiliza como punto de partida en programación informática”.

grandes cantidades de datos (no “muestras”)³, de modo que por medio de lenguaje algébrico y el uso de determinados “indicadores” (“*proxy*”), se extraen predicciones, correlaciones o aproximaciones (no inferencias causales) a partir de las cuáles se identifica qué características o grupo de características han llevado a los mejores resultados que, sobre esta base, permitirían adoptar decisiones automáticas o humanas⁴.

3. No está de más recordar que tanto los sistemas algorítmicos como los de IA descansan en los datos y en la capacidad de computación. Una noción, la de “dato”, que aparece precisamente definida Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos), entendiéndose por tal: “toda representación digital de actos, hechos o información, así como su recopilación, incluso como grabación sonora, visual o audiovisual”. Los datos son el aire de los nuevos ecosistemas productivos, su nutriente fundamental y se han convertido en un recurso esencial para el crecimiento económico, la creación de empleo y el progreso social. Por su parte, el formidable desarrollo de la capacidad de computación que marca fronteras inimaginables con los ordenadores cuánticos, convierte en irresistible esta lógica transformadora que tiene en el trabajo uno de sus centros de gravedad.

4. Definido su ámbito de aplicación, el RIA, como precisa su Considerando (9), conforma un conjunto de normas armonizadas que “*deben aplicarse en todos los sectores y, en consonancia con el nuevo marco legislativo, deben entenderse sin perjuicio del Derecho vigente de la Unión, en particular en materia de protección de datos, (...), derechos fundamentales, empleo, protección de los trabajadores (...)*”. Una regla de salvaguardia con expresa proyección en lo laboral que queda materializada en su art. 2.11: “*El presente Reglamento no impedirá que los Estados miembros o la Unión mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores o fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores*”. Y es que, como viene a aclarar de nuevo el Considerando (9), esta norma “*tampoco debe afectar en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluidos el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros y el derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o a llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación nacional*”. De igual modo, se añade, “*el presente Reglamento no debe afectar a las disposiciones destinadas a mejorar las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales*”, en los términos que defina la recientemente aprobada Directiva en esta materia.

II. El triángulo de oro del Reglamento de Inteligencia Artificial y su proyección en lo laboral

Sobre las anteriores bases, el RIA asienta su actuación sobre lo que podríamos calificar su “triángulo de oro”: aproximación desde el riesgo, garantías y responsabilidades.

1. Los usos de alto riesgo en el ámbito laboral de la IA

5. La antropóloga Mary Douglas sostenía que las sociedades se definen a sí mismas por el modo en que caracterizan y gestionan sus riesgos⁵. El desarrollo de la IA está asociado, de manera inescindible, a los múltiples riesgos que conlleva su incorporación a la dinámica económica y social en su más

³ De enorme interés en D. PEÑA, *Observación y cálculo en estadística con datos masivos*, Madrid, Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de España, 2022.

⁴ Pues como señala BYUNG-CUL HAN, *No cosas. Quiebras del mundo de hoy*, Barcelona, Taurus, 2021, p. 59, “no sale de lo antes dado hacia lo intransitado” y “resulta ciega para los acontecimientos”.

⁵ *Pureza y peligro: análisis de los conceptos de contaminación y tabú*, Madrid, Siglo XXI, 1973

amplio sentido. Así lo pone de manifiesto la RIA que articula su regulación, precisamente, sobre una aproximación desde la idea de “riesgo”, definida como “*la combinación de la probabilidad de que se produzca un daño y la gravedad de dicho daño*”. El Reglamento establece una jerarquía de riesgos en función del uso de la IA y sobre las categorías detectadas, establece una serie de obligaciones cuyas proyecciones sobre lo laboral resultan más que evidentes.

En este ámbito quedan directamente proscritos los sistemas de reconocimiento de emociones. El RIA expresamente prohíbe “*la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los ámbitos de la aplicación de la ley (...) en lugares de trabajo (...)*” (art. 5.1 f) RIA). Igualmente se encuentra prohibida “*la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual (...)*” (art. 5.1 g) RIA).

6. Pero la pieza esencial del sistema que construye el RIA se asienta en el establecimiento de límites al uso de los sistemas que califica de “alto riesgo” (art. 6.1 y 2 por relación con lo establecido en el Anexo III del RIA). Una noción que, como precisa el Considerando (46), se diseña tomando en cuenta sus efectos, por cuanto incluye entre tales sistemas aquellos que “*tengan consecuencias perjudiciales importantes para la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas de la Unión, y dicha limitación reduce al mínimo cualquier posible restricción del comercio internacional, si la hubiera*”. Lo laboral ocupa, también aquí, un papel protagonista. Y es que, como viene a subrayar el considerando (48), “*la magnitud de las consecuencias adversas de un sistema de IA para los derechos fundamentales protegidos por la Carta es especialmente importante a la hora de clasificar un sistema de IA como de alto riesgo. Entre dichos derechos se incluyen el derecho a la dignidad humana, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y de asociación, la no discriminación, (y) los derechos de los trabajadores (...)*”.

2. La gran delegación empresarial y los usos de la IA

7. La lectura del art. 6.2 en relación con el Anexo III de RIA ratifica de modo concluyente la referida proyección a nuestro campo. Dicho Anexo III incorpora entre los sistemas de IA de alto riesgo los que afecten al “*empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo*” y, en concreto, a) “*Sistemas de IA destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar a los candidatos*” y “*b) sistemas de IA destinados a utilizarse para tomar decisiones o influir sustancialmente en ellas que afecten a la iniciación, promoción y resolución de relaciones contractuales de índole laboral, a la asignación de tareas basada en la conducta individual o en rasgos o características personales, o al seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones*”. El Considerando (57) justifica dicha inclusión sobre la base de que los mismos: “*pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres, ciertos grupos de edad, las personas con discapacidad o las personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, promoción o retención de personas en las relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden socavar sus derechos fundamentales a la protección de los datos personales y a la intimidad*”. Veamos algunos ejemplos.

A) Procesos de selección de trabajadores sospechosos

8. El uso de los algoritmos y sistemas se está generalizando como un método de selección del personal. Así lo pone de manifiesto la Recomendación CM/Rec (2020) 1, cuando señala que los sistemas

algorítmicos se emplean “con fines predictivos (...) en entornos laborales (...), incluso como parte de los procesos de contratación y selección públicos y privados”. En nuestro país, la Carta de Derechos Digitales, presentada en julio de 2021, cuyo apartado XIX (“Derechos en el ámbito laboral”), además de reconocer el derecho de las personas trabajadoras a sus derechos fundamentales, precisaba también “la garantía de sus derechos frente al uso por la entidad empleadora de procedimientos de analítica de datos, inteligencia artificial y, en particular, los previstos en la legislación respecto del empleo de decisiones automatizadas en los procesos de selección de personal”.

Como señalara el WP251rev.01 del GT 29, en sus “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679” (en adelante, WP251), las decisiones automatizadas descritas en el art. 22.1 RGD también pueden operar para el desarrollo de procesos precontractuales. Algunas empresas han puesto en manos de un software los procesos de selección de sus trabajadores en la medida en que “los seres humanos son muy buenos en especificar lo que se necesita para un determinado puesto y obtener información de los candidatos, pero son muy malos en la ponderación de los resultados”⁶. Las funciones algorítmicas permiten, una vez definido en detalle un perfil profesional determinado (titulación, años de experiencia, etc. y unos pesos asociados a cada una de esas características), extraer de los “currícula” de los candidatos la información relevante y calcular el más preciso ajuste al perfil deseado.

9. Pero los algoritmos se emplean también en pruebas de selección gamificadas que incluyen preguntas, rompecabezas u otros desafíos utilizados para realizar evaluaciones predictivas sobre un empleado o solicitante de empleo, o para medir características de los mismos que incluyan habilidades como la destreza, el tiempo de reacción u otras capacidades físicas o mentales. Estas evaluaciones, también conocidas como evaluaciones psicométricas basadas en juegos o reclutamiento gamificado, se están convirtiendo en una herramienta de reclutamiento cada vez más común. Se utilizan, junto con las soluciones de pruebas psicométricas tradicionales o como una alternativa a ellas, para hacer que el proceso de contratación sea más efectivo y eficiente para los empleadores y brindar una experiencia atractiva para los candidatos. Sus riesgos, sin embargo, son evidentes⁷.

Los modelos de decisión automatizada pueden limitar o excluir a los solicitantes de empleo a través de más complejas fórmulas y, en ocasiones, generar discriminaciones⁸. Por ejemplo, un sistema de decisión automatizado que mide el tiempo de reacción de un solicitante podría llegar a excluir injustificadamente a personas con ciertas discapacidades. Para evitar este efecto, debería exigirse al empleador que demuestre que un tiempo de reacción rápido durante el uso de un dispositivo electrónico está relacionado con el trabajo y es coherente con la necesidad de la empresa.

El riesgo es aún mayor en el caso de algunos tipos de IA que utilizan técnicas en las que las herramientas de IA “aprenden” extrayendo patrones de los datos, en lugar de que los programadores decidan qué “proxies” son relevantes y que peso darles. Los algoritmos resultantes son a menudo excesivamente complejos y completamente opacos, de tal manera que es difícil para los humanos su interpretación. Como consecuencia, los empleadores que confían en estos tipos de algoritmos no pueden ni siquiera conocer ni explicar las razones de sus selecciones. En todo caso, esta situación conduciría a una discriminación prohibida.

10. Los efectos que en el terreno que venimos analizando puede producir la introducción de algoritmos fue puesto de relieve por el WP251, que subrayó los riesgos de estas fórmulas al señalar que: “la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden

⁶ N. R. NATHAN, D. S. ONCE, D. M. KIEGER, *In Hiring, Algorithms Beat Instinct* /hbr.org/2014/05/in-hiring-algorithms-beat-instinct

⁷ Sobre lo que llama la atención el California’s Fair Employment and Housing Council en sus draft regulations regarding automated-decision systems. <https://www.dfeh.ca.gov/wp-content/uploads/sites/32/2022/03/AttachB-ModtoEmployRegAutomated-DecisionSystems.pdf>

⁸ Como también pone de manifiesto el California’s Fair Employment and Housing Council en sus drafts regulations regarding automated-decision systems.

ser opacos. Puede que las personas no sean conscientes de que se está creando un perfil sobre ellas o que no entiendan lo que implica. La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren (...). En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a predicciones inexactas. En otros, puede llevar a la denegación de servicios y bienes, y a una discriminación injustificada”. En esta línea se sitúa también la Recomendación CM / Rec (2020) que ha sentado que debe evitarse que los “desequilibrios sociales y laborales que aún no se han eliminado de nuestras sociedades no se perpetúen deliberada o accidentalmente a través de sistemas algorítmicos”.

11. Lo cierto es que, aunque los ingenieros de software definen parámetros de análisis de minería de datos, crean los clusters, enlaces, y árboles de decisión que generan los modelos predictivos aplicados, los valores humanos están incrustados en cada paso en su diseño, por lo que el establecimiento de sistemas automatizados de decisión y los datos que les sirven de base pueden encontrarse sesgados en su origen, con lo que su tratamiento debe encontrarse sometido a importantes cautelas. La discriminación algorítmica en el acceso al empleo es una realidad y los derechos de los interesados deben contar con garantías reforzadas en estos casos. Así lo ha venido a subrayar el apartado VIII de la Carta de Derechos Digitales donde expresamente se señala que: “*Se fomentará que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género adoptando, en su caso, medidas específicas para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados*”.

Las discriminaciones por razón de género han aparecido con especial intensidad en las primeras implementaciones de estos sistemas, pero los riesgos de ampliación a otras formas interseccionales, esto es, cuando concurren o interactúan diversas causas generando una forma específica de discriminación (en los términos de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación), es más que evidente. Por poner el ejemplo más conocido, Amazon trató de crear un algoritmo para seleccionar candidatos potenciales para trabajos de desarrollador de software y otros puestos técnicos, pero lo abandonó después de apreciar que sistemáticamente solicitantes femeninas cualificadas eran excluidas. La razón de ello se encontraba en que sus modelos informáticos estaban entrenados para examinar a los solicitantes mediante la observación de patrones en los currículos enviados a la empresa durante un período de diez años. Durante este período la mayoría provenía de hombres, un reflejo del dominio masculino en la industria tecnológica ⁹.

12. Pero es importante tener presente que este tipo de resultados discriminatorios no pueden ser evitados simplemente eliminando de los algoritmos atributos especialmente protegidos como el género u otros factores discriminatorios. Cuando las herramientas de IA se construyen utilizando perfiles ricos en datos, pueden terminar confiando en distintos indicadores (“proxies”) a la hora de concretar los criterios de selección. El concepto es relevante jurídicamente, porque esos indicadores son los presupuestos de hecho en cuya virtud se va a tomar una decisión ¹⁰. Así, los algoritmos pueden tomar en consideración criterios adicionales como el lugar de residencia, que está estrechamente relacionado con determinadas circunstancias sociales o personales en muchas ciudades. Un algoritmo que clasifica a los candidatos según el código postal podría situar a numerosos colectivos en desventaja. Del mismo modo, un algoritmo de contratación que selecciona candidatos comparándolos con los empleados actuales puede discriminar si las prácticas pasadas del empleador excluyeron a ciertos grupos. Si, por ejemplo, el empleador tiene muy pocas mujeres trabajando como computadora o programadora, el algoritmo probablemente reproducirá ese patrón cuando trate de predecir las contrataciones más exitosas. De manera similar, un algoritmo que trate de maximizar el “ajuste cultural” recomendará a los solicitantes que son similares a los empleados actuales lo que podría excluir a los candidatos que no se adapten a ese patrón histórico ¹¹.

⁹ J. DASTIN, *Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women*, [https://perma.cc/T6NZ-T4ZW].

¹⁰ A. HUERGO, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo”, en AA.VV., *La regulación de los algoritmos*, Pamplona, Aranzadi, 2021, p. 45.

¹¹ Ejemplos que se toman de P. T. KIM & M. T. BODIE, *Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy*, *Journal of Labor and Employment Law*, 2021, Vol. 35, No. 2, pp. 294-296.

B) Los algoritmos dirigen la empresa: La dependencia algorítmica

13. Pero la promesa de un trabajo hipereficiente da un paso adelante y se inserta también en la propia raíz del poder de dirección empresarial. Los algoritmos están pasando a convertirse en un instrumento básico en la ordenación y gestión de los poderes empresariales. Aunque el recurso a estas fórmulas contaba con antecedentes como criterio matemático de identificación y clasificación, lo cierto es que el desarrollo de estas técnicas permite no solo repetir un proceso mecánicamente, sino además aprender de la experiencia, redefinir las reglas e, incluso, como observábamos líneas atrás, poder llegar a independizarse de su creador a la hora de definir la toma de decisiones.

La “*on-demand economy*” representa la última ola de una también nueva economía digital y un terreno en el que los algoritmos han alcanzado un más extenso desarrollo. Este sector económico posee una amplia definición, pero son las plataformas “*gig*” las que concentran el interés en materia laboral, al permitir a los proveedores individuales proporcionar directamente sus servicios al mercado. Estas plataformas profesionales basan su actuación en algoritmos y, a través de los mismos, efectúan asignaciones de actividades a los profesionales incluidos dentro de las mismas. Los usuarios registrados son clientes de la plataforma y corresponde a esta elaborar una planificación perfecta que permite la asignación más eficiente entre la oferta y la demanda de servicios. En otras palabras, el sistema informático procede a la asignación de tareas asignando el servicio al profesional que en cada momento concreto reúna los requerimientos mejor adaptados a las necesidades del cliente.

14. En estas plataformas, las finalidades a las que sirven los algoritmos se concretan, esencialmente, en tres específicas funciones ¹².

En primer lugar, procede a la asignación de la concreta actividad, de modo que a través de la app se asignan al prestador de servicios los trabajos más cercanos. El sistema funciona mediante el rastreo de la proporción de trabajos que el prestador ha aceptado y realiza un promedio de la evaluación/puntuación que los usuarios han otorgado a quién ha desarrollado el servicio. Se produce, en cierto modo, una cierta subasta de servicios que el algoritmo se encarga de coordinar.

En segundo lugar, estos sistemas asignan tarifas y modifican los precios de los servicios durante los picos de demanda. El precio está determinado por una tarifa estándar y fluctúa de acuerdo con un algoritmo de precios dinámico. Por ejemplo, cuando la demanda supera la oferta, los algoritmos de precios dinámicos lo aumentan hasta que se alcanza el equilibrio de mercado. Su extraordinaria capacidad de análisis les permite establecer precios dinámicos (¹³). Como es obvio, su interés estriba no solo en la originalidad de su cometido, sino en su extraordinaria velocidad y precisión, al analizar una inmensa cantidad de datos. Pero este modo de gestión es bilateral. Los prestadores de servicios pueden utilizar también estos instrumentos para valorar de forma precisa el momento óptimo en el que prestar sus servicios, al poder controlar también los precios de los ofertantes.

Finalmente, el algoritmo permite la evaluación del rendimiento puesto que estos sistemas permiten clasificar y valorar el grado de aceptación de la prestación de los servicios ¹⁴. En efecto, entre las singularidades que ofrecen estas fórmulas se encuentra el establecimiento de sistemas para garantizar la confianza en los prestadores de servicios a través de la valoración de los usuarios. Es una práctica generalizada en todas estas plataformas la existencia de sistemas de evaluación de las tareas. A título de ejemplo, en las plataformas especializadas en transporte de viajeros, después de cada viaje, a los pasajeros y conductores se les da la oportunidad de evaluarse los unos a los otros en base a su experiencia durante el viaje. Es importante tener presente que el valor añadido del modelo de negocio empleado por

¹² M. KYUNG LEE, D. KUSBIT, E. METSKY, L. DABBISH, *Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers*, <http://www.cs.cmu.edu>

¹³ Cuestión que también se proyecta en el ámbito mercantil, A. PÉREZ HÉRNANDEZ, *Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios*, *Revista de Derecho Mercantil*, 2019, nº 311.

¹⁴ A. TODOLÍ SIGNES, *The evaluation of workers by customers as a method of control and monitoring in firms: Digital reputation and the European Union's regulation on data protection*, *International Labour Review*, 2020.

las plataformas digitales se encuentra, también, en la capacidad de emplear la plataforma para extraer datos sobre el uso del servicio ¹⁵.

15. La “gestión algorítmica del empleo” se ha convertido en un elemento que puede ser utilizado, incluso para definir el propio concepto de trabajador ¹⁶. Así, la Ley 12/2021 incorpora una nueva Disposición adicional vigesimotercera al ET de acuerdo con la cual: “Por aplicación de lo establecido en el art. 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. También camina por esta misma senda la Directiva para mejorar las condiciones laborales de las personas que trabajan a través de plataformas digitales ¹⁷, que sitúa en la dirección algorítmica uno de sus focos centrales de interés. La directiva hará más transparente el uso de algoritmos en la gestión de recursos humanos, prohibirá el uso de sistemas automatizados de seguimiento o toma de decisiones para el tratamiento de determinado tipo de datos personales de las personas que realizan trabajos en plataformas, como datos biométricos o su estado emocional o psicológico y, en fin, buscará garantizar la supervisión y evaluación humana de las decisiones automatizadas, incluido el derecho a que dichas decisiones sean explicadas y revisadas.

16. La “discriminación algorítmica en el empleo” puede ocupar también importantes espacios en este ámbito. Buen ejemplo es la sentencia del Tribunale Ordinario di Bologna que, en su sentencia de 31 de diciembre de 2020 (N. R.G. 2949/2019), declaró discriminatorio el algoritmo Frank utilizado por Deliveroo en su plataforma online para clasificar o definir el “ranking reputacional” de los riders ¹⁸. Según quedó acreditado, los repartidores gozan de dos vías para recibir encargos de viajes por parte de la empresa: pueden reservar sesiones con antelación a través del sistema de reserva SSB (“Self-Service Booking”) o pueden iniciar sesión en tiempo real. El sistema de reserva SSB proporciona a los riders un calendario de disponibilidad de la semana entrante para poder recibir encargos de viaje de acuerdo con un ranking (una clasificación) establecido. Los parámetros de dicha clasificación son la llamada “tasa de fiabilidad” (número de veces en el que el rider no atendió una sesión que previamente reservó) y la “tasa de participación en los picos” (número de veces en que el prestador estuvo disponible para los horarios más relevantes, es decir, de las 20h a las 22h de viernes a domingo). Sobre esta base, la empresa utiliza un algoritmo que, a juicio del referido Tribunal, penaliza de igual forma y sin distinción alguna tanto a los riders que se ausentan temporalmente por motivos injustificados como a los que lo hacen por motivos justificados de enfermedad, cuidado de menores o para ejercer su derecho de huelga. Tal diferencia, concluye el Tribunal, encubre una discriminación algorítmica en el empleo. Y llega a esta conclusión indicando que es indiferente que a los repartidores se les considere trabajadores por cuenta ajena o trabajadores autónomos, dado que en cualquiera de los casos estarán protegidos frente a la discriminación en el acceso al trabajo.

17. Pero el espacio de los algoritmos no solo se encuentra en las economías de plataforma. Estos mismos seguros de que los mismos están llamados a instalarse en el conjunto de empresas como instrumen-

¹⁵ N. SRNICEK, *Platform capitalism*, Cambridge, Polity Press, 2017, p. 47.

¹⁶ Entre los muchos trabajos que han analizado los presupuestos de la laboralidad en estas relaciones, remito especialmente a A. GINÉS I FABRELLAS, *El trabajo en plataformas digitales. Nuevas formas de precariedad laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2021.

¹⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Document. First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, European Commission, Brussels, 2021. Una reflexión de conjunto sobre esta cuestión puede encontrarse en D. PÉREZ DEL PRADO, *El debate europeo sobre el trabajo de plataformas. Propuestas para una Directiva*, Trabajo y Derecho, 2021, n.º 77. Profundizando y enmarcando la misma en una reflexión de conjunta sobre el cambio digital, también D. PÉREZ DEL PRADO, *Derecho, Economía y digitalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

¹⁸ Seguimos el excelente resumen que realiza de este pronunciamiento, R. OLIVA LEÓN, *¿Es discriminatorio el algoritmo de Deliveroo que «rankea» a sus riders?*, <https://www.algoritmolegal.com/tecnologias-disruptivas/es-discriminatorio-el-algoritmo-de-deliveroo-que-ranke-a-sus-riders/>. Para una contextualización del pronunciamiento, S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el derecho italiano*, Temas Laborales, 2020, n.º 155, p.188

tos a los que éstas van a recurrir lo que determina que estén llamados a convertirse en un instrumento de gestión capaz de proyectar su uso sobre cualquier tipo y modelo de actividad económica. Pensemos en el uso que puede darse a los mismos en cualquier proceso de decisión que requiera elecciones complejas y uso masivo de datos: procesos de evaluación del desempeño y evaluación de objetivos tan utilizados a la hora de establecer sistemas de retribución variable. Aquí los riesgos tampoco desaparecen. La IA también puede producir resultados sesgados si se entrena con métodos sesgados. Un algoritmo entrenado usando las evaluaciones subjetivas de un supervisor sesgado hará predicciones sistemáticamente sesgadas del futuro desempeño laboral ¹⁹.

C) El control algorítmico del trabajo en la era del capitalismo de la vigilancia²⁰

18. El control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos, el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el control informático de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet, conforman una realidad en permanente transformación en la que la vigilancia empresarial se ha convertido en algo más impersonal, pero no por ello menos invasivo. Ciertamente, la idea de la empresa panóptica se hace cada vez más fuerte y los mecanismos de control y seguimiento empresarial adquieren nuevos contenidos y también nuevas dimensiones ²¹.

La importancia de esta materia aparece subrayada por el art. 88.2 RGPD cuando precisa que los tratamientos de datos en el ámbito laboral “incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados, así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a (...) los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”. La LOPD ha venido a incorporar importantes novedades que se proyectan de forma especial en el ámbito que nos ocupa. Ha sido, sin duda, su Título X, en materia de garantías de los derechos digitales, en el que se ha puesto más intensamente el foco de atención. Garantías a las que se añaden las que incorpora el RIA que, como venimos recordando, añade también entre los sistemas de alto riesgo los que “se utilizan (...) para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral”.

La introducción de nuevas tecnologías en el mundo laboral ha ayudado a reforzar la visión panóptica de la relación de trabajo, así como la idea de un remozado feudalismo virtual. El inspector que ve sin ser visto y los vigilados que no pueden escapar a la mirada vigilante y omnipresente que parece situarse en un mundo incorporal, aunque penetre en el mundo corporal hasta hacerlo transparente. Por ello, los límites a este control invasivo resultan especialmente relevantes en una relación donde los ojos empresariales se encuentran siempre presentes. El uso de algoritmos puede suponer un salto adelante en muchos de estos sistemas y son muchos los ejemplos.

a) La expansión del control biométrico

19. El desarrollo de la tecnología, en su más amplio y extenso sentido, está convirtiendo al cuerpo humano en un espacio de computación y, por tanto, de control. Como gustaba decir a los existencialistas, el cuerpo no es una pantalla entre yo y el mundo, sino que da forma a nuestra forma primaria de ser-en-el-mundo. El ser humano es una máquina (en la conocida expresión de Le Mettrie) en la que todos y cada uno de los factores anatómicos y actuaciones personales ligadas a su funcionamiento tienen

¹⁹ Como señalan, P. T. KIM & M. T. BODIE, *Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy*, Journal of Labor and Employment Law, 2021, Vol. 35, No. 2, p. 295.

²⁰ Parafraseando la conocida obra de S. ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, Paidós, 2020.

²¹ Una evolución que empecé a analizar en J. R. MERCADER UGUINA, “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, Relaciones Laborales, 2001, nº 10, pp. 11 a 31. La idea del “panóptico” sigue siendo usada por la doctrina como muestra la obra de M. FERNANDEZ RAMÍREZ, *El derecho del trabajador a la autodeterminación informativa en el marco de la actual empresa “neopanóptica”*, Pamplona, Aranzadi, 2021.

señas diferenciales, propias y específicas, que hacen a cada individuo radicalmente distinto de todos los demás de su especie. Ello permite construir una métrica de cada concreto individuo: la biométrica. Y es que los sistemas biométricos están estrechamente vinculados a una persona, dado que pueden utilizar una determinada propiedad única de un individuo para su identificación o autenticación. Mientras que los datos biométricos de una persona pueden suprimirse o alterarse, la fuente de la que se han extraído en general no puede ser modificada ni suprimida. Los sistemas biométricos quedan, de este modo, referidos a características de los individuos que son universales (todos los individuos las tienen), unívocas (distinguen a cada individuo), permanentes (en el tiempo y en distintas condiciones ambientales) y mensurables (son medibles de forma cuantitativa).

La identidad biológica es propia de cada sujeto y, por tanto, cualquier instrumento que la utilice permitirá, a quien de él se sirva, internarse en el terreno más recóndito que cada ser humano tiene. Podría decirse que, a su través, se puede entrar en la intimidad de la intimidad. Ese carácter invasivo entraña numerosos riesgos para la dignidad humana, riesgos que alcanzan mayor voltaje si tenemos en cuenta que el uso de los sistemas biométricos se está convirtiendo, por momentos, en una potente herramienta de control empresarial²². No sorprende por ello que RIA mire con especial intensidad los usos biométricos de la IA. Un repaso de las categorías empleadas por el RIA en relación con estos sistemas [“datos biométricos” (art.3.34), “identificación biométrica” (art. 3.35), “verificación biométrica” (art. 3.36), “sistema de reconocimiento de emociones” (art. 3.39), “sistema de categorización biométrica” (art. 3.40), “sistema de identificación biométrica remota” (art. 3.41), “sistema de identificación biométrica remota en tiempo real” (art. 3.42), o “sistema de identificación biométrica remota en diferido” (art. 3.43)] muestra su relevancia. Una relevancia que se proyecta sobre los distintos modelos que se vinculan con los también distintos niveles de riesgo. La era del capitalismo de la vigilancia supone un enorme desafío al que viene a tratar de poner coto esta norma.

En un libro de lectura imprescindible [*Ser o no ser (un cuerpo)*], Santiago Alba Rico señala cómo “millones de imágenes capturadas por cámaras ajenas o servidas por nuestros propios teléfonos móviles han acabado por depositarse en un mundo paralelo mucho más poblado y mucho más frecuentado que el de nuestros espacios corporales, y ello, añade, hasta el punto de que puede decirse sin exagerar que hoy son mucho más visibles nuestras imágenes que nuestros cuerpos”. El resultado es que “el espejo ha triunfado sobre el cuerpo y se ha emancipado de él”. Este nuevo dualismo entre el “cuerpo físico” (con su parte física y su dimensión emocional) y el “cuerpo imagen” nos debe hacer reflexionar sobre el alcance de los retos que tenemos por delante y en los que el “cuerpo” en sus más diversas y plurales dimensiones cobra y cobrará un protagonismo esencial.

b) El control de la conducta del trabajador: *Minority Report* laboral

20. Un ámbito en el que, sin duda, el control algorítmico está llamado a tener un papel relevante es el trabajo a distancia. En el teletrabajo interactivo, el trabajador se encuentra expuesto a vigilancia directa en tiempo real y, en otros casos, sin conexión telemática, este control también es posible, aunque diferido en el tiempo, mediante la utilización de determinados programas *in accounting*. El control computerizado, especialmente utilizado sobre trabajadores informáticos, permite a los supervisores efectuar chequeos periódicos a la actividad del supervisado controlando el número de tecleos por minuto, el número de errores y el tiempo total pasado en el ordenador. En efecto, el llamado *software “in accounting”* permite, previa identificación personal del operador, memorizar el número de operaciones efectuadas por el mismo, el número de errores cometidos al efectuarlas, el tiempo empleado para cada una, el tiempo total de trabajo, la memoria utilizada, el número de frecuencia y la duración de las interrupciones. El seguimiento algorítmico puede llevar consigo soluciones excesivamente invasivas y, por ende, desproporcionadas, que conlleven una vulneración de la intimidad de las personas al producir una

²² Buen ejemplo es el reconocimiento de las emociones, tema del que se ha preocupado A. B. MUÑOZ RUIZ, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: Implicaciones Jurídicas-Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

parametrización integral del trabajador. Una reforzada exigencia de proporcionalidad deberá, sin duda, requerirse cuando las empresas acudan a este tipo de sistemas.

21. Un terreno en el que está llamado a proyectarse el control mediante algoritmos de la actividad laboral es el de las amenazas internas (*Insider Threat*). Las mismas tienen por finalidad prevenir, identificar y mitigar las amenazas internas que tengan su origen en las propias personas trabajadoras, que de forma consciente o inconsciente puedan comprometer la actividad empresarial en procesos esenciales de su actividad. De este modo, y a través de la ponderación de una serie de indicadores, los algoritmos predicen la posibilidad de que exista o no una amenaza. Sobre esta base, la empresa podrá tomar medidas adicionales de control sobre los trabajadores que queden identificados. Un modelo de intervención que entra de lleno en las situaciones de alto riesgo (“*seguimiento y evaluación del rendimiento y la conducta de las personas en el marco de dichas relaciones*”) que, como venimos diciendo, identifica el futuro Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial. Este tipo de instrumentos son mirados con reticencia y algunos análisis recomiendan que se debe prohibir a los empleadores hacer inferencias sobre el desempeño de un trabajador. Del mismo modo, se afirma que las empresas no deberían utilizar fórmulas algorítmicas para predecir o emitir juicios sobre el desempeño de un trabajador sus emociones, personalidad o salud²³.

Los algoritmos pueden colaborar a reconstruir el ser más profundo de los trabajadores a través de métodos de gestión digitalizados que permiten integrar datos, patrones e interacciones cibernéticamente esparcidas por ellos con el uso de los sistemas informáticos dentro y fuera de la empresa. Nuestro rastro algorítmico compone, al fin y a la postre, nuestro ser social y laboral. Los riesgos del desarrollo de estas nuevas fórmulas se proyectan como sombras en el ámbito empresarial al permitirse una mayor capacidad de transmisión de datos y de combinación de los mismos, con el peligro añadido de la descontextualización de la información, lo que puede crear un clima psicosociológico de control e invasión de su privacidad, esto es, la conciencia en los trabajadores de poder ser conocidos en todos los aspectos de su personalidad, el trabajador se hace plenamente transparente.

3. Garantías para los sistemas de IA de alto riesgo

22. Esta realidad impone la necesidad de recrear un sistema de garantías adaptado a esta realidad. Como explica Ferrajoli, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales”. Por ello, continúa, “reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela y satisfacción ha sido previstas”. En todo caso, “el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia de tales vínculos”²⁴.

23. El RIA incorpora, por ello, un importante sistema de garantías que se anudan a los requisitos generales que deberán cumplir los sistemas de IA de alto riesgo “*teniendo en cuenta sus finalidades previstas, así como el estado actual de la técnica generalmente reconocido en materia de IA*” (art. 8). Ello lleva consigo el establecimiento, implantación, documentación y mantenimiento de un sistema de gestión de riesgos entendido como “*un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas*” (art. 9). A ello se une la necesaria “*gobernanza de los datos*” (art. 10), las exigencias de un precisa documentación técnica (art. 11) y la necesidad de garantizar un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema (art. 12). La transparencia suficiente para que los responsables del despliegue

²³ A. BERNHARDT, L. KRESGE R. SULEIMAN, *Data and Algorithms at Work: The Case for Worker Technology Rights*, UC Berkeley Labor Center, 2021, p. 23

²⁴ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25.

interpreten y usen correctamente la información de salida que incorporen los sistemas de IA, constituye un principio maestro (art. 13) al que se une la necesidad de que su diseño y desarrollo permita cumplir con el principio de humano al mando (art. 14). En fin, unos sistemas que se diseñarán y desarrollarán de modo que alcancen un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad y funcionen de manera uniforme durante todo su ciclo de vida (art. 15).

El requisito de “vigilancia humana” es especialmente relevante en las relaciones laborales, puesto que un trabajador o un grupo de trabajadores se encargarán de ella. Como puso de relieve en su día el CESE, estos trabajadores deben recibir formación sobre cómo llevar a cabo esta tarea. El RIA otorga carácter de principio a lo que denomina “alfabetización en materia de inteligencia artificial” que enuncia en su art. 4 y conceptúa en el art. 3.56 del siguiente modo: “*Los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA (en el caso laboral, los empleadores) adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los grupos de personas en que se utilizarán dichos sistemas*”. Además, dado que se espera que estos trabajadores puedan ignorar el resultado del sistema de IA o incluso no utilizarlo, deben establecerse medidas de protección frente a las represalias que pueda sufrir en aquellos casos en que la persona trabajadora no tome la correspondiente decisión.

Además de las obligaciones aplicables con carácter general a los sistemas de IA de alto riesgo, el Sección 3 del Título III, titulado “Obligaciones de los proveedores y responsables del despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo y de otras partes”, establece las obligaciones que, en relación con los sistemas IA deben cumplir determinados actores que intervienen en su diseño, fabricación, comercialización y uso.

24. En concreto, los responsables del despliegue de los sistemas de IA que incorporen estas técnicas se encuentran obligados a cumplir con un ineludible presupuesto [art. 26.7 RIA y Considerando (92)]: “*Antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. Esta información se facilitará, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho nacional y de la Unión y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes*”. Una exigencia esencial si atendemos a los términos del Considerando (92) que considera que “*este derecho de información es accesorio y necesario para el objetivo de protección de los derechos fundamentales que subyace al presente Reglamento (...)*” y, además, se impone “*incluso aunque no se cumplan las condiciones de las citadas obligaciones de información o de información y consulta previstas en otros instrumentos jurídico (la referencia se hace a la Directiva 2002/14/CE)*”.

Las anteriores obligaciones quedan subrayadas por el art. 26.11 RIA cuando señala que “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 del presente Reglamento, los responsables del despliegue de los sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el anexo III que tomen decisiones o ayuden a tomar decisiones relacionadas con personas físicas informarán a las personas físicas de que están expuestas a la utilización de los sistemas de IA de alto riesgo (...)*”. Por su parte, el art. 50 RIA establece que: “*los proveedores garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar directamente con personas físicas se diseñen y desarrollen de forma que las personas físicas de que se trate estén informadas de que están interactuando con un sistema de IA, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona física razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización*”.

25. Una exigencia que se ve reforzada por el artículo 86 del RIA que reconoce el derecho a recibir una explicación individualizada de aquellos usos de la IA que afecten a una persona trabajadora. Esto supone que “*toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o le afecte consi-*

derablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada”.

26. La Sección 5 de este Título III del RIA (“Normas, evaluación de conformidad, certificados y registro”) incorpora la exigencia de autocertificación de los sistemas de alto riesgo, proceso mediante el cual los proveedores de dichos sistemas evalúan y declaran que cumplen con los requisitos y estándares establecidos normativamente. El fundamento de dicha exigencia se extrae del Considerando (125) del RIA que viene a precisar que: *“Dada la complejidad de los sistemas de IA de alto riesgo y los riesgos asociados a ellos, es importante desarrollar un sistema adecuado para el procedimiento de evaluación de la conformidad de los sistemas de IA de alto riesgo en el que participen organismos notificados, denominado «evaluación externa de la conformidad». No obstante, habida cuenta de la experiencia actual de los profesionales que realizan la certificación previa a la comercialización en el campo de la seguridad de los productos y de la distinta naturaleza de los riesgos implicados, procede limitar, al menos en la fase inicial de aplicación del presente Reglamento, el alcance de las evaluaciones externas de la conformidad a los sistemas de IA de alto riesgo que no están asociados a productos. En consecuencia, el proveedor es quien, por norma general, debe llevar a cabo la evaluación de la conformidad de dichos sistemas bajo su propia responsabilidad, con la única excepción de los sistemas de IA que están destinados a utilizarse para la biometría”.*

Establece el art. 43.2 RIA que: “En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en los puntos 2 a 8 del anexo III, los proveedores se atenderán al procedimiento de evaluación de la conformidad fundamentado en un control interno a que se refiere el anexo VI, que no contempla la participación de un organismo notificado”. De este modo, los sistemas de IA laborales quedan incluidos dentro del radio de la autocertificación. Una exigencia que lleva consigo para los proveedores de estos sistemas el cumplimiento de requisitos: (i) La comprobación de que el sistema de gestión de la calidad establecido reúne los requisitos establecidos en el artículo 17 del RIA. (ii) Examinar la información de la documentación técnica para evaluar la conformidad del sistema de IA con los requisitos esenciales pertinentes establecidos en el capítulo III, sección 2. (iii) Asimismo, comprobar que el proceso de diseño y desarrollo del sistema de IA y la vigilancia poscomercialización del mismo a que se refiere el artículo 72 son coherentes con la documentación técnica. Con todo, el modelo de autocertificación plantea numerosas dudas y hace más necesaria que nunca la consolidación de empresas tecnológicamente responsables.

Igualmente, y antes de poner en servicio una IA laboral, todos los empleadores/empresas deberán registrar dicha IA en una base de datos de la UE, indicando que es una IA bajo su responsabilidad (art. 49 RIA). Esta base de datos se regula en el art. 71 RIA y “únicamente contendrá datos personales en la medida en que sean necesarios para la recogida y el tratamiento de información de conformidad con el presente Reglamento. Dicha información incluirá los nombres y datos de contacto de las personas físicas responsables del registro de sistema y que cuenten con autoridad legal para representar al proveedor o al responsable del despliegue, según proceda”.

4. Responsabilidades en el uso de los sistemas de alto riesgo

27. El último vértice del triángulo de oro del RIA se cierra con un potente régimen de responsabilidades y sanciones asociadas. Como expresa el Considerando (168) del RIA, “Se debe poder exigir el cumplimiento del presente Reglamento mediante la imposición de sanciones y otras medidas de ejecución. Los Estados miembros deben tomar todas las medidas necesarias para garantizar que se apliquen las disposiciones del presente Reglamento, incluso estableciendo sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las infracciones, lo que incluye respetar el principio de non bis in idem (...) El Supervisor Europeo de Protección de Datos debe estar facultado para imponer multas a las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

Sus efectos parecen, a priori, demolidores. A título de ejemplo, el art. 99.3 RIA establece que: “*El no respeto de la prohibición de las prácticas de IA a que se refiere el artículo 5 estará sujeto a multas administrativas de hasta 35 000.000 EUR o, si el infractor es una empresa, de hasta el 7 % de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior; si esta cuantía fuese superior*”. El art. 99.4 establece el régimen sancionador para el incumplimiento de las obligaciones que se establecen por la RIA. A tal efecto precisa que: “*El incumplimiento por parte de un sistema de IA de cualquiera de las disposiciones que figuran a continuación en relación con los operadores o los organismos notificados, distintas de los mencionados en el artículo 5, estará sujeto a multas administrativas de hasta 15.000.000 EUR o, si el infractor es una empresa, de hasta el 3 % de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior; si esta cuantía fuese superior*”, resultando a nuestros efectos relevante el apartado e) que proyecta el referido régimen sancionador sobre “las obligaciones de los responsables del despliegue con arreglo al artículo 26”.

28. Pero no acaba aquí el régimen de responsabilidades asociadas. Como señalaba el “Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica”²⁵ el “comportamiento” futuro de las aplicaciones de IA podría generar riesgos para la salud mental de los usuarios, derivados, por ejemplo, de su colaboración con robots y sistemas con IA humanoide (...) en entornos de trabajo” y es que, sigue diciendo, “las características de las tecnologías digitales emergentes, como la IA, el internet de las cosas y la robótica, ponen en entredicho aspectos de los marcos de responsabilidad civil nacionales y de la Unión y podrían menoscabar su eficacia. Algunas de estas características pueden dificultar la determinación de la relación causal entre los daños y un comportamiento humano, que es uno de los elementos necesarios para presentar una reclamación por responsabilidad subjetiva, de conformidad con las normas nacionales. Esto significa que, en las reclamaciones basadas en las normativas nacionales de responsabilidad civil, la cuestión probatoria puede ser gravosa o excesivamente onerosa y, por lo tanto, es posible que las víctimas no reciban una compensación adecuada”.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, que incorpora una Propuesta de Reglamento en esta materia (en adelante, Propuesta de Reglamento sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA)²⁶, fue el primer paso. Con posterioridad, se han puesto en marcha diversas iniciativas a la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de IA, como son la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), que tiene por objeto adaptar determinados aspectos de la prueba de la responsabilidad extracontractual por culpa a los requerimientos de la inteligencia artificial y la Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuoso, que deberá sustituir la Directiva 85/374/CEE sobre la misma materia, para facilitar su aplicación a los sistemas de IA y a las necesidades de la economía circular²⁷.

III. El impacto de la IA en el mercado de trabajo: ¿Hacia una cuota de reserva para el trabajo humano?

29. Y, para concluir, una breve reflexión sobre el futuro de un trabajo que camina entre los algoritmos y la IA. En el momento actual, las características de la sociedad postindustrial con la intensificación de los procesos de automatización, incorporación de nuevas tecnologías, etc..., ejercen en sí

²⁵ COM (2020) 64 final. Estos antecedentes los analicé en J. R. MERCADER UGUINA, “*Riesgos, garantías y responsabilidades frente al uso de sistemas de inteligencia artificial*”, en A. ABADÍAS SELMA Y G. GARCÍA GONZÁLEZ (Coord.), *Protección de los trabajadores e inteligencia artificial. La tutela de los derechos sociales en la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 135-157.

²⁶ 2020/2014(INL)

²⁷ M. MARTÍN CASALS, “Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial”, *InDret*, 2023,3, pp. 55-100

mismas -como factor de base objetiva de aumento del desempleo- una fuerza de expulsión de mano de obra y una reducción de la fuerza de trabajo necesaria en la producción. A medida que la economía lentamente se reactiva, este componente de desempleo tecnológico puede pesar en unos mercados de trabajo debilitados: muchos puestos de trabajo que se destruyeron ya no volverán jamás, serán sustituidos por máquinas más eficientes. La mayor parte del trabajo táctico, algorítmico y estructurado será automatizado por las máquinas a lo largo del tiempo ²⁸.

Desde hace tiempo en numerosos trabajos vengo hablando de una idea que me parece importante: la empresa tecnológicamente responsable (o, si se prefiere, algorítmicamente responsable). Creo que el gran objetivo de poner diques de contención al irrefrenable cambio tecnológico pasa por la plena concienciación de todos los agentes sociales, económicos y políticos sobre los devastadores efectos del “tsunami tecnológico” que se atisba en el horizonte. Podemos hablar también de una “transición justa” como lo hace la OIT, pero, en todo caso, el reto consiste en que la transición entre empleos que se crean y se destruyen en este proceso sea lo más eficiente y equitativa posible, el objetivo es proteger a las personas y no los puestos de trabajo. En todo caso, lo que es evidente es que “la IA posee tanto riesgos como oportunidades en términos de creación y mantenimiento de un modelo de trabajo decente” ²⁹.

30. Como nos recuerdan Fischhoff y Kadvany ³⁰, la palabra “riesgo” deriva del italiano antiguo “risicare”, que significa “atreverse”, en el sentido de actuar ante la incertidumbre. El análisis del riesgo es una herramienta intelectual para reducir los peligros y limitar el papel de la suerte. El desarrollo de los sistemas y modelos de IA alumbra importantes dudas. Por ese motivo, caminar de la mano de regulaciones que son conscientes de ello permitirá a la racionalidad humana ir un paso por delante de la algorítmica.

²⁸ Para una reflexión más extensa sobre estos temas me remito a mi trabajo “Reflexiones sobre la simultánea creación, destrucción y transformación del empleo en la era digital”, en C. MOLINA NAVARRETE (Dir.), *De la economía digital a la sociedad del E-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Pamplona, Aranzadi/Thomson Reuters, 2022, pp. 93-115

²⁹ A. DESHPANDE, et al., *Improving working conditions using Artificial Intelligence, Publication for the Special Committee on Artificial Intelligence in a Digital Age*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Parlamento Europeo, Luxembourg, 2021, p. 16. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

³⁰ *Riesgo: una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2013, p. 227.

A propósito del derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión Europea no representados en terceros Estados

Regarding the right to consular assistance of citizens of the European Union not represented in third States

CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Cátedra J. Monet ad personam de Derecho de la UE

ORCID: 0000-0003-4947-6336

Recibido: 20.05.2024 / Aceptado: 22.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8965

Resumen: El derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión sin representación de sus autoridades diplomáticas o consulares en un tercer Estado fue consagrado en el Tratado de Maastricht, pero su desarrollo jurídico tuvo lugar posteriormente. Las decisiones intergubernamentales que inicialmente regularon su ejercicio fueron sustituidas por normas supranacionales, actualmente en vigor, que otorgan mayores garantías jurídicas a sus beneficiarios. Recientemente ha comenzado el proceso legislativo para la modificación de dicho marco normativo con vistas a mejorar el ámbito de aplicación y la exigibilidad de la tutela de este derecho por los poderes públicos competentes.

Palabras clave: Ciudadanía de la Unión, ciudadanos no representados, asistencia consular, tutela judicial, responsabilidad patrimonial del Estado.

Abstract: The right to consular protection of the citizens of the European Union without representation of their diplomatic or consular authorities in a third State was enshrined in the Treaty of Maastricht, but its legal implementation took place later. The intergovernmental decisions that initially regulated its exercise were replaced by supranational law, currently in force, that grants better legal guarantees to the citizens. Recently, the reform of said regulatory framework has begun to improve the scope of implementation and the protection of this right by public authorities.

Keywords: Citizenship of the Union, unrepresented citizens, consular assistance, judicial protection, patrimonial responsibility of the State.

Sumario: I. Introducción. II. La progresiva supra nacionalización de una práctica intergubernamental. III. El vigente marco normativo supranacional. IV. El tránsito hacia un modelo más eficiente de asistencia consular. Cuestiones jurídicas pendientes. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El Tratado de Maastricht consagró el Estatuto de Ciudadanía de la Unión, uno de cuyos derechos más señeros reconoce la asistencia consular por las misiones diplomáticas o los consulados de un Estado miembro a los ciudadanos que carezcan de representación en el territorio de un tercer estado.

Transcurridos más de treinta años desde su consagración, el régimen jurídico del derecho a la asistencia consular ha sido objeto de diversas transformaciones que han precisado las condiciones para su ejercicio.

Actualmente está en proceso de adopción un cambio normativo de calado cuya finalidad es facilitar las condiciones de ejercicio del derecho y establecer un marco ad hoc para resarcir a los ciudadanos concernidos en caso de denegación de la asistencia consular.

2. Esta contribución analiza las cuestiones jurídicas más controvertidas del futuro marco normativo a la luz de la evolución del derecho desde el ámbito de la cooperación intergubernamental entre los Estados miembros, hasta su plena instrumentalización supranacional tras la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”), y del Tratado de la Unión Europea (“TUE”).

II. La progresiva supra nacionalización de una práctica intergubernamental

3. La letra c) del apartado segundo del artículo 20 del TFUE, el artículo 23 del TFUE y el artículo 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (la “Carta”), reconocen el derecho de los ciudadanos de la Unión a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro, cuando se encuentren en un tercer Estado en el que carezcan de representación.

Se trata, no obstante, de un reconocimiento cuya implementación está sujeta a un excesivo y complejo cúmulo de condiciones y, además, presenta perfiles jurídicos contradictorios y algunos anacronismos dentro del propio derecho originario.

En efecto, por un lado, la actual redacción del artículo 46 de la Carta que establece el derecho a la protección diplomática y consular, se refiere a una institución jurídica, la protección diplomática, que no es objeto de reconocimiento en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión.

Esta incoherencia gramatical, además de jurídica, a la cual ya se ha referido la doctrina especializada¹, se suma a la de la incompleta redacción del último párrafo del artículo 35 del TUE, que establece el deber de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros y de las delegaciones de la Unión en los terceros países de contribuir a la aplicación del derecho que nos ocupa, tal y como se consagra en el TFUE, pero sin referencia alguna a la Carta.

4. Al hilo de estas observaciones preliminares debe subrayarse el hecho de su excepcional naturaleza jurídica ya que, a diferencia del resto de derechos reconocidos tanto en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión, como en la Carta, este derecho no se integra en los Tratados después de haberse reconocido previamente en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y/o en otros Acuerdos internacionales que vinculen a la Unión y a todos sus Estados miembros, ni se deriva de la práctica institucional supranacional en sentido estricto.

Tampoco es producto de la consagración de principios generales de la Unión por el Tribunal de Justicia quien, hasta la fecha, no ha tenido incluso la ocasión de pronunciarse sobre su alcance jurídico.

Sin ningún desdoro de su posible inspiración en lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y en el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963², el

¹ Paz Andrés Sáenz de Santamaría, “La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior”, RDUE, 11, 2, 2006, págs. 11, ss., en págs. 17 y 18, y 20 -24.

² Ciertamente, ambos Convenios prevén que un Estado parte represente los intereses de otro Estado parte mediante sus delegaciones diplomáticas u oficinas consulares acreditadas ante otro u otros Estados parte; véanse, respectivamente, la letra

derecho que nos ocupa se integró en los Tratados derivado de una práctica intergubernamental consolidada en el seno de la Cooperación Política Europea (“CPE”).

El derecho que se consagra en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión y en la Carta no se corresponde exactamente con la institución jurídica de la protección consular, sino que, tal y como ha reseñado también de forma pacífica la doctrina especializada, se trata en realidad de una figura similar a la de la asistencia consular o a la de la protección por afinidad³.

Desde la perspectiva de sus ya más de cuarenta años de existencia es posible diferenciar entre el periodo anterior al Tratado de Lisboa, durante el cual la invocabilidad del derecho no pudo beneficiarse de la panoplia instrumental del ordenamiento jurídico de la Unión, y, el vigente periodo que arranca desde la entrada en vigor del citado Tratado de Lisboa, cualitativamente diferenciada por su desarrollo mediante normas de derecho derivado.

5. Abordaré ahora, brevemente, el primer periodo

Como es sabido, la preocupación por establecer vínculos de solidaridad entre los nacionales de los Estados miembros con el objetivo de reforzar la visibilidad exterior de las entonces Comunidades Europeas fue puesta de manifiesto en la Declaración Final de la Cumbre de París de 1974, cuyos puntos 10 y 11 se refieren a la necesidad de establecer un pasaporte común y al reconocimiento de derechos especiales para los ciudadanos de los Estados miembros, respectivamente⁴. Esta idea se reitera en el Informe Tindemans⁵, y se concreta con la adopción de un modelo uniforme de pasaporte europeo en junio de 1981⁶.

No obstante, fue en la Declaración Solemne de Stuttgart de 1983 sobre la Unión Europea donde se establece por primera vez el objetivo de estrechar la cooperación entre las misiones de los Estados miembros en terceros estados en los ámbitos de carácter diplomático y administrativo, que implícitamente incluyen la asistencia consular a los nacionales de otros Estados miembros⁷.

El Consejo Europeo de Fontainebleau de 1984 reitera la importancia de establecer fórmulas para responder a las expectativas de los ciudadanos europeos que refuercen la identidad de la Unión en el exterior, y, encomienda esta misión a un Comité *ad hoc*⁸.

En la propuesta elaborada por este Comité se formula por primera vez, dentro del apartado sobre “los derechos especiales de los ciudadanos” la necesidad de asistir a los ciudadanos comunitarios durante su estancia temporal en un tercer Estado donde no esté representado su país, por una Embajada o un Consulado de otro Estado miembro que pueda proporcionarle asistencia consular⁹. Con dicha finalidad,

c) del artículo 45 del CV 1961, y el artículo 8, la letra c) del apartado primero del artículo 27 y la letra b) del apartado segundo del artículo 27 del CV 1963.

³ Elena Crespo Navarro, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, en págs. 345 y 352. En síntesis, se descarta que el derecho consagrado en los artículos 20 y 23 del TFUE y en el artículo 46 de la Carta se corresponda con el de la protección consular, que se efectúa ante los órganos competentes del Estado que se trate, mientras que el derecho que nos ocupa se circunscribe a la asistencia que se presta a los nacionales en el territorio de un tercer Estado en circunstancias específicas. Asimismo, se interpreta como protección por afinidad dado el vínculo especial que crea a estos efectos el Estatuto de Ciudadanía de la Unión al asimilar a los nacionales de los Estados miembros con los propios nacionales del Estado que deberá prestar, en su caso, la asistencia consular.

⁴ EC/EP WD 1974-1975 Report on the results of the Conference of Heads of Government held in Paris on 9 and 10 December 1974, 13 January 1975, Doc. 436/74, Annex, pg. 9.

⁵ European Union Report by Mr. Leo Tindemans, Prime Minister of Belgium, to the European Council, Bulletin of the European Communities, S. 1/76, IV A, B, págs. 26-28.

⁶ Resolution of 23 June 1981 of the Representatives of the Governments of the Member States on the introduction of a passport of uniform design, O.J. C 241, 19.9.1981. Esta decisión fue completada mediante la adopción de una Resolución de los gobiernos de los Estados miembros el 30 de junio de 1982; O.J. C 179, 16.7.1982.

⁷ Véase el Punto 3.2 de la Declaración del Consejo Europeo de 19 de junio de 1983, Bulletin of the European Communities, No. 6/1983, pág. 28.

⁸ Véase el Punto 6 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Fontainebleau, 25-26 de junio de 1984, Bulletin of the European Communities, No. 6/1984, pg. 11.

⁹ Apartado 2.6, “The citizen as traveller outside the Community”, European Communities Committee on a People’s Europe, The Chairman P. Adonnino, to the European Council, Milan, 28-29 June 1985, Bulletin of the European Communities, S. 7/85, pág. 21.

el Comité recomienda al Consejo Europeo que invite a los Estados miembros a intensificar los trabajos en el ámbito de la cooperación consular y formulen líneas precisas de actuación.

Debe subrayarse la concisión con la que se perfila el derecho que se propone reconocer, ya que solo se refiere a prestar asistencia consular en determinadas circunstancias que, aún no siendo explicitadas, podrían inferirse de cierta práctica llevada a cabo por las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros en terceros estados, tal y como se establece en dos actos intergubernamentales que habían sido adoptados previamente: las Directrices de 1983 para la protección de ciudadanos comunitarios que no cuenten con representación por las representaciones diplomáticas comunitarias en terceros países¹⁰, y, las Directrices de 1984 sobre la actuación a seguir en situaciones catastróficas o crisis políticas, visitas a detenidos, secuestro de menores y otras cuestiones¹¹.

En las citadas Directrices de 1983 se hace referencia a la posibilidad de prestar asistencia, incluida la repatriación con un salvoconducto si fuera necesario en situaciones tales como la muerte, enfermedad grave, accidente, ataque con violencia o detención.

6. La configuración plenamente intergubernamental del derecho que nos ocupa cobra una mayor relevancia en dos circunstancias históricas del proceso de integración; la primera el hecho de que el proyecto de Tratado por el que se establece la Unión Europea, adaptado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984, cuyo artículo tercero prevé la creación de la ciudadanía de la Unión no hace ninguna referencia expresa al mismo.¹² Y, la segunda, porque en el contexto de la celebración del Acta Única europea se adopta una decisión de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros reunidos en el seno de la CPE instando a los Estados miembros a examinar la posibilidad de prestar dicha asistencia¹³, pero el derecho no fue consagrado en las disposiciones del Acta Única.

La práctica posterior corroboró la necesidad y la oportunidad de la existencia del citado marco normativo intergubernamental.¹⁴

De hecho, tras su consagración en el artículo 8C del Tratado de Maastricht¹⁵, que otorgó la competencia exclusiva a los Estados miembros, la aplicación efectiva de este derecho tuvo lugar mediante la adopción de dos actos sui generis, a diferencia de lo previsto con relación a otros derechos de ciudadanía consagrados en dicho Tratado.

Así, por ejemplo, los artículos 8A (derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) y 8B (derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, y, en las elecciones al Parlamento Europeo), que fueron desarrollados mediante actos de derecho derivado; igualmente lo dispuesto en el artículo 8D (derecho de petición ante el Parlamento Europeo y derecho de queja ante el Defensor del Pueblo europeo) que remiten su aplicación a lo dispuesto en los artículos 138D y 138E respectivamente, y que también fueron desarrollados por actos de derecho derivado¹⁶.

¹⁰ Adoptadas por el Grupo de Trabajo de Asuntos Consulares de la CPE en marzo de 1983, no publicadas en el Diario Oficial, de las que queda constancia en el Primer Informe de la CE sobre la ciudadanía de la Unión, COM (93) 702 final, Bruselas, 21 de diciembre de 1993, pág. 7.

¹¹ Directrices del Comité Político de la CPE de 17 de mayo de 1984, no publicadas en el Diario Oficial, incluidas en la Orden Circular del Ministerio de Asuntos Exteriores español, núm. 3.078, de 5 de mayo de 1986.

¹² Bulletin of the European Communities, February 1984, No 2, Luxembourg, págs. 8-26.

¹³ Bulletin of the European Communities, No. 2, 1986, Vol. 19, Part Three/Documentation, 4, European Political Cooperation, especialmente el párrafo Segundo del Punto 3.4.1, II.1 y II.4, págs. 115-116.

¹⁴ Véase, Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión, COM (93) 702 final, antes citado, pág. 7.

¹⁵ Dicha disposición se limitó a establecer que *“todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Antes del 31 de diciembre de 1993, los Estados miembros adoptarán las reglas necesarias entre ellos y comenzarán las negociaciones internacionales necesarias para garantizar dicha protección.”*

¹⁶ Según el Embajador Javier Elorza que fue miembro de la delegación española que elaboró y propuso a la CIG sobre la Unión política la creación del Estatuto de ciudadanía de la Unión, aunque ningún gobierno de los Estados miembros se opuso a la introducción del derecho que nos ocupa en el Tratado de Maastricht, algunas delegaciones exigieron que este derecho no pudiera ser invocado directamente por los ciudadanos de la Unión, y que además tendría que estar sujeto a condiciones dado

Los actos *sui generis* antes mencionados fueron la Decisión 95/553/CE de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 1995, relativa a la protección de los ciudadanos de la UE por las representaciones diplomáticas y consulares¹⁷, y, la Decisión 96/409/PESC de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo del 25 de junio de 1996, relativa al establecimiento de un documento provisional de viaje¹⁸.

Acercas del contenido y la implementación de ambas decisiones se ha escrito sobradamente y la propia Comisión dio cuenta de ella en sus Informes sobre la ciudadanía de la Unión, si bien de manera escueta¹⁹. No obstante, cabe abundar en el hecho de que la Decisión 95/553/CE reproduce la práctica sobre asistencia consular llevada a cabo según las Directrices previamente acordadas en el seno de la CPE, a saber, asistencia en caso de fallecimiento, accidente o enfermedad grave, arresto o detención, actos de violencia y socorro o repatriación de nacionales de la Unión en dificultad (artículo 5).

Esta disposición también prevé en su apartado segundo que pueda prestarse asistencia a los ciudadanos de la Unión que lo soliciten en otros casos no determinados. Por otro lado, la Decisión no hace referencia alguna a una posible actuación de las misiones de la Unión acreditadas en terceros estados a efectos de facilitar el ejercicio de este derecho cuando fuera necesario, preservando en este sentido la competencia exclusiva de los Estados miembros que serían además los únicos responsables ante posibles denuncias en supuestos de incumplimiento de la obligación de asistencia.

Emerge en cualquier caso el elemento supranacional al prever el artículo 3 de la Decisión que la asistencia deberá prestarse respetando el principio de igualdad de trato, y al suavizar el deber del interesado de probar su nacionalidad mediante la presentación de un pasaporte o de un documento de identidad en caso de pérdida o sustracción de estos, al admitir otra prueba de la nacionalidad según dispone al apartado segundo del artículo 2.

7. La vigencia del citado marco normativo intergubernamental cuya razón de ser estribaba también en causas tales como la insuficiente representación de los Estados miembros ante terceros estados y los masivos desplazamientos al exterior de sus ciudadanos²⁰, fue puesta en entredicho en el contexto de la elaboración por la Convención Europea sobre el futuro de Europa del proyecto de Tratado por el que se establece una constitución para Europa. En este proyecto se prevé que las medidas necesarias para facilitar la protección del derecho puedan establecerse en una ley europea adoptada por el Consejo previa consulta al Parlamento Europeo (artículo III-127).

Empero, el tránsito hacia la supranacionalización del derecho a la asistencia consular tuvo lugar en el contexto de la celebración y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, durante el cual resultó muy relevante el enfoque pragmático del futuro marco normativo que pergeñó la Comisión Europea²¹.

que su desarrollo solo sería posible tras la adopción de un acto del Consejo por unanimidad. El consenso entre los Estados miembros para abordar en dichas negociaciones el Estatuto de Ciudadanía de la Unión incluía entre los derechos reconocidos el de “*la protección conjunta de los ciudadanos comunitarios fuera del territorio de la Comunidad*”, y se plasmó en las Conclusiones del Consejo Europeo de Roma, 14-15 de diciembre de 1990; véase, *Bulletin of the European Communities*, No. 12/1990, pág. 10. La citada propuesta de la delegación española a la CIG, de 20 de febrero de 1991, puede consultarse en la RIE, 18, 1991, págs. 405 y ss.

¹⁷ DO L 314/73 de 28.12.1995.

¹⁸ DO L 168/4 de 6.07.1996.

¹⁹ Véase, por ejemplo, COM (2001) 506 final, págs. 19-20; COM (2004) 695 final, pág. 9; COM (2008) 85 final, pág. 5.

²⁰ En el año 2006 estos desplazamientos se cifraron entorno a 180 millones anuales; véase Comisión Europea, Libro Verde, La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países, DO C 30/8 de 10.02.2007, pág. 9.

²¹ La Comisión se hizo eco del Informe que presentó al Consejo Europeo de Bruselas del 15-16 de junio de 2006 la Presidencia austriaca (Doc. 1055/06, 15.06.2006), y que fue adoptado por éste en sus Conclusiones (Doc. 10633/06, CONCL 2, Bruselas, 16 de junio de 2006, Puntos 12-15). A dichos efectos, la Comisión elaboró el Libro Verde sobre la protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países, antes citado, y, posteriormente un Plan de Acción (COM (2007) 767 final, Bruselas, 5.12.2007). De ambos documentos deben reseñarse tres elementos sobre los cuales pivotarán las propuestas normativas de la Comisión para desarrollar el derecho de asistencia consular tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: primero, que el derecho que deberá garantizarse es exclusivamente el de la asistencia consular, mejorando algunos aspectos de las prácticas intergubernamentales entonces vigentes en cuestiones tales como la información al ciudadano, la gestión de las cargas financieras o los plazos de respuesta en casos como la repatriación de cadáveres; segundo, que el derecho debe hacerse extensible a los familiares del ciudadano interesado dentro de ciertos límites y cautelas; y, tercero, que para facilitar la prestación de la asistencia al ciudadano junto con la acción bilateral de los Estados miembros con los terceros estados, deberán

El reconocimiento de este derecho se articula desde entonces mediante la inclusión de un nuevo párrafo en el actual artículo 23 del TFUE, que habilita al Consejo para adoptar, mediante un procedimiento legislativo especial, Directivas que establezcan las medidas de coordinación y cooperación necesarias para facilitar su protección, y, también con lo previsto en el artículo 46 de la Carta.

Complementariamente, se incluye una previsión específica en el artículo 35 del TUE para que las delegaciones de la Unión en terceros países contribuyan a la aplicación del derecho que nos ocupa.

III. El vigente marco normativo supranacional

8. Tal y como se acaba de reseñar, el reconocimiento del derecho de asistencia consular, y su ejercicio por los interesados, debe analizarse tomando en consideración las previsiones del derecho originario y la normativa de derecho derivado que las desarrolla.

Abordaré en primer lugar el artículo 46 de la Carta. Esta disposición, bajo el título de protección diplomática y consular, establece que *“todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de ese Estado”*.

Al tratarse de un derecho fundamental que está reconocido en los Tratados, en la letra c) del apartado segundo del artículo 20 del TFUE y en el artículo 23 del TFUE, su ejercicio deberá ser conforme con los límites y condiciones determinados por las citadas disposiciones de los Tratados según dispone el apartado segundo del artículo 52 de la Carta.

Así pues, la Carta no le confiere un valor singular o diferente al que adquiere en el ámbito del Estatuto de Ciudadanía de la Unión. La invocabilidad de este derecho no es exclusiva de los nacionales de los Estados miembros ya que, a la luz del derecho derivado vigente, pueden prevalerse del mismo los familiares y otras personas que se encuentren acompañando al ciudadano concernido en las circunstancias previstas a tal efecto²². En todo caso su invocación se circunscribe a las personas físicas.²³

Ello redunda en una especial complejidad a la hora de su tutela que, en el actual estado del derecho de la Unión, concierne primigeniamente a los Estados miembros²⁴, quienes deberán llevar a cabo las actuaciones pertinentes para resarcir a los interesados.

Al hilo de esta consideración se presume que dichos medios deberán ser preexistentes a la situación o situaciones que engendran el derecho subjetivo que nos ocupa, pero, ello no excluye que por falta de diligencia u otras causas previas, un Estado miembro no pueda proporcionar la asistencia requerida²⁵. En el bien entendido que el reconocimiento del derecho en la Carta tampoco establece un estándar uniforme, si no un trato igualitario y no discriminatorio a la hora de su tutela de conformidad con lo dispuesto en el derecho derivado.

impulsarse la inclusión de cláusulas ad hoc en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión con dichos estados; véanse los Puntos 5.1 a 5.5 del Documento COM (2007) 767 final, antes citado. El enfoque de la Comisión difiere de la posición adoptada por el Parlamento Europeo en su Resolución sobre el Libro Verde de 11 de diciembre de 2007, Doc. 2007/2196 (INI), especialmente en sus Puntos 1, 2 y 8, que abogan por incluir la protección diplomática dentro del derecho que nos ocupa, y del Punto 9, que pide incluir a los refugiados, los apátridas y los nacionales de terceros estados residentes en el territorio de la Unión dentro del derecho de asistencia consular.

²² Véase el Considerando noveno y el artículo 5 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE, DO L 106/1 de 24.04.2015. Véase, igualmente, el Punto 5.1.3 del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la ejecución y aplicación de la Directiva (UE) 2015/637, COM (2022) 437 final, Bruselas, 2.09.2022.

²³ Véase, Hans-Werner Rengeling und Peter Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union. Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze, Heymanns, Köln-Berlin-München, 2004, pág. 940.

²⁴ Véase el apartado primero del artículo 2 y el apartado primero del artículo 7 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, antes citada.

²⁵ Véanse los Puntos 5.1.6 y 5.2 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado.

De hecho, dado que se debe garantizar un derecho fundamental extraterritorialmente pueden concurrir circunstancias ajenas a la capacidad de actuación del Estado miembro concernido que imposibiliten el ejercicio del derecho por los interesados.²⁶

Similarmente, es menester tomar en consideración que la obligación a cargo del Estado miembro de que se trate resulta especialmente agravada porque la tutela del derecho de asistencia consular, según se prevé expresamente en el ordenamiento de la Unión, está vinculada a la salvaguardia de otros derechos esenciales de la persona humana tales como la integridad física, la dignidad personal, el derecho a un juicio justo o incluso el derecho a la vida, que forman parte del Orden Público europeo y están también reconocidos en la Carta (artículos 1-4 y artículos 47-48).

9. Junto con las disposiciones del TFUE ya mencionadas, el derecho a la asistencia consular está regulado por dos Directivas del Consejo adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 23 del TFUE, la Directiva (UE) 2015/637 antes citada, y, la Directiva (UE) 2019/997 de 18 de junio de 2019, por la que se establece un documento provisional de viaje de la UE y se deroga la Decisión 96/409/PESC²⁷.

Centraré mi análisis en la Directiva (UE) 2015/637, si bien cabe subrayar algunos aspectos de la Directiva sobre el documento provisional de viaje de la UE que facilitan el disfrute del derecho a los ciudadanos concernidos.

Así, por ejemplo, la letra d) del artículo 7 prevé la posibilidad de expedir el citado documento a los familiares que no sean ciudadanos de la Unión cuando estos sean residentes en un Estado miembro. Además, el artículo 4 establece unos plazos muy breves para su expedición, y, en casos de extrema urgencia, el Estado miembro que preste la asistencia podría expedirlo incluso reduciendo dichos plazos dado que podría prescindir de la consulta previa al Estado miembro de nacionalidad del interesado²⁸.

10. La Directiva (UE) 2015/637 fue adoptada transcurridos varios años desde la celebración del Tratado de Lisboa durante los cuales se hizo patente la obsolescencia del marco intergubernamental para garantizar la asistencia consular, especialmente en situaciones de crisis y de emergencia²⁹, si bien, casi todos los Estados miembros recibieron positivamente algunas recomendaciones de la Comisión para facilitar el ejercicio del derecho por los ciudadanos como, por ejemplo, incluir en su pasaporte nacional el texto del apartado primero del artículo 23 del TFUE³⁰.

La Directiva aporta novedades de calado en lo concerniente al ámbito subjetivo y a las facilidades para el ejercicio del derecho por los interesados, y, aborda por primera vez el régimen de actuación del Servicio Exterior de la Unión (SEAE) para facilitarlos.

De conformidad con lo previsto en su artículo 5, el derecho se amplía a los familiares que acompañen a los ciudadanos no representados, aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, “*en la misma medida y bajo las mismas condiciones que se les proporcionaría a los familiares del Estado miembro que preste asistencia, que no fueran a su vez ciudadanos de la Unión, de conformidad con su derecho por sus prácticas nacionales.*”

A la luz del Considerando noveno de la Directiva es posible elevar el umbral del trato nacional si así lo exige en una circunstancia concreta la protección del interés superior del menor o, si el Estado

²⁶ Véase el Punto 2 del “Commission Staff Working Document - Impact Assessment”, SWD (2023), 941 final, Brussels, 6.12.2023, págs 7-15. Véase, igualmente, el Documento del Consejo 10698/10 (COCON) de 9 de junio de 2010.

²⁷ DO L 163/1 de 20.06.2019

²⁸ Ambas previsiones no figuraban en las Reglas que rigen la expedición del documento provisional de viaje del Anexo II de la citada Decisión 96/409/PESC de 25 de junio de 1996, ya que, según establece la letra a) del Punto 2, solo podía expedirse el documento a un nacional de un Estado miembro, y, según establece la letra c) del Punto 2, resulta preceptiva la autorización de las autoridades del Estado miembro de origen del interesado; véase el DO L 169 de 6.07.1996, pág. 9.

²⁹ Así, por ejemplo, durante las crisis en Libia, Egipto y Bahrein (2011), los terremotos de Haití (2010) y Japón (2011), y la erupción volcánica en Islandia (2010), a las que hace referencia la Comisión en su Comunicación relativa a la protección consular de los ciudadanos de la Unión en terceros estados, COM (2011), 149/2, Bruselas, 23.03.2011, pág. 3.

³⁰ Véase el Punto 2.1.1 de la citada Comunicación COM (2011) 149/2; véase, igualmente, la Recomendación sobre la reproducción del artículo 20 TCE en los pasaportes, de 5 de diciembre de 2007, C (2007) 5841, DO L 118/30, de 6.05.2008.

miembro que preste la asistencia y el de nacionalidad del ciudadano no representado así lo acuerdan durante las consultas que deben de tener lugar antes de que se preste la asistencia³¹.

En el bien entendido de que la noción de familiar del ciudadano de la Unión no se circunscribe a las categorías previstas en los artículos 2 y 3 de la Directiva relativa al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros³², dadas las dificultades que ello podría suponer en el contexto de situaciones de emergencia, graves conflictos o crisis internacionales³³. Ello sin menoscabo de la inclusión en la noción de familiares del ciudadano de la Unión de todas las categorías reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación de la Directiva 2004/38/CE.

Igualmente significativas resultan otras condiciones para el ejercicio del derecho que se prevén en la lista no exhaustiva de los tipos de asistencia previstos en el artículo 9 de la Directiva³⁴, que apenas difieren del régimen anterior³⁵, y el establecimiento de varios criterios de actuación que deben ser tomados en cuenta por las misiones diplomáticas o los consulados concernidos³⁶.

No obstante, el Estado miembro de nacionalidad del ciudadano no representado puede reclamar proporcionar directamente la asistencia al Estado miembro al que se la solicitó el ciudadano concernido³⁷.

Entre los mencionados criterios de actuación cabe reseñar en primer lugar la inclusión en la noción de “ciudadano no representado” de la circunstancia en la que, aún existiendo en un tercer país una misión diplomática, un consulado o un cónsul honorario de su nacionalidad, no estén en disposición de proporcionar la asistencia de manera efectiva (artículo 6 de la Directiva)³⁸.

Ciertamente, no se precisa qué circunstancia se considera relevante a tales efectos, pero puede deducirse alguna de ellas del Considerando octavo de la Directiva y de la práctica mencionada en los trabajos preparatorios para su adopción, como, por ejemplo, su accesibilidad o su proximidad cuando, debido a la situación local o a la falta de recursos del interesado, el ciudadano no puede ser reenviado a la Embajada o al Consulado de su nacionalidad³⁹.

³¹ A mayor abundamiento, el apartado tercero del artículo 8 de la Directiva facilita el ejercicio del derecho al establecer que los familiares del ciudadano podrán probar por cualquier medio la existencia y el tipo de relación familiar. En cualquier caso, la práctica en las situaciones de crisis es la de interpretar con laxitud los criterios para la asistencia a los familiares concernidos; véase el Punto 2.2.2 de la citada comunicación COM (2011) 149/2.

³² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2004, DO L 158/77 de 30.04.2004.

³³ Doc. CC on the action taken on opinions and resolutions adopted by Parliament at the October 2012 (I and II part-sessions); CARE P, 8-9; la Directiva no acogió la posición del Parlamento Europeo de incluir entre los beneficiarios del derecho a los apátridas, los refugiados y los nacionales de terceros estados residentes en un Estado miembro en posesión de un documento de viaje expedido por dicho Estado miembro; véase el Punto 9 del Doc. 2007/2196 (INI), antes citado. Así como la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de octubre de 2012, DO C 72/101 de 11.03.2014.

³⁴ Según dispone el Considerando decimocuarto de la Directiva 2015/637 del Consejo, dado que la asistencia depende siempre de circunstancias concretas no debe limitarse a los casos expresamente mencionados en la Directiva.

³⁵ El artículo 9 se refiere a los casos de detención o prisión, de ser víctima de un delito, de sufrir un accidente o una enfermedad grave, del fallecimiento, y de la ayuda y repatriación en caso de emergencia o necesidad de documentos provisionales de viaje. Por su parte el artículo 5 de la Decisión 95/553/CE se refiere a casos de arresto o detención, pero no de prisión, a actos de violencia, pero no a actos delictivos y al socorro y a la repatriación en caso de dificultad, pero no de emergencia.

³⁶ Ello no obstante, la Directiva no establece la posibilidad de incluir los casos de enfermedades mentales sobrevenidas dentro del derecho a la asistencia consular; véase el Punto 2.2.1 de la Comunicación CE COM (2011), 149/2, pág. 7.

³⁷ El artículo 3 de la Directiva establece que, en dicha situación, el Estado miembro que haya sido requerido por el ciudadano renunciará a proporcionar la asistencia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del RD 561/2019, de 9 de octubre, por el que se completa la transposición de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, BOE núm. 244, de 10 de octubre de 2019, pág. 111383, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación podrá reclamar por escrito el ejercicio directo de la asistencia consular a los españoles en dichas circunstancias.

³⁸ Esta previsión no figuraba en el artículo 1 de la Decisión 95/553/CE que se limita a utilizar el término “accesible”, ya que se refiere a la representación permanente o cónsul honorario accesibles.

³⁹ Sin embargo, la Directiva no establece los criterios del apartado segundo del artículo 3 de la Propuesta de la Comisión COM (2011), 881 final, Bruselas, 14.12.2011. Entre dichos criterios figuran que el ciudadano pueda llegar con seguridad a la Embajada o al Consulado tras un trayecto y un tiempo de viaje razonables, regresando a su lugar de partida en el mismo día utilizando los medios de transporte usuales en el tercer país, salvo casos de urgencia que lo impidan. También se entiende que no están accesibles las embajadas o consulados cerrados temporalmente en una situación de crisis (pág. 16), y pueden considerarse otros criterios tales como que el trayecto sea inferior a 400 km y la insularidad (Nota 12 en la pág. 4 de la Propuesta COM (2011), 881 final).

En segundo lugar, se establecen diversos criterios para identificar la misión o el consulado responsable de prestar la asistencia consular, ya que se trata de informar debidamente a los ciudadanos no representados acerca de la competencia de los cónsules honorarios a dichos efectos (apartado segundo del artículo 2 de la Directiva)⁴⁰, de redirigirles a la Embajada o el Consulado competentes en los casos en los que exista un acuerdo práctico en vigor sobre reparto de responsabilidades entre los Estados miembros, o en el caso de que otro Estado miembro represente permanentemente ante un tercer país al Estado de nacionalidad del ciudadano interesado (apartados segundo y tercero del artículo 7 de la Directiva)⁴¹.

11. En situaciones de crisis cobra especial relevancia la inclusión en la Directiva del concepto de “*Estado de referencia*”⁴², relativo a uno o más Estados miembros representados en el tercer estado concernido que deberán coordinar y dirigir la asistencia a los ciudadanos no representados (Considerando vigésimo tercero), aunque corresponde al Estado miembro de nacionalidad proporcionar al Estado de referencia toda la información pertinente sobre sus ciudadanos no representados presentes en dichas situaciones (apartado tercero y cuarto del artículo 13 de la Directiva)⁴³, tal y como ya se estableció en la práctica precedente⁴⁴.

12. Cabe finalmente mencionar entre las facilidades que introduce la Directiva para el ejercicio del derecho de asistencia consular la posibilidad de probar la nacionalidad del interesado con medios alternativos al pasaporte o el documento de identidad, dado que estos no confieren carácter constitutivo al derecho que nos ocupa⁴⁵, y el establecimiento de un procedimiento simplificado en situaciones de crisis de las solicitudes de reembolso de los gastos ocasionados por toda la ayuda prestada al ciudadano no representado⁴⁶.

En síntesis, estas previsiones hacen más accesible el ejercicio del derecho que nos ocupa dado que resulta más previsible la actuación de las misiones diplomáticas y de los consulados concernidos. No obstante, dichas mejoras no logran alcanzar el umbral de las garantías que establecía la Propuesta normativa de la Comisión⁴⁷.

⁴⁰ Esta previsión no figuraba en la Decisión 95/553/CE. La competencia de los cónsules honorarios dependerá de lo que establezcan la legislación y las prácticas nacionales del Estado miembro al que representen; véase el apartado tercero del artículo 3 de la Propuesta COM (2011), 881 final.

⁴¹ La Decisión 95/553/CE no contempla estas obligaciones de los Estados miembros para facilitar el ejercicio del derecho a los ciudadanos concernidos, a pesar de prever los casos de la existencia de representación permanente por otro Estado miembro (último inciso del artículo 1) y de la posibilidad de convenir acuerdos prácticos sobre la gestión de las solicitudes de asistencia (artículo 4). En el caso de que existan dichos acuerdos el Estado miembro concernido deberá notificarlo a la Comisión y al SEAE para darle publicidad, garantizando su conocimiento por los ciudadanos no representados (último inciso del apartado segundo del artículo 7, y del Considerando Décimo de la Directiva (UE) 2015/637).

⁴² Esta noción se crea en la Decisión del Comité Político de Seguridad del Consejo de 12 de junio de 2007, Doc. 10715/07. Véanse también las Directrices de la Unión Europea para la aplicación del concepto de Estado de referencia en materia consular, DO C 317/6, de 12.12.2008.

⁴³ Se incluyó en la Directiva el concepto de Estado de referencia descartando el de “*Estado principal*” que figuraba en la Propuesta de la Comisión, y definiendo además escuetamente sus obligaciones frente a las que figuran en dicha Propuesta, tales como atribuir al Estado principal una función específica para asistir a los ciudadanos no representados, reunirlos y, en su caso, evacuarlos a un lugar seguro con la ayuda de los demás Estados miembros afectados (Considerando vigésimo primero y artículo 16 de la Propuesta COM (2011) 881 final). El Parlamento Europeo propuso eliminar dicha noción de la Propuesta y abogó por otorgar a las Delegaciones de la Unión en terceros estados esta responsabilidad; Doc. 2007/2196 (INI), antes citado.

⁴⁴ Véanse las Directrices en materia de protección consular de los ciudadanos de la UE en terceros países, Doc. 15613/10 COCON 40 PESC 1371.

⁴⁵ Considerando decimotercero y apartado segundo del artículo 8 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo. La Directiva se refiere a las situaciones en las que el ciudadano no representado “*no pudiera presentar un pasaporte o documento de identidad válidos*” una previsión más liviana que la que establece el apartado segundo del artículo 2 de la Decisión 95/553/CE que solo se refiere a los casos de pérdida o de sustracción de los documentos, y que no incluía entre otros los casos de deterioro o destrucción de estos.

⁴⁶ Considerando vigésimo octavo y apartado primero del artículo 15 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo. Este procedimiento no se contempla en el artículo 6 de la Decisión 95/553/CE, si bien, en su apartado primero se establece la posibilidad de decidir discrecionalmente la asistencia sin autorizar los gastos por las autoridades competentes del Estado miembro de nacionalidad del solicitante “*en caso de extrema urgencia*”. El nuevo procedimiento simplificado de reembolso de los gastos resulta especialmente eficaz en las situaciones de crisis dado el alto número de ciudadanos no representados que solicitan asistencia lo que tensiona exponencialmente la capacidad de las misiones diplomáticas y de los consulados concernidos; véase la Propuesta COM (2011) 881 final, págs. 5, 8, 13, 20 y 21.

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, los artículos 7 a 11 de la Propuesta COM (2011) 881 final.

13. Finalmente, la Directiva establece un régimen conciso de las funciones del SEAE⁴⁸ y de las Delegaciones de la Unión Europea ante terceros estados para prestar el derecho que nos ocupa.

Ciertamente, dicho régimen es el corolario del creciente papel que adquirió la Comisión Europea en este ámbito desde la celebración del Tratado de Lisboa dado lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 27 y en el artículo 35 del TUE, y en el artículo 23 del TFUE⁴⁹. La Comisión impulsó iniciativas para minimizar las diferencias entre prácticas nacionales de asistencia consular, propugnó debates institucionales sobre el encaje del derecho en el Estatuto de Ciudadanía de la Unión⁵⁰, coordinó las actuaciones del mecanismo europeo de protección civil⁵¹ y, en el marco de la celebración de acuerdos internacionales con terceros estados incluyó cláusulas de consentimiento para facilitar el ejercicio del derecho de asistencia consular en línea con lo previsto en el artículo 8 de la CV de 24 de abril de 1963⁵².

La Directiva prevé dos situaciones en las cuales las Delegaciones de la Unión en terceros estados y el SEAE desarrollan funciones diferentes, aunque complementarias.

En situaciones de normalidad los Estados miembros deben cooperar con las Delegaciones de la Unión informando sobre aspectos relativos a los ciudadanos no representados, así como sobre la existencia de los acuerdos prácticos existentes en el tercer estado en cuestión (artículo 12 de la Directiva⁵³), además de proporcionar una información permanentemente actualizada al SEAE sobre los puntos de contacto competentes en los respectivos Ministerios de Asuntos Exteriores a través del sitio web del SEAE (Consular Online), según dispone el Considerando decimosexto de la Directiva y el apartado cuarto del artículo 10 de la Directiva.

Empero, la dimensión funcional del SEAE y de las citadas Delegaciones adquiere mayor relevancia en la gestión de las situaciones de crisis, ya que la Directiva prevé diversas obligaciones a su cargo. Así, por ejemplo, proporcionar apoyo logístico disponible (espacio de oficinas, equipamiento, alojamiento temporal para el personal consular y los equipos de intervención, etc), según dispone el artículo 11 de la Directiva; coordinar con los Estados miembros representados en un tercer estado los planes de emergencia, informar debidamente de los preparativos para situaciones de crisis a sus Embajadas o Consulados competentes (incluidas las capacidades de evacuación de las que dispongan) y apoyar al Estado de referencia o a los Estados miembros que coordinen la asistencia (artículo 13 de la Directiva⁵⁴).

⁴⁸ Véase la Decisión 2010/427/UE del Consejo, de 16 de julio de 2010, por la que se establece la organización y el funcionamiento del servicio europeo de acción exterior, DO L 201/30 de 3.08.2010.

⁴⁹ De conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 23 del TFUE corresponde a la Comisión presentar las propuestas de las Directivas que adopte el Consejo, por mayoría cualificada, que establezcan las medidas de coordinación y cooperación necesarias para facilitar el ejercicio del derecho. Por su parte, el apartado tercero del artículo 27 del TUE prevé la creación del SEAE con un papel destacado de la Secretaría General de la Comisión, y, el apartado décimo de la Decisión del Consejo relativa a su organización y funcionamiento otorga funciones de apoyo a cargo de las Delegaciones de la Unión en terceros estados para la protección de los ciudadanos de la Unión; DO L 201/30 de 30.08.2010. Dicha previsión es coherente con lo previsto en el artículo 35 del TUE.

⁵⁰ Véase el Doc. COM (2011) 149/2 antes citado, págs. 6 -10 y 13.

⁵¹ Decisión del Consejo 2007/779/CE, Euratom de 8 de noviembre de 2007, DO L 314/9 de 1.12.2007; y, Decisión del Parlamento Europeo y Consejo 1313/2013/UE de 17 de diciembre de 2013, DO L 347/924 de 20.12.2013.

⁵² Véase EC, EU Citizenship Report 2017, Luxembourg, 2017, pag. 32.

⁵³ Los Estados miembros deben proporcionar a las Delegaciones de la Unión información sobre cuestiones relevantes para los ciudadanos no representados, como la seguridad, las condiciones de reclusión, el acceso y la notificación consular y la cooperación en caso de crisis, según dispone el Considerando décimo noveno de la Directiva. A su vez, las Delegaciones de la Unión y el SEAE facilitarán el intercambio de dicha información entre las Embajadas y los Consulados de los Estados miembros, y, en su caso, con las autoridades locales según dispone el artículo 11 de la Directiva.

⁵⁴ De conformidad con el Considerando séptimo de la Directiva, estas previsiones reconocen y refuerzan la contribución prestada por el SEAE y por las Delegaciones de la Unión durante las situaciones de crisis. Cabalmente, la Directiva no prevé que toda la responsabilidad sobre la gestión de las crisis recayera en las Delegaciones de la Unión y en el SEAE, separándose de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2012 (Enmiendas 15, 50 y 56 a la Propuesta COM (2011) 0881-2011/0432 (CNS), Doc. EP-A7-0288/2012). Debe también reseñarse que la Directiva no establezca entre sus previsiones otras propuestas del Parlamento Europeo de dudosa viabilidad jurídica, tales como que a las Delegaciones de la Unión se las otorgara competencias directas de asistencia consular a los ciudadanos no representados y a sus familiares (Enmiendas 18, 25, 26 y 27). Ello a pesar de que la propia Comisión Europea había considerado previamente esta posibilidad en su Comunicación sobre “*Protección Consular eficaz en los terceros países: la contribución de la Unión Europea. Plan de acción 2007-2009*”, COM (2007) 767 final, Bruselas, 5.12.2007, pág. 12.

IV. El tránsito hacia un modelo más eficiente de asistencia consular. Cuestiones jurídicas pendientes

14. Transcurridos más de treinta años desde su consagración en el Tratado de Maastricht, el derecho a la asistencia consular aún plantea cuestiones complejas, tales como los límites del ámbito subjetivo de sus beneficiarios, la simplificación y la clarificación de los trámites a cargo del ciudadano no representado, el contenido prestacional que deben proporcionar las Embajadas y Consulados concernidos, la refocalización de las funciones de las Delegaciones de la Unión y del SEAE como garantes de su tutela, y, la no menos relevante cuestión de la exigibilidad de responsabilidades cuando no pueda ejercerse el derecho por los interesados.

Ello a pesar de la exitosa implementación del vigente marco normativo que lo regula, hecho del que dan debida cuenta tanto los Informes periódicos de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión⁵⁵, como el dato nada desdeñable de que no existan Decisiones del Tribunal de Justicia sobre la interpretación y la aplicación del marco normativo en cuestión.

15. Merecen también una mención especial la Resolución de crisis como las que generó el covid-19, el conflicto de Afganistán y la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, en las que se vieron involucrados numerosos nacionales de los Estados miembros⁵⁶.

Como ya dije anteriormente, la posibilidad de ampliar el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia consular fue objeto de discrepancias interinstitucionales durante el procedimiento para la adopción de la vigente Directiva, ya que el Parlamento Europeo y la Comisión propugnaron la inclusión de los apátridas, de los refugiados y de los nacionales de terceros estados residentes en un Estado miembro en posesión de un documento de viaje expedido por dicho Estado miembro.

Esta cuestión ha resurgido recientemente, si bien se apunta a otras categorías de personas que se encuentren en circunstancias determinadas, tales como los grupos vulnerables no representados (mujeres embarazadas, menores no acompañados, personas con movilidad reducida o con discapacidad, víctimas de violencia de género, personas discriminadas por razones diversas, etc.), que, en situaciones de crisis o conflictos internos o internacionales, deben ser objeto de especial protección⁵⁷.

Similarmente, debería esclarecerse el alcance de la noción de acompañante del ciudadano concernido, dado que, generalmente, se prioriza la asistencia consular a sus familiares en primer grado en cualquier situación⁵⁸.

Pero ninguna de las citadas categorías se incluye en el articulado de la actual Propuesta de modificación de la vigente Directiva, ya que solo se aborda esta cuestión en su Considerando décimo tercero, aunque la Propuesta de la Comisión ya ha sido objeto de enmiendas del Parlamento Europeo durante el procedimiento de adopción actualmente en curso⁵⁹.

16. En otro orden de cosas, la Propuesta de la Comisión incide en la necesidad de simplificar y clarificar los trámites a cargo del ciudadano que solicita la asistencia consular, estableciendo también nuevas obligaciones a cargo de las Embajadas y Consulados de los Estados miembros en terceros estados.

Así, por ejemplo, para determinar la viabilidad del ejercicio del derecho se clarifican los artículos 6 y 7 de la vigente Directiva, incluyendo algunas precisiones que habían sido consideradas durante los trabajos previos para su adopción⁶⁰, tales como: la dificultad para llegar a la Embajada o el Consu-

⁵⁵ Véase, por ejemplo, el apartado octavo del Informe COM (2023) 931 final, Bruselas, 6.12.2023, págs. 40-41.

⁵⁶ Véase el apartado primero del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva del Consejo (UE) 2015/637, COM (2022) 437 final, Bruselas, 2.09.2022.

⁵⁷ Véase el Punto 4.2 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado.

⁵⁸ Véase el Punto 5.1.3 del Informe COM (2022) 437 final.

⁵⁹ En la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 sobre el Doc. 2023/0441 (CNS) relativa a las medidas para facilitar la protección consular de los ciudadanos de la Unión no representados en terceros estados, Doc. P9_TA (2024) 0336, se introducen enmiendas para la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a los refugiados y apátridas que residen en un Estado miembro y tengan un documento de viaje expedido por dicho Estado miembro, y a personas bajo protección temporal (Primera Enmienda); a los grupos vulnerables, incluyendo a las personas mayores, y a las víctimas de matrimonios forzados o secuestro marital (Séptima Enmienda).

⁶⁰ Véase la Nota 39.

lado concernido en un plazo razonable de tiempo, teniendo en cuenta la naturaleza y la urgencia de la asistencia requerida y los medios a disposición del ciudadano; la posibilidad de que dichas Embajadas o Consulados estén cerrados; o, el supuesto de que al redirigirle a éstas se ponga en riesgo la prestación de la asistencia si existe urgencia⁶¹.

Las razones de urgencia también podrían justificar que la asistencia se preste por la Embajada o el Consulado al que se haya dirigido el interesado, aunque exista un acuerdo que especifique que la ayuda en cuestión deba ser prestada por otro Estado miembro⁶².

17. A su vez, se incrementan las obligaciones a cargo de los Estados miembros concernidos en otros ámbitos como, por ejemplo, la inclusión del deber de evacuar al ciudadano no representado en caso de emergencia (letra e) del artículo 9 y Considerando décimo segundo de la Propuesta); la obligación de informar debidamente al SEAE de los órganos responsables en este ámbito en los Ministerios de Asuntos Exteriores así como de elaborar las listas actualizadas de su red consular y de los acuerdos de representación con otros Estados miembros en terceros estados, más la comunicación de ciertos datos exhaustivos sobre la asistencia proporcionada a los ciudadanos en años precedentes⁶³.

Estas obligaciones de información a cargo de los Estados también se incrementan al hacerse obligatoria la reproducción en los pasaportes del apartado primero del artículo 23 del TFUE, así como la difusión del derecho de asistencia consular en campañas de promoción turística y entre los transportistas que operan con terceros países⁶⁴.

Por otro lado, se prevé un régimen más favorable al ciudadano no representado según el cual la falta de recursos para sufragar los gastos de la asistencia consular no deberá ser un impedimento para proporcionársela ya que, en última instancia, podrán repercutirse al Estado miembro de su nacionalidad, disponiendo dicho ciudadano de un plazo de hasta 12 meses para reembolsarlo desde su requerimiento⁶⁵. Este régimen resulta aún más accesible en las situaciones de crisis⁶⁶.

Una referencia especial merecen las nuevas funciones que se pretenden atribuir a las Delegaciones de la Unión ante terceros estados y al SEAE. En este sentido la Propuesta incrementa sus competencias precisando más detalladamente también las formulas de cooperación con los Estados miembros.

La novedad de mayor calado es el apartado segundo del artículo 11 de la Propuesta que faculta a las Delegaciones de la Unión, previa solicitud de los Estados miembros concernidos, a proporcionar asistencia consular específica al ciudadano interesado. Ello supondría el establecimiento de un trato directo con el ciudadano, ya que se prevé expresamente que la asistencia que proporcionen las Delegaciones de la Unión pueda consistir en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 9 de la vigente Directiva (UE) 2015/637 del Consejo⁶⁷. La relación directa con el ciudadano de la Unión está prevista también con relación a la información que se debe proporcionar a dichos efectos⁶⁸.

⁶¹ Artículo 6 y Considerandos Tercero a Séptimo de la Propuesta COM (2023) 930 final.

⁶² Una solución similar también se prevé para las situaciones de crisis que requieran afrontar solicitudes masivas de asistencia; véase el artículo 7 y los Considerandos Noveno a Undécimo de la Propuesta COM (2023) 930 final. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024, se propugna además que el plazo para poder acceder a la representación diplomática o consular del ciudadano concernido no supere las 48 horas (Cuarta Enmienda), y que se tome en consideración la falta de personal disponible en dichas representaciones (Quinta Enmienda).

⁶³ Véanse, respectivamente, el apartado cuarto del artículo 10 y el artículo 13 b) de la Propuesta COM (2023) 930 final.

⁶⁴ Véase el artículo 13 c) de la Propuesta COM (2023) 930 final.

⁶⁵ Véase el artículo 14 y los Considerandos Trigésimo Segundo a Trigésimo Quinto de la Propuesta COM (2023) 930 final. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 se amplía el plazo de reclamación del reembolso por los gastos de la asistencia hasta los 3 meses (Décimo sexta Enmienda).

⁶⁶ Véase el artículo 15 y los Considerandos Trigésimo Sexto y Trigésimo Séptimo de la Propuesta COM (2023) 930 final. No obstante, es poco frecuente que se requiera el reembolso de los gastos por la asistencia entre los Estados miembros concernidos; véase el Punto 5.3 del Informe COM (2022) 437 final.

⁶⁷ Véase el Considerando Décimo Octavo de la Propuesta COM (2023) 930 final. A su vez, el Considerando Décimo Séptimo de la Propuesta indica que la intervención de las Delegaciones de la Unión a dichos efectos ha resultado muy oportuna en terceros estados donde existe una escasa representación de los Estados miembros, sobre todo en situaciones de crisis. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 se otorga a las Delegaciones de la Unión en terceros estados donde no exista representación de Estados miembros, o donde ésta no garantice la tutela asistencial, plena capacidad para proporcionar la asistencia consular (Vigésima Segunda Enmienda).

⁶⁸ Véase el apartado segundo del artículo 13 c) de la Propuesta. El Considerando Trigésimo de la Propuesta especifica

Se precisan más detalladamente los ámbitos de participación de las Delegaciones de la Unión en la cooperación a nivel local con las autoridades consulares de los Estados miembros (artículo 12 de la Propuesta) y se hace una exposición mucho más exhaustiva que la de la vigente Directiva en lo concerniente a sus funciones para la preparación y la respuesta a las situaciones de crisis (artículos 13 y 13 a) y Considerandos Vigésimo a Vigésimo Sexto de la Propuesta)⁶⁹. La Comisión ya había identificado las situaciones de crisis como una de las prioridades para la modificación de la vigente Directiva en su Programa de Trabajo de 2021⁷⁰.

18. La Propuesta aborda finalmente la cuestión de la tutela jurídica de los interesados en caso de violación injustificada del derecho de asistencia consular. Con dicha finalidad el artículo 16 b) de la Propuesta establece que *“los Estados miembros garantizarán que los ciudadanos no representados disponen de un recurso efectivo en su ordenamiento interno en el caso de que se viole alguno de los derechos reconocidos en la Directiva”*.

El Parlamento Europeo precisa y completa esta relevante novedad normativa introduciendo una enmienda a la Propuesta de la Comisión, según la cual dicha tutela se debe garantizar con el establecimiento de un mecanismo efectivo de reclamaciones y recursos judiciales al que tengan acceso los interesados⁷¹.

A la luz del Considerando Cuarenta y Cuatro de la Propuesta de Directiva, que, de conformidad con el artículo 47 de la Carta establece la necesidad de introducir en la Directiva un artículo sobre las reparaciones legales en caso de violación del derecho de asistencia consular, parece evidente que se cubrirá próximamente el vacío legal existente.

No obstante, si la Propuesta de Directiva se adoptara sin cambios sustanciales, descartada ya la posibilidad de que se adopte bajo la actual Presidencia belga del Consejo, dicha previsión resultaría insuficiente y además exigiría ciertas garantías supranacionales para su implementación.

19. Abordaré a continuación estas cuestiones distinguiendo, por un lado, la exigibilidad de responsabilidad a las Delegaciones de la Unión en terceros estados y al SEAE, y, por otro lado, a los Estados miembros.

En el bien entendido que, con relación al futuro régimen de naturaleza interna sobre reclamaciones por violación del derecho que nos ocupa, habrá que articular un procedimiento administrativo ad hoc previo a la posible demanda ante el órgano jurisdiccional competente. Dicho procedimiento administrativo deberá conformarse siguiendo estándares uniformes que eviten abusos discrecionales o dilaciones indebidas. A tal efecto, la Comisión podría adoptar la norma pertinente haciendo uso de sus poderes delegados dentro del plazo de los dos años previstos para la transposición de la Directiva según prevé el apartado primero del artículo 3 de la Propuesta.

que se deberá difundir la información relevante a cargo de las redes consulares de los Estados miembros en terceros estados, incluidos aquellos donde se hayan celebrado acuerdos prácticos para compartir responsabilidades en la asistencia consular a los ciudadanos no representados. En la citada Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 24 de abril de 2024 se añaden como obligaciones a cargo de los Estados miembros concernidos, informar a los ciudadanos mediante tecnologías digitales y SMS (Cuarenta y Cuatro Enmienda).

⁶⁹ Todas estas previsiones cobran mayor relevancia a la luz de los datos recientemente aportados por la Comisión, según los cuales en 25 terceros estados no existe representación diplomática o consular de ningún Estado miembro, aunque en 5 de dichos estados sí existe una Delegación de la Unión Europea (Afganistán, Barbados, Eswatini, Guyana y Lesotho), y, en muchos terceros estados la representación diplomática o consular de los Estados miembros es tan escasa que no garantiza el ejercicio del derecho en casos de crisis o de solicitudes masivas de asistencia de ciudadanos no representados; véase el Punto 4.2, el Punto 5.2.2 y el Punto 5.2.4 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado. De hecho, el incremento de las funciones de las misiones de la Unión en terceros estados ha sido requerido por la mayoría de los Estados miembros dada su incapacidad para cubrir las crecientes necesidades de asistencia consular; véase el Punto 2.2.7, el Punto 2.3 y el Punto 2.4 del Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre la evaluación del impacto de la Directiva (UE) 2015/637 y de la Directiva (UE) 2019/997, SWD (2023) 941 final, Bruselas, 6.12.2023.

⁷⁰ Véase el último párrafo del Punto 2.4 de la Comunicación sobre el Programa de Trabajo de la Comisión para 2021, COM (2020) 690 final, Bruselas, 19.10.2020.

⁷¹ Véase la Quincuagésima Segunda Enmienda, que introduce el Punto 9 del apartado primero del artículo 1 de la Propuesta de la Directiva, de la citada Resolución legislativa de 24 de abril de 2024.

En lo concerniente a las reclamaciones por daños causados que sean imputables a las Delegaciones de la Unión en terceros estados o al SEAE, la entrada en vigor de la Directiva establecería un nuevo régimen jurídico. Como es sabido, la normativa en vigor no faculta a dichas instancias supranacionales para llevar a cabo actuaciones que impliquen un trato directo con los interesados⁷². Esta situación cambiaría con el futuro marco normativo ya que, tal y como se señaló anteriormente, el artículo 11.2 y el artículo 13 c) establecen las bases del trato directo de las instituciones de la Unión con los ciudadanos concernidos.

Por consiguiente, el actual *status quo*, bien balizado desde el asunto *Odigitria*⁷³, abrirá paso a un nuevo escenario donde los interesados podrían reclamar la indemnización por daños en los casos de inasistencia consular según lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 340 del TFUE.

20. A nivel interno los Estados miembros deberán adecuar sus ordenamientos jurídicos para garantizar la tutela administrativa y la tutela judicial del derecho que nos ocupa mediante estándares normativos homologables que respeten los principios de equivalencia y efectividad⁷⁴.

Ciertamente, la tutela jurídica a nivel interno del ciudadano no representado en un tercer estado es hoy plausible con base en lo dispuesto en el apartado primero del artículo 47 de la Carta⁷⁵, y en párrafo segundo del apartado primero del artículo 19 del TUE.

Ello sin menoscabo de que pueda también prevalerse de la tutela supranacional en los casos de inasistencia mediante la denuncia de los hechos a la Comisión o su propio estado de nacionalidad, cuya finalidad sería ventilar el asunto mediante un procedimiento por incumplimiento previsto en los artículos 258 y 259 del TFUE. O demandar al Estado miembro concernido ante sus jurisdicciones internas para exigir el resarcimiento que fuera pertinente, circunstancia que podría conllevar que el órgano jurisdiccional en cuestión eleve una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia según lo previsto en el artículo 267 del TFUE, o que se le reconozca una indemnización adecuada conforme al principio de responsabilidad patrimonial del estado por violación del derecho de la Unión⁷⁶.

Pero, como se ha reiterado anteriormente, a fecha de hoy no se ha propiciado una casuística relevante a nivel interno⁷⁷, ni se han adoptado aún decisiones sobre la tutela de este derecho por el Tribunal de Justicia.

⁷² Así, por ejemplo, los artículos 11 y 13 de la Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, solo establecen la obligación de las Delegaciones de la Unión y del SEAE de cooperar estrechamente con los Estados miembros. Similarmente, la Directiva (UE) 2019/997 del Consejo, se limita a facultar a la Comisión para adoptar actos de ejecución que contengan especificaciones técnicas complementarias para los DPV UE (artículo 9), ejercer poderes delegados sujetos a condiciones sobre el formato uniforme de dichos documentos (artículo 11), y para notificar a las autoridades competentes de terceros estados acerca del uso y las características de estos documentos (artículo 13).

⁷³ As T-572/93, *Odigitria AAE c. Consejo y Comisión*, EU:T:1995:131 [63-85]. Como es sabido, en esta Decisión judicial se excluyó la posibilidad de reclamar la responsabilidad de la Comunidad por no proporcionar cierta asistencia a los miembros de la tripulación de un buque apresado en Guinea Bissau. Ello sin menoscabo de algunos casos de carácter puntual donde las Delegaciones de la Unión han cooperado con los Estados miembros concernidos; véase, por ejemplo, la respuesta de la Alta Representante de 23 de marzo de 2016 a la pregunta parlamentaria escrita núm. 147/2016 y de 15 de junio de 2016 a la pregunta parlamentaria escrita núm. 3668/2016. Igualmente, el párrafo segundo del Punto 4.2 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, el asunto C-278/20, *Comisión c. Reino de España*, EU:C:2022:503 [58-89], [101-113], [122-132], [138-144], [158-169] y [176-186].

⁷⁵ El Tribunal de Justicia ha reiterado la invocabilidad directa por los particulares y la especificidad de este derecho como parámetro de enjuiciamiento en su jurisprudencia; véanse, por ejemplo, los asuntos C-924/19, PPU y C-925/19 PPU, *FMS* y otros, EU:C:2020:367, [140]; C-69/10, *Diouf*, EU:C:2011:524 [48-49], [54] y [60]; etc.

⁷⁶ La responsabilidad puede emerger por hechos causados por los poderes públicos incluidas las conductas de los funcionarios públicos, aunque actúen discrecionalmente sin sujetarse a normas o instrucciones de sus superiores; en este sentido, véase el asunto C-470/03, *AGM*, EU:C:2007:2013 [57].

⁷⁷ Subyacen aquí diversas causas tales como las lagunas regulatorias de muchos Estados miembros, el alto margen de discrecionalidad del que disponen los ejecutivos de algunos Estados miembros para conceder la asistencia, o el desinterés que suscita en el ciudadano concernido involucrarse en procesos judiciales *ex post*, dado su alto coste económico y el hecho de que la decisión se adopte cuando ya no es posible ejercer el derecho que nos ocupa; véase el exhaustivo Estudio dirigido por S. Faro y M.B. Moraru, *Consular and Diplomatic Protection Legal Framework in the EU Member States*, CARE P.-Cnr, Florencia, 2010, actualizado en diciembre de 2013, págs. 671-672.

V. Conclusiones

21. Pendiente aún de su adopción por el Consejo, el nuevo marco normativo que regulará el derecho a la asistencia consular de los ciudadanos de la Unión en un tercer estado en el que carezcan de representación diplomática o consular de su nacionalidad, debe valorarse positivamente no sin manifestar ciertas cautelas.

Se trata sin duda de una regulación más eficiente por cuanto clarifica aspectos esenciales para el ejercicio del derecho, tales como la posibilidad real de acceso a la asistencia consular por los interesados teniendo en cuenta sus circunstancias personales y las del tercer estado concernido; la ampliación de las instancias capaces de proporcionar dicha asistencia al incluir a las Delegaciones de la Unión en terceros estados⁷⁸, y la relativización de las atribuciones de los cónsules honorarios a estos efectos⁷⁹; la simplificación de los trámites burocráticos y de reembolso por la prestación de la asistencia consular; la ampliación de los medios de acceso a la información a los ciudadanos relativa a la forma de ejercer el derecho; y el establecimiento de procedimientos internos para resarcir los daños causados a los ciudadanos concernidos en los casos de falta de asistencia, entre otros.

22. Entiendo, no obstante, que la ampliación del ámbito subjetivo de los beneficiarios del derecho de asistencia consular puede presentar, tal y como figura en la Propuesta de la Comisión tras las enmiendas del Parlamento Europeo, dificultades de encaje jurídico, amén de evidentes problemas burocráticos difíciles de solventar por las Embajadas y por los Consulados de los Estados miembros de que se trate, o por las propias Delegaciones de la Unión si fuera el caso.

Dada la práctica existente conforme a las vigentes Directivas, las dificultades no surgirían tanto de la indefinición de la noción de familiares del ciudadano no representado o de sus acompañantes⁸⁰, como de las otras categorías de personas que requieran la asistencia consular en las circunstancias que nos ocupan y a las que hicimos referencia anteriormente.

No resulta procedente integrar en el ámbito de los beneficiarios de un derecho del Estatuto de Ciudadanía de la Unión a esta última categoría de personas cuyas situaciones deben encontrar encaje en otro tipo de instituciones jurídicas, ya que ello desnaturalizaría el derecho que nos ocupa.

Sin cuestionar el hecho de que son personas que necesitan un trato cualificado por razones humanitarias, especialmente si la asistencia consular se solicita en el marco de crisis, conflictos o graves situaciones, debe deslindarse dicho trato del ejercicio de un derecho de los ciudadanos cuya tutela requiere la capacidad prestacional de los Estados miembros de la Unión concernidos, o, en su caso, de las Delegaciones de la Unión en terceros estados, y cuya exigibilidad debe aquilatarse en función de los recursos humanos y materiales disponibles en cada situación, que está sujeta además a otras contingencias derivadas de la extraterritorialidad.

23. Confundir la atribución de derechos subjetivos fundados en la nacionalidad de una persona humana con los derechos inherentes a la dignidad de toda persona humana es un dislate jurídico ya que equipara el estado de necesidad, las necesidades en suma de una persona en una situación determinada con un derecho subjetivo previamente establecido. Una aporía jurídica que cuestionaría la propia razón de ser del Estatuto de Ciudadanía de la Unión en general, y del derecho a la asistencia consular de los ciudadanos no representados en un tercer estado en particular.

⁷⁸ El hecho de que la Unión Europea no sea parte de los citados Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares no es un obstáculo para que las Delegaciones de la Unión en terceros estados puedan prestar la asistencia consular por analogía, mediando una solicitud formal ante las autoridades competentes de dichos estados. Siempre y cuando no se susciten objeciones a esta solicitud derivadas de una interpretación restrictiva del artículo 8 del CV sobre relaciones consulares por las autoridades del tercer estado de que se trate. En todo caso, querían excluidas ciertas actuaciones consulares previstas en el artículo 5 del Convenio como, por ejemplo, la expedición de pasaportes o las funciones notariales y de Registro Civil; véase la página 25 del Doc. SWD (2023) 941 final, antes citado.

⁷⁹ Véase el Punto 5.1.1 del Informe COM (2022) 437 final, antes citado, y el Considerando Octavo y el apartado tercero del artículo 6 de la Propuesta de Directiva.

⁸⁰ Véase el Punto 5.1.3 del Informe COM (2022) 437 final.

La guía de la OEA sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones*

The OAS guide on the law applicable to international investment arbitration

JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ**

Miembro del Consejo de UNIDROIT

Recibido: 29.05.2024 / Aceptado: 12.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8966

Resumen: Este artículo comenta la nueva Guía de la OEA sobre el Derecho Aplicable al Arbitraje Internacional de Inversiones, una herramienta fundamental que aborda desde una perspectiva interdisciplinaria la complejidad de la problemática. La Guía nace a partir de la inaplazable urgencia de clarificar esta área de práctica. Además de explorar la importancia del tema, la Guía repasa sus orígenes, fuentes, estructura y panorama actual, con miras a una mejor comprensión y la aplicación coherente del derecho sustantivo aplicable en el ámbito de los arbitrajes internacionales de inversión.

Palabras clave: Arbitraje de Inversiones, Derecho internacional, soft Law

Abstract: This article provides insights into the new OAS Guide on the Law Applicable to International Investment Arbitration, a crucial instrument that grapples with the intricacy of the issue from a cross-disciplinary perspective. The Guide is a product of the urgent necessity to bring clarity to this field of practice. It not only highlights the significance of the topic but also delves into its origins, sources, structure, and current developments, all with the aim of fostering a more profound understanding and empowering a consistent application of the applicable substantive law in international investment arbitration.

Keywords: Investment arbitration, international law, soft Law.

Sumario: I. Introducción. II. La labor codificadora de la OEA en el Derecho internacional. III. Génesis de la guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los arbitrajes de inversión. IV. Contenido de la Guía. 1. Introducción. 2. Nociones básicas sobre la protección internacional de las inversiones. 3. Fuentes del derecho Internacional Público e inversiones extranjeras. 4. Particularidades de los Contratos Internacionales de Inversión. 5. Evolución y novedades del Derecho Internacional Privado. 6. Derecho Uniforme y los Principios UNIDROIT. 7. Avances del arbitraje Internacional y particularidades del arbitraje de inversiones. 8. El derecho aplicable a los arbitrajes de inversiones. V. Conclusión.

*Con esta contribución el autor comenta, por primera vez, el contenido de la nueva Guía referida en el título. Al efecto, el autor se vale o inspira, en algunos pasajes, en comentarios ya incluidos en monografías anteriores suyas, además del texto en sí de la Guía, cuya relatoría le correspondió en el seno del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA).

**LL.M, Harvard. Ex Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y relator de sus Guías sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales y al arbitraje de inversiones. Miembro de Tribunales del CIADI. Miembro de las Corte de Arbitraje de la ICC, de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS-CAS). Miembro del Consejo de UNIDROIT, y Presidente del Grupo de Trabajo de su guía de inversiones en tierras agrícolas además de Presidente del Comité Consultivo del proyecto de UNIDROIT con el ICC Institute of World Business Law sobre los Principios UNIDROIT y el arbitraje de inversiones. Socio Principal de Altra Legal, firma paraguaya líder en litigación arbitral internacional.

I. Introducción

1. No existió ni probablemente se tenga jamás un cuerpo comprensivo de normas jurídicas de aplicación global o regional que regulen cuestiones sustantivas aplicables a las inversiones extranjeras. A lo que se suma el hecho de que temas centrales relativos a la protección internacional en este ámbito se encuentran disputados en cuanto a sus marcos teóricos y su implementación en la praxis, lo que genera una tremenda sensación de inseguridad jurídica, que no solo complica la resolución de controversias en este ámbito, sino que también puede contribuir a su aparición. Si las partes no tienen claridad con respecto a las normas jurídicas que rigen su vinculación, sin quererlo pueden contribuir al conflicto incumpliendo obligaciones poco claras. O bien, una parte que actúe de mala fe puede –como ocurre no infrecuentemente– aprovecharse de incertidumbres relacionadas con el derecho aplicable e intentar usarla para beneficio propio.

Ante este escenario, no es de extrañar, pues, que el sistema de resolución de disputas relativas a las inversiones extranjeras reciba acerbas críticas a lo ancho del orbe. El régimen comprende diversos “mecanismos”, entre los que prepondera el que habilita la vía arbitral para las reclamaciones que puedan hacer los inversores contra los Estados agraviantes, merced a un entramado de instrumentos internacionales – entre los que proliferan los tratados bilaterales de inversión – a través de los cuales los países aceptan el sistema.

Parte importante de la artillería actual se dirige contra el arbitraje, de voces según las cuales un mejor mecanismo emergería de aceptarse tribunales internacionales de carácter permanente, cuyos jueces sean nombrados por los Estados, a semejanza de lo que ocurre, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia o, a nivel regional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ante lo quimérico del planteamiento, distintas voces se conformarían con que al menos estos tribunales puedan funcionar como instancia de apelación, asegurándose así –según esgrimen– la integridad del proceso y la uniformidad jurisprudencial dentro de la casuística del sistema, lo cual no se da hoy día en que, antes bien, el escenario se muestra caótico con laudos contradictorios en diversas cuestiones sustantivas de capital importancia relativas a la inversión foránea.¹

2. La integridad del proceso se lograría al contar con juzgadores nombrados por los Estados, y no árbitros comúnmente –al menos en un número importante de casos– nombrados por las partes, en situaciones que no pocas veces han visto aflorar conflictos de intereses, amén de que el propio mecanismo arbitral se encuentra diseñado para concentrarse en la contienda puntual y no así en que las decisiones sean necesariamente armónicas con otras anteriores, como ocurre normalmente en tribunales internacionales de conformación estatal – fundamentalmente porque se centraliza en estos la resolución de controversias sometidas a su consideración–.

Las discusiones sobre integridad del proceso son ricas en matizaciones. Ellas se encuentran discutidas en diversos foros,² y particular atención vienen teniendo los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL según sus siglas en inglés), en la que se está trabajando desde 2019 en el tema de la reforma de la solución de controversias entre los inversores y el Estado, cuyo alcance incluye una propuesta para crear un tribunal internacional de inversiones o al

¹ Un interesante comentario con relación a lo mencionado en este párrafo se encuentra en: J.E. ALVAREZ, “ISDS Reform: The Long View”, *ILLJ Working Paper 2021/6*, de noviembre de 2021.

² Así, la UNCTAD propuso una agenda para modernizar los llamados tratados “de la vieja generación”, a fin de que se tengan en cuenta los derechos humanos, el medio ambiente, la salud y otros temas de interés. Véase UNCTAD, “Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties”, *IIA Issues Note*, junio de 2017; Véase también UNCTAD, “Investment Policy Framework for Sustainable Development”, *UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5*. A su vez, el CIADI aprobó en 2022 una enmienda a sus reglas sobre arbitraje, en un afán de lograr mayor transparencia y ofrecer la opción de acelerar los procesos. CIADI, *Enmiendas al Reglamento y a las Reglas del CIADI*: <<https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>>, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024). El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) ha tenido también una voz importante en el debate sobre el equilibrio entre la protección de las inversiones y la protección del medio ambiente y ha impulsado un Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, *Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, abril de 2005, <www.iisd.org/investment>, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

menos un mecanismo de apelación de laudos.³ Para sus defensores, la labor realizada por UNCITRAL puede contribuir a establecer mecanismos institucionales que generen mayor previsibilidad.

Este espacio, sin embargo, no se ocupará de los debates generados por estos esfuerzos.⁴ Sí se hará referencia, a continuación, a un esfuerzo reciente en las Américas por abordar una cuestión medular, o la otra de sendas patas del problema, que no ha estado mayormente presente en las discusiones sobre reformas al mecanismo de inversiones extranjeras instalado en el orbe,⁵ a saber: *el derecho sustantivo aplicable a éstas*.

Las controversias se centran fundamentalmente en lo contradictorio de las decisiones en laudos cuestionablemente dictados en contraposición, achacándose su culpa al mecanismo arbitral, con el curso de que ello no ocurriría ante tribunales internacionales que centralicen la resolución de disputas en materia de inversiones extranjeras. Con ello se desatiende, sin embargo, que los juzgadores en estas contiendas se encuentran ante un mecanismo que, inconcebiblemente, no cuenta con un marco normativo apropiado en lo que respecta al derecho aplicable. Es decir, las críticas centran la artillería en el mecanismo de juzgamiento, pero nada o muy poco dicen —u ofrecen como solución— con respecto al derecho sustantivo que debe regir en estas cuestiones. ¿No puede ser, acaso, esta orfandad una causa principal —o al menos importante— de las antinomias en los laudos arbitrales en estos temas?

3. Las páginas que siguen introducen brevemente la labor codificadora internacional de la Organización de Estados Americanos (OEA), para luego brindar un pantallazo histórico y actual de la problemática del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. En lo medular, esta contribución presentará luego la nueva Guía relativa a este tema, con destaque de algunos de sus aspectos resaltantes, a lo que seguirán unas breves consideraciones finales. Estos esfuerzos de la OEA apuntan a una mayor claridad en la cuestión del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas, con independencia al problema abordado en otros foros con respecto a la integridad y la existencia misma del mecanismo arbitral como vía válida para resoluciones de conflictos en esta área.

³ Véase, Nota de la Secretaría “Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)” de las Naciones Unidas, A/CN.9/WG.III/WP.166 de 30 de julio de 2019 <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FCN.9%2FWG.III%2FWP.166&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>> (fecha de última consulta el 22 de mayo de 2024). Véase también, Nota de la Secretaría “Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 45º período de sesiones de las Naciones Unidas”, A/CN.9/1131 de 14 de abril de 2023 <https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state> (fecha de última consulta el 22 de mayo de 2024).

⁴ Ya hace un tiempo, James Crawford escribió un excelente artículo al respecto. Ver: J. CRAWFORD, “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 24, n.º. 3, LCIA, 2008; Ver también: Reporte del grupo de trabajo III de UNCITRAL, de Abril de 2018 (Consideration of the arbitral outcomes. Coherence and Consistency) pp. 5-7. < <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/029/59/PDF/V1802959.pdf?OpenElement>>>; (fecha de última consulta el 12 de mayo de 2022).

⁵ Si bien en la actualidad no existe una iniciativa en el mundo para crear un corpus completo que aborde las cuestiones del derecho sustantivo aplicable, algunos proyectos recientes y prometedores en el ámbito internacional están comenzando a abordar —al menos parcialmente— este tema. Más concretamente, en 2021 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó, junto con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), una guía jurídica que aborda el tema específico de los contratos de inversión agrícola, centrándose en los aspectos contractuales de la relación y su interacción con el derecho público y el marco normativo, titulada “Guía jurídica sobre los contratos de inversión agrícola” (Guía ALIC). UNIDROIT/FIDA, “Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas” (ALIC), septiembre de 2021, <<https://www.unidroit.org/instruments/agriculture/alic/>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Más recientemente, en 2022, la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Instituto de Derecho Mercantil Mundial y UNIDROIT aunaron fuerzas en un proyecto que explorará la interrelación entre los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT) y las disposiciones comunes en los contratos de inversión internacional. Teniendo en cuenta las transformaciones que se están produciendo en el derecho internacional de las inversiones y de la creciente importancia de los contratos de inversión en los próximos decenios, el proyecto tiene por objeto estudiar cómo podrían modernizarse, armonizarse y normalizarse los contratos entre inversores extranjeros y Estados (o sus entidades de control), especialmente en el contexto de los Principios UNIDROIT y las normas de la ICC, con el propósito de lograr una mayor seguridad jurídica. UNIDROIT, “Contratos Comerciales Internacionales”, Study *L-IIC*. <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/investment-contracts-upic/>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

II. La labor codificadora de la OEA en el Derecho Internacional

4. Las Américas han tenido un rol destacado en el desarrollo del derecho internacional luego de los movimientos independentistas del Siglo XIX. De los albores del Siglo XX data la *Comisión Permanente de Jurisconsultos de Río de Janeiro*, creada por la *Tercera Conferencia Internacional Americana de 1906*. La Comisión constituye el órgano jurídico más antiguo del sistema interamericano, e incluso del orbe en el ámbito regional, y sus funciones fueron absorbidas luego por el *Comité Jurídico Interamericano*, erigido en 1967 como órgano principal de la OEA, e indisputablemente uno de sus más prestigiosos. Entre las funciones de dicho Comité, conformado por once juristas de Estados parte de la organización, se encuentran las de "...promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente".⁶

5. El trabajo del referido Comité y su predecesor ha sido notablemente exitoso. Si uno mira el mapa del mundo en 1906, cuando se creó el organismo en Río de Janeiro, y lo compara con el actual, ve el contraste existente entre los límites geográficos en las Américas y el resto del mundo, lo que atestigua uno de los grandes éxitos del derecho internacional público en la región, que ha estado exenta de los enfrentamientos bélicos que marcaron a fuego otros continentes y llevaron incluso a dos guerras mundiales; en tanto que la única contienda armada en estas latitudes la protagonizaron Paraguay y Bolivia en 1932 a 1935, por un diferendo limítrofe finalmente resuelto en arbitraje.

El éxito interamericano no se circunscribió a desarrollos del derecho internacional público y a temas relativos a democracia, derechos humanos y otros de la órbita pública, sino también a la extraordinaria labor en el ámbito del derecho internacional privado,⁷ con varios trabajos de "derecho blando", como guías, recomendaciones, "principios" y otros emanados del referido Comité; entre ellos, textos mayormente discutidos en su seno que luego han sido aprobados como convenciones en conferencias especializadas conocidas como CIDIP (Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado), llevadas adelante de acuerdo al Artículo 122 de la Carta de la OEA desde 1975, en siete ediciones de las que resultaron 26 instrumentos internacionales (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y una ley modelo) en diversos temas.⁸

En febrero de 2019, el Comité Jurídico Interamericano aprobó una *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas*, elaborada bajo la relatoría del autor de esta monografía,⁹ de la que tomó formalmente nota la Asamblea General de la OEA,¹⁰ máximo órgano deliberativo de la organización. La Guía tuvo pronta acogida favorable por la propia *Conferencia de La Haya*

⁶ Carta de la OEA, Artículo 98, de 30 de abril de 1948. Las normas que rigen al Comité Jurídico Interamericano están contenidas en el capítulo XIV de la Carta de la OEA Artículos 99-105. El Comité Jurídico Interamericano puede también encarar trabajos por iniciativa propia. Ver el excelente trabajo sobre su funcionamiento en: D.M. NEGRO ALVARADO, "Redefiniendo el Rol de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPs)", en *Jornadas 130 Aniversario, Tratados de Montevideo de 1889*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2019, p. 724.

⁷ Ver en: J.M. ARRIGHI, "El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas", en *Jornadas de Derecho Internacional*, Córdoba, 2001; E. VILLALTA, "El Derecho Internacional Privado en el Continente Americano", en *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*, ASADIP y Programa de Pos-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, 2014, p. 23 ff.

⁸ Ver en: <http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁹ Ver en: <http://www.oas.org/es/sla/cji/comite_juridico_interamericano.asp>. Puede accederse digitalmente a la versión oficial impresa a través del siguiente vínculo: <http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2020/07/publicaciones_digital_Guia_sobre_Derecho_Aplicable_Contratos_Internacionales_Americas_2019_Publicacion_Completa.pdf> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁰ La Asamblea General de la OEA, en su primera sesión plenaria, celebrada el 27 de junio de 2019, resolvió, entre otras cosas, "...1. Agradecer al Comité Jurídico Interamericano (CJI) por la remisión de la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas y de la Guía Práctica de Aplicación de la Inmunidad Jurisdiccional de las Organizaciones Internacionales, tomar nota de las mismas, y exhortarlo a que les dé la más amplia difusión posible por intermedio de su Secretaría Técnica." AG/RES. 2930 (XLIX-O/19). <<http://www.oas.org/consejo/sp/AG/resoluciones-declaraciones.asp>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). En la sesión ulterior, en 2020, la Asamblea General de la OEA recibió con beneplácito la labor de diseminación de la guía por parte de la Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interameri-

de *Derecho Internacional Privado* en su sesión del Consejo de marzo de 2019,¹¹ recibiendo también el beneplácito del *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado* (UNIDROIT).¹² Recientemente, estas dos organizaciones trabajaron, además, con la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (UNCITRAL) en un importante instrumento tripartito, en el que se hacen expresas referencias a dicha Guía de la OEA.¹³ El instrumento contó además con un contundente respaldo de la prestigiosa *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (ASADIP),¹⁴ que aglutina a reconocidos juristas de la especialidad en el continente.¹⁵ La guía de la OEA viene siendo tenida en cuenta en iniciativas legislativas en *Brasil*,¹⁶ *Uruguay*,¹⁷ *Guatemala*,¹⁸ y otros países,¹⁹ a los que debe sumarse *Paraguay*, cuya ley de contratos internacionales, si bien la precede, se encuentra en plena sintonía con el instrumento interamericano —e incluso la inspiró en cierta forma, pues el autor de estas líneas fue el responsable principal de ambos documentos—.

III. Génesis de la guía de la OEA sobre el derecho aplicable a los arbitrajes de inversión

6. El éxito de la Guía de contratos internacionales motivó al Comité Jurídico Interamericano a avanzar en la elaboración de un instrumento relativo a los arbitrajes de inversión, encomendándose la re-

cano, urgiendo que su contenido se mantenga actualizado para consolidarla como una herramienta para los Estados Miembros de la OEA. Ver en <<http://scm.oas.org/Ag/documentos>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹¹ Figura en acta el siguiente texto: “Council noted the publication of the OAS Guide on the Law Applicable to International Contracts in the Americas and welcomed the Permanent Bureau’s cooperation with the OAS in this regard”. Conclusions and Recommendations, Council on General Affairs and Policy, 5-8 de marzo de 2019, p. 8: <<https://assets.hcch.net/docs/c4a-f61a8-d8bf-400e-9deb-afcd87ab4a56.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹² Figura en acta el siguiente texto: “...18. The Council noted the publication of the OAS Guide in the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas, welcomed UNIDROIT’s cooperation with the OAS in this regard and expressed appreciation for the reference to the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts”. UNIDROIT C.D. (98) Misc. 2, de 8-10 de mayo de 2019, pp. 3-4, <<https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-misc02-e.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Otra referencia es la siguiente: 165. The Council took note of the publication of the OAS Guide and expressed its appreciation for the work undertaken in this regard. UNIDROIT C.D. (98) 17 - Report, de 8-10 de mayo de 2019. Ver en: <<https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-17-e.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹³ Guía jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales. Ver, al respecto, *inter alia*, en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, A/CN.9/1029, 53er período de sesiones Nueva York, de 6-17 de julio de 2020, <<https://uncitral.un.org/es/commission>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁴ <<http://www.asadip.org/v2/?p=6245>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁵ La guía también contó con el apoyo —mediante comentarios para su elaboración, y la difusión ulterior del instrumento—, de la Sección de Derecho Internacional de la American Bar Association (ABA) Sobre el evento de difusión, ver en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_DDI_American_Bar_Association_OEA_May-2019.html.> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). También el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional se hizo pronto eco de la guía. <<http://ihladi.net/noticias/guia-sobre-el-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Lo propio ocurrió con el prestigioso sitio de Conflict of Laws.net <<https://conflictoflaws.net/2019/guide-on-the-law-applicable-to-international-commercial-contracts-in-the-americas-has-been-approved-by-oas>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024), y otros sitios como el de Kluwer Arbitration <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/02/the-new-oas-guide-on-international-contracts-and-international-arbitration>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024), etcétera. Por demás, un importante libro del prestigioso sello de *Oxford University Press* —que reúne a más de setenta autores de los cinco continentes, entre ellos máximos referentes mundiales en contratos internacionales—, dedica un capítulo especial a la guía de la OEA: D. GIRSBERGER, T. K. GRAZIANO y J. NEELS, *Choice of Law in International Commercial Contracts*, Oxford Private International Law Series, OUP, 2021.

¹⁶ Proyecto de Ley N° 1038/2020 del Senado Federal, “altera o art. 9o do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), para introduzir a adoção integral do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais”. El proyecto se encuentra en el siguiente link: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141234>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Su exposición de motivos alude expresamente a la guía de la OEA.

¹⁷ <<http://www.asadip.org/v2/?p=6496>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁸ Ver la noticia en “Valija Diplomática”, Edición de junio de 2020, <<https://www.cacif.org.gt/publicaciones>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

¹⁹ He sido consultado sobre el tema, *inter alia*, por la Cámara de Comercio de Bogotá, que se encuentra impulsando un proyecto de reformas para Colombia. También existen conversaciones para un eventual proyecto así para Honduras.

latoria a su proponente y autor de la anterior Guía, e incluyéndose el tema en la agenda en el 97º Periodo Ordinario del organismo en agosto de 2020. Luego de informes de avances y la presentación de dos borradores, el documento fue finalmente aprobado en el 104º Periodo Ordinario del Comité en marzo de 2024.²⁰

En su proceso de elaboración, el documento recibió comentarios de diversos países de la región,²¹ además de los de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y organizaciones internacionales como Unidroit y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

El borrador fue mejorado y enriquecido con apoyo de expertos del Departamento de Derecho Internacional de la OEA liderado por su director Dante Negro, con el importante concurso de Jaime Moreno-Valle y Jeannette Tramhel. La guía contó también con generosos comentarios de numerosos expertos, como Diego Fernández Arroyo, Stephan Schill, Stanimir Alexandrov, Daniel Girsberger,²² y miembros del Comité Jurídico Interamericano,²³ además de valiosos aportes remitidos por la Universidad Externado de Colombia,²⁴ por el grupo costarricense liderado por Dyalá Jiménez Figueres,²⁵ por el grupo académico de la Universidad Francisco Marroquín encabezado por Pedro Mendoza Montano,²⁶ y por los académicos de la Universidad American de Washington DC, Björn Arp, Edwin Nemesio y Juliana Carvajal.

El borrador de la Guía fue presentado en diversos eventos, en los que se discutió su contenido, entre ellos uno organizado por la Universidad de Georgetown y la OEA en Washington DC en el mes de junio de 2023, bajo la conducción de David Stewart, ex miembro del Comité Jurídico Interamericano y también profesor de esa universidad. Ese mismo mes, la Guía fue presentada en el Tecnológico de Monterrey en Ciudad de México, bajo la coordinación del miembro del Comité Jurídico Interamericano, Alejandro Alday. También en el mes de junio, la Guía fue presentada en la ciudad de Panamá, en un panel que contó con la coordinación y participación de Margie-Lys Jaime.²⁷ En abril del mismo año, la Guía fue discutida en la Universidad de Chile, en un panel integrado por Francisco Grob y Mairée Uran Bidegain.²⁸

7. En agosto de 2023, el proyecto fue presentado en Río de Janeiro en el marco de las sesiones del Comité Jurídico Interamericano y el curso organizado anualmente por dicho órgano en esa ciudad, en conjunto con las jornadas anuales de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Ello en un panel moderado por María Laura Capalbo, con la participación de Carmen Tiburcio, Lauro Gama, y Ezequiel Vetulli. La Guía fue presentada, además, el 25 de mayo de 2023 en un evento virtual organizado por la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, bajo la coordinación de su Secretario Juan Manuel Rivero. Así también, se discutió el documento en un evento virtual organizado en julio de 2023 por el ICC Institute of World Business Law, con la presencia de su Presidente, Eduardo Silva Romero, y otros distinguidos miembros. En setiembre de 2023, la Guía fue presentada en un evento organizado en la Universidad Externado en Bogotá, con la presencia de su Rector Hernando Parra Nieto, y un panel de discusión integrado por la Directora Internacional del Departamento de Defensa del Estado Colombiano, Ana María Ordoñez.²⁹

Asimismo, en setiembre de 2023 fue presentada la Guía en la sede de la Cámara de Comercio Internacional y AMCHAM Perú, en un panel integrado por Francisco Gonzalez de Cossio, Luis Garcia

²⁰ 104º Periodo ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, de 11-15 marzo de 2024, OEA/Ser. Q, CJI/doc.720/24, Ciudad de Panamá, de 13 marzo 2024. Ver en <https://www.oas.org/es/sla/cji/temas_culminados_recientemente_Guia_del_derecho_aplicable_a_la_inversiones_extranjeras.asp> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

²¹ Como Argentina, México, República Dominicana, El Salvador, Paraguay, Colombia.

²² Además de Eduardo Vescovi, Ezequiel Vetulli, Facundo Pérez Aznar, Pablo Parrilla, Roger Rubio, Lenín Navarro Moreno, Fabian Villeda Corona, y la Consejera de la Federación Interamericana de Abogados Milagros Maribel Rojas Blas.

²³ Entre ellos George Galindo Bandeira, Luis García Corrochano, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Eric Rutge, Ramiro Orías, José Luis Moreno Guerra, Mariana Salazar y Alejandro Alday.

²⁴ El grupo liderado por la profesora Diana Correa se hallaba compuesto por Diana María Beltrán, Daniel Rojas, Daniela Corchuelo, David León, Diana Correa, Jorge Ramírez, Sofía Urrea Zuluaga, Tomas Restrepo y Wilfredo Robayo.

²⁵ Compuesto por Adriana González, Esteban Agüero y Ana Alfaro.

²⁶ E integrado por Florencio Gramajo Lucas, Enrique Martínez Guzmán, Diana María Beltrán, Daniel Rojas, Daniela Corchuelo, y David León.

²⁷ Además de Carlos Arrue, Miguel Angel Clare.

²⁸ Además de Macarena Letelier, Maximiliano Escobar y Raimundo Moreno Cox.

²⁹ Moderado por las profesoras Verónica Sandler y Diana Correa, e integrado además de Ricardo Alarcón, y Sergio Diaz Rodríguez, este último Director de la Sección de Tratados de la Cancillería.

Corrochano, Ignacio Torterolla, Roger Rubio y Álvaro Aguilar. En el mismo setiembre de 2023, la Guía fue discutida con destacados miembros de la Cámara Venezolana Americana (Venamcham), bajo la coordinación de su Presidente Ramón Escovar, con la participación de Eloy Anzola y otros destacados juristas venezolanos. Asimismo, en agosto de 2023, la Guía fue presentada a la Asociación Mexicana de Derecho Internacional Privado (Amedip) en un evento virtual bajo la conducción de su presidenta Rosa Elvira Vargas Vaca.

La edición final de la Guía contó con el valioso y detallado apoyo del grupo liderado por Magdalena Bulit Goñi.³⁰

IV. Contenido de la Guía

8. La Guía viene precedida de un resumen ejecutivo y recomendaciones, a lo que siguen lo modular del documento, con 14 partes y luego tres anexos con cuadros de convenciones, con otros textos jurídicos relevantes, más una lista de casos. El resumen ejecutivo al comienzo del documento abrevia el contenido de cada una de las 14 partes de la Guía y formula respectivamente, a cada una de ellas, recomendaciones bien concretas.

1. Introducción

9. La Parte 1 de la Guía introduce el documento, describiendo la situación actual y el problema de la orfandad de debates importantes sobre la problemática de la ausencia de un corpus o instrumento internacional que regule detalladamente el problema del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas.³¹ Ello resulta particularmente preocupante, considerando que en 1970 la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el famoso caso *Barcelona Traction*, se lamentó que pese a la proliferación de los intereses económicos de los Estados, sorprendía que no se hayan cristalizado en el plano internacional normas generalmente aceptadas en la materia.³²

Sí existen hoy en día múltiples instrumentos, tanto del derecho internacional público y privado, como en materia de arbitraje internacional, que se ocupan puntualmente de diversas cuestiones relacionadas con el tema y que cabalmente aprehendidos, pueden brindar un importante servicio a un mejor manejo del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. Mucho está ahí, pero falta un mejor entendimiento entre la interacción de las disciplinas.

9. Pues bien, la Guía tiene como finalidad tender puentes para el diálogo interdisciplinario en los ámbitos del derecho internacional público, el derecho internacional privado y el arbitraje internacional. Su propósito es abordar la evolución que se ha producido en estas áreas y así minimizar la incertidumbre sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones, con el objetivo de mejorar así el clima para la inversión extranjera en la región.

La Guía identifica los desarrollos relevantes a este respecto y en particular, los instrumentos internacionales pertinentes, entre ellos, los elaborados por la OEA. Además, explica cómo estos instrumentos se relacionan entre sí o pueden hacerlo. El objetivo principal de la Guía es promover un mayor entendimiento de las soluciones que se ofrecen en la *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, e ilustrar cómo éstas pueden utilizarse para resolver numerosos problemas que pueden surgir en el arbitraje internacional de inversiones.

³⁰ Está integrado por Sofia Vargas, Julio Olortegui, Alejandra Huamán Cabrera, Facundo Marccone, Alejandra Chauvin e Ignacio Tasende.

³¹ Esta ausencia de un «corpus» en la materia ya lo hacían notar en los años 1950, por ejemplo, M. WOLFF, “Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in Conflict of Laws”, en *Transactions of the Grotius Society*, vol. 35, 1949, pp. 143-155; Ver también el muy citado artículo de LORD MCNAIR, “The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 33 (1957).

³² ICJ, 5 de febrero de 1970, *Caso relativo a Barcelona Traction, Light and Power Co. [Bélgica c. España]*, p. 47, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

10. Se espera que la Guía sea de utilidad para los Estados Miembros de la OEA, sus legisladores, jueces, árbitros y otros órganos decisorios, además de partes contratantes, así como para miembros del mundo académico, estudiantes y abogados en ejercicio, en la búsqueda de una mayor seguridad jurídica de las inversiones internacionales en las Américas.

2. Nociones básicas sobre la protección internacional de las inversiones

11. También tiene un tinte introductorio la Parte 2 de la Guía, que se ocupa de estas cuestiones. Se explica allí la diferencia entre la inversión extranjera directa, en la que los inversionistas buscan establecer una relación a largo plazo con el Estado anfitrión o sus entidades, como distinta de otros tipos de actividades comerciales internacionales relacionadas con transacciones de venta de bienes y servicios. La duración y magnitud de la inversión, así como el riesgo político potencial son factores importantes para que se brinde a la inversión extranjera una protección jurídica especial, normalmente mediante un tratado o un contrato internacional de inversión. El arbitraje internacional de inversiones puede desencadenar la aplicación de normas que emanan también de otras fuentes del derecho, incluido el ordenamiento jurídico nacional, así como el derecho internacional público y privado.

En la Parte 2 de la Guía también se alude a las diversas definiciones del término “inversión” en las legislaciones nacionales, haciéndose notar que incluso algunas ni siquiera lo definen. A su vez, los tratados de inversión suelen referirse a los tipos y formas de inversión en términos amplios, aludiendo a “todo tipo de activos”, y enumerando a continuación las formas de inversión de manera no exhaustiva, como los derechos de propiedad y los intereses de toda naturaleza.³³ La Guía explica distintas peculiaridades a este respecto, destacando que el tema es importante por dos razones: 1) la determinación del alcance y la aplicación de la protección prevista en un tratado de inversión; y, 2) la determinación de la jurisdicción del tribunal arbitral. Por ejemplo, el artículo 25 del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (CIADI) amplía la competencia de los tribunales constituidos según este mecanismo a las controversias sobre “inversiones”. La autonomía de la voluntad de las partes no basta por sí sola para transformar cualquier relación comercial en una “inversión” a efectos del Convenio del CIADI: se requiere una prueba objetiva.

En la Parte 2 de la Guía, se puntualiza además que para determinar si una inversión puede considerarse “extranjera” debe atenderse a la nacionalidad del inversor.³⁴ En este sentido, serán pertinentes las disposiciones vigentes de la legislación nacional y de los tratados de inversión, que suelen hacer referencia a la legislación del Estado en el que se reclama la nacionalidad.³⁵ La Guía resalta peculiaridades del debate a este respecto, como las relativas al problema de los ciudadanos con doble nacionalidad,³⁶ o el debate sobre si el origen del capital y la existencia o no de un movimiento transfronterizo de capital es un componente de la calificación de la inversión como “extranjera”.

Asimismo, la Guía brinda en su Parte 2 antecedentes contextuales, los que resultan muy útiles para entender la problemática actual del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas. La protección jurídica a inversionistas extranjeros se origina e incluso vincula al nacimiento del derecho internacional público, a su vez un desprendimiento del derecho romano de la antigüedad, merced al trabajo académico de juristas como Grocio, Vitoria, Vattel y Gentili,³⁷ entre otros, que a partir del Siglo XVII

³³ Véase, UNCTAD, *Scope and Definitions (A Sequel)*, Series on Issues in International Investment Agreements II (2011), <<http://unctad.org/>>, (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

³⁴ Para consultar una decisión reciente sobre nacionalidad y jurisdicción *ratione personae*, Véase, Caso PCA 07 de mayo de 2021, *Alberto Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis, Enrique Carrizosa Gelzis c. La República de Colombia*, 56/2018.

³⁵ Véase, la decisión en este sentido: CIADI 7 de julio 2004, *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Laudo ARB 02/07, § 55.

³⁶ La Comisión de Derecho Internacional abordó el tema en el 58° período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra, del 1 de mayo al 9 de junio y del 3 de julio al 11 de agosto de 2006, Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión de derecho internacional, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, finalizado por M. KOSKENNIEMI, A/CN.4/L.682, <https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_l682.pdf>, (fecha de última consulta 3 de marzo de 2022), § 218 y ss.

³⁷ Ver S.C. NEFF, *Justice Among Nations: A History of International Law*, Harvard University Press, febrero 2014, p. 141;

elucubraron justificativos para que los intereses económicos del occidente de Europa sean protegidos en lo que respecta a las inversiones en las colonias de aquel entonces. Ello a partir de ciertos estándares mínimos que terminaron consolidándose con el tiempo, con su adopción en numerosos tratados “de amistad, navegación y comercio”,³⁸ como se denominaban en la época, y la creación de tribunales internacionales especiales o *Mixed Claims Commissions* que entendían en contiendas al respecto y fueron originando una rudimentaria casuística en consecuencia.³⁹

12. Los tratados, sin embargo, eran pocos con respecto a los estándares mínimos de protección, y ante el vacío, la doctrina del derecho internacional público y los tribunales especiales, recurrían al derecho común de la época; ese derecho privado romano que se había ido sedimentando con los siglos y seguía siendo el hontanar del que se nutrían las distintas nóveles ramas que iban desprendiéndose de él. La doctrina y la jurisprudencia a la sazón se valían entonces recurrentemente de “principios” del derecho romano, como la buena fe, o el enriquecimiento injusto, por citar ejemplos.⁴⁰ Por siglos, este derecho privado influyó, pues, en los contornos que iba adquiriendo el derecho internacional público, históricamente desarrollado en elucubraciones doctrinarias de gabinete y en pronunciamientos pretorianos que se valían, una y otra vez, de ese derecho común.⁴¹ ¿Qué mejor que la *ratio scripta* (o razón escrita) –así se consideraba al derecho romano– para llenar los vacíos de la incipiente disciplina? Ello más aún considerando que en Roma se protegía fuertemente el derecho de propiedad, se reconocía el reclamo por recomposición de daños, y se consagraba la santidad del contrato; vale decir, estaban allí todos los ingredientes deseados por quienes abogaban por una protección jurídica apropiada a favor de los intereses económicos europeos en su expansión hacia las colonias.

Este mecanismo se puso en entredicho en las Américas hacia fines del siglo XIX, luego de los procesos independentistas en la región. Una cuestión era que los Estados europeos impusieran en sus colonias su propio derecho, pero otra distinta que países independizados se vieran obligados a aceptar la imposición. Nace así la llamada “Doctrina Calvo”, que aboga por la aplicación de los derechos nacionales de los países receptores de la inversión foránea y su juzgamiento, no en tribunales internacionales, sino ante jueces locales.⁴² Desde la vereda de enfrente, se considera que esta posición va de contramano con los resguardos necesarios para que la inversión extranjera aflore, puesto que los países receptores podrían así –como lo han hecho en reiteradas ocasiones– alterar, a través de cambios en sus regulaciones locales, estándares de protección y dejar así a estos emprendimientos sujetos a los vaivenes criollos y al juzgamiento ante tribunales autóctonos en los que muchas veces primaba aquello de «en mi patio trasero, bajo mis reglas».⁴³

J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edition), Oxford University Press, septiembre 2012, pp. 3-4, etcétera.

³⁸ Ver en: C. BROWN, “Resolving international investment disputes”, en N. KLEIN (ed.), *Litigating International Law Disputes, Weighing the Balance*, Cambridge University Press, 2014, pp. 401 y ss; Alberto Mazzoni y Maria Chiara Malaguti ponen como ejemplo de esta consolidación el de la «cláusula de la nación más favorecida». A. MAZZONI y M. MALAGUTI, “Derecho del Comercio Internacional: Fundamentos y Perspectivas”, en G. GIAPPICHELLI (ed.), *Tirant Lo Blanch*, 27 de abril de 2021, p. 31.

³⁹ Ver en: J. MERRILLS, “The place of international litigation in international law”, en N. KLEIN (ed.), *Litigating International Law Disputes, Weighing the Options*, Cambridge University Press, 2014; C. ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público* (3rd edition), Editorial Ariel, 1966, p. 90. Sobre la casuística de estos tribunales podemos ver, por ejemplo, en: D.J. BEDERMAN, “The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals”, en M.W. JANIS (ed.), *International Courts for the Twenty-First Century*, 1992, p. 167.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, en: H.C. GUTTERIDGE, “Comparative Law and the Law of Nations”, en *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944, p. 2; H. WALDOCK, “General Course on Public International Law”, *Recueil des cours*, Vol. 106 (1962), p. 55.

⁴¹ Ver, por ejemplo, en: H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, London, Green and Co., 1927, p. 10.

⁴² Sobre la Doctrina Calvo, una obra clásica es la de: D.R. SHEA, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, NED-New edition, University of Minnesota Press, 1955. Sobre esta doctrina y el arbitraje reciente, ver, por ejemplo, en: B. CREMADES, “Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, en *Dispute Resolution Journal*, Vol. 59, No. 2 (2004), p. 80; Ver también en: A. HERSHEY, “The Calvo and Drago Doctrines”, en *American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1 (1907), pp. 26-45; O. OLMOS GIUPPONI, “The Protection of Foreign Direct Investment in Latin America: Where Do We Stand on International Arbitration?”, en *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, No. 2, 2015, p. 119.

⁴³ Ver en el siguiente reporte de la Comisión de Derecho Internacional: UNGA, “Diplomatic Protection”, *Report of the International Law Commission Fifty-fourth Session*, 29 de abril al 7 de junio y 22 de julio al 16 agosto de 2002, en concordancia

En la medida en que el yugo colonialista fue cediendo en otras regiones, la tensión se trasladó embrionariamente a la Liga de las Naciones y luego a las Naciones Unidas,⁴⁴ pero no se logró en estos ni en otros espacios que así lo intentaron –como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD)⁴⁵– un consenso sobre cuál debería ser el derrotero del derecho internacional público en estas cuestiones. A lo sumo, las Naciones Unidas consiguió aprobar, no un tratado,⁴⁶ sino un instrumento de «derecho blando»: el documento sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con «obligaciones secundarias» por incumplimiento, como la reparación de daños y otras sanciones del derecho internacional público.⁴⁷ Vale decir, el documento trata de las consecuencias de incumplir las «obligaciones primarias»,⁴⁸ pero omite referirse a estas, ante la falta absoluta de consenso a su respecto en el ejido de las Naciones Unidas.

No se cuenta, pues, hasta nuestros días, con un *corpus* normativo que se ocupe del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, imperando –aún hoy– ese derecho consuetudinario internacional desarrollado a través de los siglos en la academia y en los tribunales internacionales, que los embates de la Doctrina Calvo no lograron destronar. Como está visto, ese derecho internacional público fue imbuyéndose, en su conformación, del derecho privado y sus principios, que iban reconociéndose en el tiempo en tribunales internacionales y trabajos académicos. Es cierto que existieron tratados a través de los siglos, como los de «amistad, comercio y navegación», que incluyeron fórmulas mínimas de protección a la inversión foránea como el llamado «estándar mínimo de protección».⁴⁹ Sin embargo, sus fórmulas parcas, en algunos casos, y vacíos en varios otros, requerían una complementación que los tribunales internacionales y la doctrina encontró mayormente en el derecho privado y sus principios.⁵⁰

con la Res. 56/82 de Asamblea General del 12 de diciembre de 2001, GAOR 57th Session Supp. No. 10 (A/57/10) Ch. V, p. 162. Ver también un interesante recuento en W. SHAN, “Is Calvo Dead?”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1 (2007), p. 123-163. Es célebre el siguiente caso declarando la invalidez de la Cláusula Calvo: 20 AJIL 800, 31 de marzo de 1926, *North American Dredging Co. of Texas (United States v. United Mexican States)*.

⁴⁴ En épocas de la Liga de Naciones se propuso primero el llamado “Harvard Draft” sobre “The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners” de 1929. Ver en: C. MCLACHLAN, “Investment Treaties and General International Law”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 2, Abril 2008, pp. 365-366. Luego vino la Carta de La Habana de 1948. Ver en: Havana Charter for an International Trade Organization (Havana Charter, ITO Charter 1948) (United Nations [UN]) UN Doc E/CONF.2/78. En 1959 fue presentado el influyente Proyecto “Abs-Shawcross”. Ver en: H. ABS y H. SHAWCROSS (1960), “Draft Convention on Investments Abroad”, en “The proposed convention to protect private foreign investment: a round table”, en *Journal of Public Law (presently Emory Law Journal)*, Vol. 1 (Spring 1960). En base a él, la OECD publicó un proyecto en 1962. Ver: OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 2 International Legal Materials 241 (1962), <<https://www.oecd.org/investment/international-investmentagreements/39286571.pdf>> (fecha de última consulta el 3 de marzo de 2022). Un poco antes vino otro proyecto, el llamado “Harvard Draft” de 1961. Ver en: J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 57.

⁴⁵ Su proyecto de 1962 está en la nota anterior. La OECD volvió a la arremetida en 1995 con su OECD ambicioso proyecto de un “Multilateral Agreement on Investment (MAI)”. Ver en: OECD (1998). *The Multilateral Agreement on Investment: Draft Consolidated Text*. Disponible en <<http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>> (fecha de última consulta el 3 de marzo de 2022). El proyecto fue discontinuado en 1998.

⁴⁶ A lo sumo las Naciones Unidas emitieron una serie de resoluciones (626 de 1952; 1803 de 1962; 2158 de 1966; 3171 de 1973; 3201 y 3202 de 1974), referenciadas por ejemplo en: A. LOWENFELD, *International Economic Law* (2nd edition), Oxford University Press, 2008, pp. 484 y siguientes; S. SUBEDI, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2008, pp. 21 y siguientes, etcétera. Dichas resoluciones son analizadas extensamente en el famoso caso *Ad Hoc 19 de enero 1977, Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Government of Libya, Award on the Merits*, 52 ILR 389 (1977).

⁴⁷ El documento fue aprobado por Resolución 56/83 de 2001. Yearbook of the International Law Commission 1970, Vol. II, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf> (fecha de última consulta el 11 de marzo de 2022), p. 306, para 66(c).

⁴⁸ El documento goza de un gran prestigio y reconocimiento a este respecto. Ver en: A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 405; Ver también K. HOBÉR, “State Responsibility and Attribution”, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 550. Incluso fue citado por la Corte Internacional de Justicia en el caso CIJ 25 de septiembre de 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, paras 47, 50, 79, 83.

⁴⁹ K. MILES, *The Origins of International Investment Law Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, p. 16; es famoso el siguiente caso a este respecto: *US-Mexico General Claims Commission 15 de octubre de 1926, L. Fay H. Neer And Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, Decisión.

⁵⁰ M. BOGDAN, “General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations”, en *Nordisk Tidsskrift for*

La celebración de tratados bilaterales y multilaterales de inversión cristalizó en ellos varios de estos estándares amplios de protección desarrollados por el derecho consuetudinario internacional,⁵¹ e incluso fue más allá en algunos casos, como por ejemplo agregando al estándar mínimo de protección el de «trato justo y equitativo» – si bien este tema en particular plantea controversias acerca de si en el fondo se trata de la misma fórmula o son distintas.⁵² Sin embargo, continúa el vacío con respecto al *corpus* que regule o «aterrice» estos estándares amplios en su aplicación, lo que explica en parte importante las controversias generadas en torno a los mismos, e incluso los pronunciamientos contradictorios existentes por parte de tribunales arbitrales.

13. La Parte 2 de la Guía hace notar también que históricamente los inversionistas extranjeros invocaban la protección diplomática de sus Estados para hacer valer sus reclamos⁵³. En la era moderna, el arbitraje se ha convertido en un mecanismo extendido para la resolución de conflictos en esta área.⁵⁴ Si bien los tratados referidos en el párrafo anterior – así como leyes y contratos de inversión de décadas recientes – vienen propiciando de manera creciente la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, la amplitud que ofrece la vía arbitral viene contribuyendo, en lo que respecta al derecho sustantivo aplicable y al desarrollo de principios y precedentes casuísticos que complementan o «aterrizan» los estándares amplios. Hacia mediados del siglo XX,⁵⁵ fue particularmente fecundo el aporte de tribunales arbitrales para la consolidación de principios,⁵⁶ como los reconocidos casos relativos a hidrocarburos en el Medio Oriente;⁵⁷ e incluso se produjo un desarrollo importante de otras fuentes del derecho internacional público en lo que respecta a las inversiones; como la costumbre y la *opinio iuris* u opinión doctrinaria de juristas notables -e incluso un sistema «de facto»⁵⁸ de precedentes-,⁵⁹ cuyos con-

International Ret 46, No. 1 1977, pp. 39-40. Ver también las dos siguientes excelentes contribuciones: J. ARATO, “The Logic of Contract in the World of Investment Treaties” en *William & Mary Law Review*, 2016, pp. 351 y siguientes; J. ARATO, “The Private Law Critique of International Investment Law”, en *American Journal of International Law*, 2019, pp. 1 y ss.

⁵¹ S. SCHILL, “The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press”, 2009, p. 11. Ver también en J.E. ALVAREZ, “The Public International Law Regime Governing International Investment”, *Recueil des cours*, Brill Nijhoff Vol. 344, 2011.

⁵² Ver por ejemplo en T.J. GRIERSON-WEILER y I.A. LAIRD, “Standards of Treatment”, P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 262.

⁵³ Véase CIJ, 19 de junio de 2012, Caso Relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo), Decisiones del 30 de noviembre de 2010 y de 19 de junio de 2012.

⁵⁴ Véase, UNCTAD Investment Policy Hub, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> (Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024), Grupo Banco Mundial, Base de datos de casos del CIADI, <<https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>> (Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024); Investment Treaty Arbitration Law, <<https://www.italaw.com/>>, (Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024. Además, existen otras bases de datos que funcionan mediante suscripción.

⁵⁵ El primer precedente moderno (Lena Goldfields) viene, sin embargo, de un par de décadas antes, en 1930. Ver por todos en: V.V. VEEDER, “The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas”, en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, 2008.

⁵⁶ Véase en: O. SPIERMANN, “Applicable Law”, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 93.

⁵⁷ Ad Hoc Septiembre 1951, *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*, 18 ILR 144, reimpresso en 1 ICLQ 247 (1952); Ad Hoc Abril 1950, *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.*, 20 ILR 534; Ad Hoc 1953, *Sapphire International Petroleum Ltd. (Sapphire) v. National Iranian Oil Co.*, 35 ILR; Ad Hoc 10 de Octubre 1973, *BP Exploration Co. (Libya) Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic*, publicado en 53 ILR 297 (1979), etcétera.

⁵⁸ Así califican Philip Janig y August Reinisch al sistema de precedentes y su fuerte influencia en esta área. P. JANIG y A. REINISCH, “General Principles and the Coherence of International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents”, en M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI y J. WOUTERS (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, 2019, p. 296.

⁵⁹ Jean Ho hace notar la notable influencia de los precedentes en las reclamaciones de inversión. J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 4. Ello particularmente cuando los precedentes van en una misma dirección; Véase también en: F.Y. BACHAND y F. GÉLINAS, “Legal Certainty and Arbitration”, en T. SCHULTZ y F. ORTINO (eds.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford University Press, 2020, p. 393. Quizás el examen más detallado de la influencia de los precedentes se encuentra en la decisión dictada en el caso: CIADI 26 abril 2005, *AES Corporation v. Argentine Republic* Decision on Jurisdiction, ARB/02/17, pp. 6 y siguientes. Véase también en: C. SCHREUER y M. WEINIGER, “A Doctrine of Precedent”, en P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, pp. 1193-1194; Sobre los precedentes en el ámbito de la Corte Permanente de Arbitraje, véase en: B. DALY y

tornos se enriquecieron, a su vez, con el derecho privado, internacional privado y uniforme.⁶⁰ El derecho comparado y sus diversas técnicas merecieron, particular atención,⁶¹ aunque siguen siendo controversiales los diversos métodos empleados por quienes emprenden la tarea comparatista,⁶² lo que a su vez genera disparidades en las respuestas dadas a problemas planteados en las reclamaciones sobre inversiones foráneas.⁶³ Se impone, pues, una sofisticación en el manejo de estas cuestiones, lo que alarmantemente no suele merecer la atención debida. La reciente Guía de la OEA se ocupa en varios pasajes de diversos problemas a este respecto. También, en su Parte 2, este instrumento hace notar la complementariedad del derecho internacional privado y el derecho internacional público, e incluso la dilución de fronteras a este respecto, según lo reflejado en diversos pronunciamientos.⁶⁴

En concreto, la Recomendación 2.1 de la Guía insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen las leyes internas que rigen el arbitraje internacional de inversiones con miras a: 1) considerar las diversas fuentes de derecho que puedan ser pertinentes en caso de controversia, tomando nota del papel actual del derecho internacional consuetudinario y de los principios generales del derecho internacional, especialmente en ausencia de disposiciones aplicables de tratados; y, 2) asegurar que las garantías para la inversión extranjera prescritas en sus leyes nacionales estén en consonancia con las normas internacionales.

3. Fuentes del derecho Internacional Público e inversiones extranjeras

14. La Parte 3 de la Guía se ocupa particularmente de este tema, haciendo notar que los tratados bilaterales de inversión (TBI) son hoy día el principal método de protección de los inversores. Aun así, el derecho internacional consuetudinario sigue teniendo un papel importante, en particular en ausencia

H. MEIGHEN, *A Guide to the PCA Arbitration Rules*, OUP, United Kingdom, 2014, p. 137. Un caso relevante a este respecto es: Permanent Court of Arbitration 18 julio 2014, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Laudo Final, AA227, para 1362.

⁶⁰ Ver sobre los orígenes en: M. SHAW, *International Law* (6th edition), Cambridge University Press, 2008, p. 112. Con relación a la influencia de la doctrina actual en materia de inversiones, ver en: A. RIGO SUREDA, *Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty*, Cambridge University Press, UK, 2012, pp. 132-138. A este respecto, resalta la incidencia que tiene Christoph Schreuer, ampliamente citado por tribunales arbitrales de inversión, particularmente con el siguiente libro que lo tiene como protagonista principal: C. SCHREUER et al, *The ICSID Convention, A Commentary*, Cambridge University Press, 2010.

⁶¹ Ver, por ejemplo, el siguiente reporte a la Comisión de Derecho Internacional: International Law Commission Seventy-second session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020 Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/741: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/093/44/PDF/N2009344.pdf?OpenElement>> (fecha de última consulta 5 de junio de 2022).

⁶² Ver, por ejemplo, en: F.H. LAWSON, *Selected Essays*, Volume II: The Comparison, North-Holland, Amsterdam, 1977; J. GORDLEY, “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, en *American Journal of Comparative Law*, 46 American Journal of Comparative Law 607 (Fall 1998); A.T. VON MEHREN y J. GORDLEY, *The Civil Law System: an introduction to the comparative study of law*, Boston/Toronto, Little, Brown and Company, 1977; R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civile comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie Générale de Droit, 1950 (con varias ediciones actualizadas). Un provocativo artículo reciente es el siguiente: L. SALAYMEH y R. MICHAELS, “Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning”, *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 86, 166-188, 2022, p. 170.

⁶³ El derecho comparado vino siendo utilizado por diversos tribunales en temas de inversiones, entre ellos la Corte Internacional de Justicia, como sucedió en: CIJ 24 de julio 1964, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, en p. 38, para 50). Lo propio ocurrió con otros tribunales, entre ellos según el mecanismo del CIADI, como por ejemplo en: CIADI 20 de noviembre de 1984, *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Award, paras 248, 266–267. CIADI 27 de diciembre de 2010, *Total S.A. v. Argentine Republic*, ARB/04/1, Decision on Liability, para 128. Ver también: CIADI 7 de junio de 2012, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ARB/07/12, Award, para 166; CIADI 4 de abril de 2016, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB(AF)11/2, Award, para 546; y CIADI 22 de septiembre de 2014, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB(AF)09/1, Award. Ver también en: E. GAILLARD, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International* 17, pp. 59-72; y A.S. KING, “General Principles and the Search for Legitimacy in International Arbitration: A Comparative Perspective”, en *Ius Comparatum* 1, 2020, pp. 288-318.

⁶⁴ CIADI 19 enero 2009, *PSEG c. Turquía*, Laudo, ARB/02/05, § 194; CIADI 25 septiembre 1983, *República de Indonesia*, ARB/81/1, Rec 1 CIADI Rep. 398. 1983; CIADI 14 abril 1988, *SPP (ME) c. República Árabe de Egipto*, ARB/84/3, Rec 3 CIADI Rep. 142, 1988; CIADI 9 marzo 1998, *Fedax N.V. c. Rep. de Venezuela*, ARB/96/3, § 30; CIADI 13 noviembre 2000, *Maffezini c. Reino de España*, ARB/97/7, Rec 5 CIADI Rep. 419, 2000, § 50-57, 77; CIADI 10 febrero 1999, *Antoine Goetz c. República de Burundi*, ARB/95/3, Rec 6 CIADI Rep. 3. 1999; CIADI 8 diciembre 2000, *Wena Hotel v. República Árabe de Egipto*, ARB/98/4.

de un tratado aplicable o con fines interpretativos, o bien cuando se haga mención específica a él dentro del propio tratado.

La Guía hace notar que la costumbre internacional, como noción, ha creado gran incertidumbre y generado interminables debates, pese a lo cual la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas señala que aún mantiene una importante relevancia.⁶⁵ La Asamblea General de las Naciones Unidas tomó nota en una Resolución de las conclusiones del Informe de dicha Comisión sobre la costumbre internacional,⁶⁶ que puede considerarse la declaración reciente más autorizada para ofrecer una orientación sobre este tema.⁶⁷

La Guía destaca también que, modernamente, existen numerosos precedentes en los que tribunales del CIADI han aplicado la costumbre internacional, como los principios de responsabilidad del Estado,⁶⁸ las consecuencias de un estado de necesidad⁶⁹ o la indemnización por expropiación,⁷⁰ incluida la fórmula para determinar el monto apropiado de una indemnización por expropiación indebida.⁷¹

Por lo demás, la Guía nota que el derecho consuetudinario moderno se encapsula también en instrumentos de derecho blando, como los que contienen las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2003),⁷² los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2011),⁷³ y las influyentes Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (publicadas por primera vez en 1976 y actualizadas en 2011).⁷⁴ En el ámbito regional, la OEA también ha abordado el tema de la “regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos

⁶⁵ En 2012, la CDI incluyó en su programa de trabajo el tema Formación y Prueba del Derecho Internacional Consuetudinario. La Comisión decidió nombrar al señor Michael Wood como Relator Especial para este tema. Un año más tarde, la Comisión recibió el primer informe y decidió cambiar el título del tema a Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario, https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

⁶⁶ La labor de la Comisión sobre el tema descrito se ha desarrollado de conformidad con las sucesivas resoluciones adoptadas por la Asamblea General, a saber: resolución N.º 67/9 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 2012; Resolución N.º 68/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2013; Resolución N.º 69/118 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 2014; Resolución N.º 70/236 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 23 de diciembre de 2015; Resolución N.º 71/140, de 13 de diciembre de 2016; Resolución N.º 73/203 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 2018.

⁶⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional n.º A/73/10 de las Naciones Unidas, 70º periodo de sesiones, 30 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2018, p. 123.

⁶⁸ CIADI 17 julio 2003, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, ARB/01/08, § 108; CIADI 14 julio 2006, *Azurix Corporation c. República Argentina*, ARB/01/12, § 50.

⁶⁹ CIADI 12 mayo 2005, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, ARB/01/8, § 304-331; CIADI 3 octubre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Sentencia sobre responsabilidad, ARB/02/1, § 245-266; CIADI 22 mayo 2007, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, ARB/01/03, § 294-313; CIADI 25 septiembre 2007, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, ARB/01/08, §101-150; CIADI 28 septiembre 2007, *Sempra Energy International c. República Argentina*, ARB/02/16, § 333-354, 392-397.

⁷⁰ CIADI 17 febrero 2000, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, ARB/96/1.

⁷¹ CIADI 30 agosto 2007, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la jurisdicción, ARB/97/3, § 8.2.2-8.2.7; CIADI 27 de abril de 2006, *El Paso Energy International Co. c. República Argentina*, ARB/03/15, § 117-136; CIADI 22 mayo 2007, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, ARB/01/08, § 396; CIADI 17 julio 2003, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la jurisdicción, ARB/01/8, § 48; CIADI 11 mayo 2005, *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, ARB/03/2, § 144, 145; CIADI 11 mayo 2005, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Decisión sobre las objeciones a la jurisdicción, ARB/02/16, § 156-157.

⁷² Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 55º periodo de sesiones, 26 de agosto de 2003, <https://digitallibrary.un.org/record/501576#record-files-collapse-header>, (fecha de última consulta: 22 de mayo de 2024).

⁷³ Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, abril de 2011, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁷⁴ Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, 2011, <https://www.oecd.org/investment/MNEguidelines_RBCmatters_ES.pdf>, (fecha de última consulta: 11 de marzo de 2022). A su vez, la OCDE dispone de un Code of Liberalization of Capital Movements [Código de la OCDE de liberalización de los movimientos de capital](OCDE, 2023), <<http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/39664826.pdf>>, (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

humanos”.⁷⁵ La Guía también destaca la existencia de la Guía ALIC relativa a inversión en tierras agrícolas, aprobada no hace mucho por Unidroit.⁷⁶

15. La novel Guía de la OEA se ocupa, además, de los principios generales como fuente, los cuales pueden ser pertinentes en diversos contextos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal arbitral examina una reclamación contractual y el amplio lenguaje del tratado aplicable abarca las controversias o las inversiones. En dicho supuesto, para determinar si se ha producido una violación del tratado, puede ser necesario analizar la relación contractual y la conducta de las partes. A tal efecto, la Guía destaca que podrían ser pertinentes los principios generales del derecho mercantil o del derecho uniforme.

16. En cuanto a los tratados internacionales, la Guía resalta que el régimen internacional de inversiones se ha construido en gran medida de forma bilateral, más que multilateral. El acuerdo de 1959 entre Alemania y Pakistán (que entró en vigor en 1962) suele considerarse el primer tratado bilateral de inversión moderno.⁷⁷ La evolución luego fue notable. Para 1989, habían 385 TBI en vigor. La UNCTAD informó de la existencia de unos 900 TBI a principios de la década de los años 90,⁷⁸ en tanto que a finales de julio de 2019 había 2.971 TBI en todo el mundo.⁷⁹

Existe un “sorprendente grado de uniformidad” entre la mayoría de los TBI cuando aluden a estándares amplios como la garantías de que no habrá expropiación ni medidas equivalentes sin indemnización; el trato justo y equitativo; el derecho del inversor extranjero al trato no menos favorable al que dan los Estados a sus propios nacionales; el derecho al trato no discriminatorio; el derecho a la libre transferencia de fondos relacionados con las inversiones y otros.

Asimismo, alude la Guía a varios instrumentos mundiales que abordan aspectos concretos relacionados con las inversiones extranjeras, tales como el Convenio de 1985, por el que se crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), que se concibió como un mecanismo adicional para proteger la inversión extranjera y aliviar las preocupaciones relacionadas con los riesgos no comerciales, fomentando así el flujo de recursos hacia los países en desarrollo.⁸⁰ Así también, a instancias del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional se han elaborado Directrices de 1992 sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras directas.⁸¹ Por su parte, la Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero (OPIC) de Estados Unidos, conocida actualmente como Corporación Internacional de Financiación del Desarrollo (DFC), también ofrece seguros de riesgo político contra las pérdidas ocasionadas por la inconvertibilidad de la moneda, la interferencia gubernamental y la violencia política, incluido el terrorismo.

El sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no pretende sustituir al marco vigente de tratados bilaterales. Sin embargo, la nueva Guía de la OEA hace notar que la “cuestión de la inversión” se añadió a los Acuerdos de la OMC. Pese a ello, solo unos pocos casos de diferencias remitidos al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, el organismo especializado encargado

⁷⁵ Véanse CJI/RES. 232 (XCI-O/17), CJI/doc.522/17 rev.2, CJI/RES. 205 (LXXXIV-O/14) y AG/RES. 2887 (XLVI-O/16). Véanse también AG/RES. 1786 (XXXI-O/2001), AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) de la Asamblea General de la OEA; y la resolución A/HRC/RES/26/9, <https://www.oas.org/en/sla/iajc/annual_reports.asp>, (fecha de última consulta: 18 de junio de 2022), p. 141 y ss.

⁷⁶ Legal Guide on Agricultural Land Investment Contracts (ALIC) [Guía jurídica sobre los contratos de inversión en tierras agrícolas] de UNIDROIT/IFAD, de septiembre de 2021, <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/10/ALICGuide-hy.pdf>> (fecha de última consulta: 23 de mayo de 2022).

⁷⁷ Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la promoción y protección de las inversiones, firmado el 25 de noviembre de 1959, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁷⁸ Investment Policy Monitor, de la UNCTAD, número 24, de febrero de 2021, pp. 7-8.

⁷⁹ International Investment Agreement Database de la UNCTAD, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>> (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

⁸⁰ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Convenio OMGI), 1508 Serie de Tratados de las Naciones Unidas 100, de las Naciones Unidas, firmado el 10 de noviembre de 1985, entró en vigor el 12 de abril de 1988. Véase también: <<https://www.miga.org/about-us>> (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

⁸¹ BANCO MUNDIAL, “Marco Legal para el Tratamiento de la Inversión Extranjera, Informe al Comité de Desarrollo y Directrices sobre el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa”, n° 2, septiembre 1992. <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>> (fecha de última consulta: 3 de marzo de 2022).

de conocer y resolver las diferencias entre los miembros de la OMC, han tratado asuntos de inversión extranjera. A diferencia de los casos del CIADI, el OSD no se ocupa de cuestiones tradicionales relacionadas con la inversión extranjera. En general, el OSD tiene un papel limitado en la solución de diferencias relacionadas con las inversiones, por ejemplo, en relación con las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio u otros acuerdos pertinentes de la OMC.⁸²

La Guía describe además diversos mecanismos multilaterales de protección a la inversión, como el Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT, por sus siglas en inglés), que entró en vigencia en 1998 y del cual forman parte 50 Estados, además de la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica.⁸³ Entre las iniciativas regionales de inversión, la Guía referencia iniciativas en Asia, África, el Medio Oriente y Europa, además de destacar peculiaridades de los acuerdos en la región, entre los que se encuentran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre México, Canadá y Estados Unidos que entró en vigor en 1994,⁸⁴ sucedido por el Tratado Comercial entre Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC), firmado en noviembre de 2018.⁸⁵ A su vez, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana y Centroamérica (CAFTA-DR) de 2006, suscrito entre República Dominicana, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Estados Unidos, es el primer tratado de libre comercio entre este país y las naciones centroamericanas.⁸⁶ En Sudamérica, en 1994, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) elaboró protocolos relativos a la promoción y protección recíproca de las inversiones. Hasta la fecha, el único instrumento en vigor relacionado con la materia es el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, aprobado por el MERCOSUR mediante la Decisión 3/17⁸⁷ y ratificado por Uruguay, Brasil y Argentina.

17. En cuanto a otras fuentes, la Guía hace notar además el rol de los derechos nacionales y la posibilidad de que se aplique el derecho no estatal, como los Principios UNIDROIT. Así también destaca la Guía que tribunales, – en particular los tribunales arbitrales en arbitrajes de inversiones – citan regularmente escritos doctrinales en sus laudos.⁸⁸ En los arbitrajes del CIADI, por ejemplo, los tribunales citan con frecuencia a escritores expertos y, en especial, el comentario de Christoph H. Schreuer sobre el Convenio del CIADI.⁸⁹ Muchas teorías jurídicas bien arraigadas en el ámbito a las inversiones

⁸² WTO 4 abril 2012, Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, DS435, 441, 458 y 467. El Grupo Especial (y posteriormente el Órgano de Apelación) analizó si las medidas de empaquetado sencillo adoptadas eran incompatibles con las obligaciones de Australia en virtud del Acuerdo ADPIC, entre otros.

⁸³ Tratado sobre la Carta de la Energía, 2080 *United Nations Treaty Series* 95, firmado el 17 de diciembre de 1994, entró en vigor el 16 de abril de 1998.

⁸⁴ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado el 17 de diciembre de 1992, entró en vigor el 1 de enero de 1994, cap. 11.

⁸⁵ El tratado también lleva otros dos nombres: Canadá lo ha adoptado como *Acuerdo Canadá-Estados Unidos-México* (CUSMA), mientras que México se decidió por el título: “*El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá* (T-MEC)”.

⁸⁶ Acuerdo TLC (Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América), firmado el 5 de agosto de 2004, entró en vigor el 1 de marzo de 2006; <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁸⁷ El protocolo puede consultarse en: <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=+uUEOWR9wE3v91PDIXvnQ=>>. (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024). Este protocolo de 2017 sustituyó al “Protocolo de Colonia” de 1994, que nunca entró en vigor al no reunir las cuatro ratificaciones requeridas según lo establecido en el Protocolo. <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=QbqmyvQ17CGPrIugK4Iltg%3d%3d?>>, (fecha de última consulta: 25 de julio de 2022). Asimismo, mediante la Decisión 11/94 se aprobó un Protocolo de Promoción de Inversiones de Estados no miembros del MERCOSUR. Sin embargo, este protocolo aún no ha entrado en vigor, ya que establecía un requisito de cuatro ratificaciones y, hasta la fecha, sólo ha sido ratificado por tres Estados Miembros. <https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=MzFrhVNTcm7X+Ji9ITDZ0Q%3d%3d>>, (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁸⁸ CIADI 27 agosto 2019, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Laudo, ARB/16/6, (el tribunal citó por su nombre a varios académicos que afirmaron su opinión); CIADI 7 mayo 2021, *América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia*, Laudo, ARB(AF)/16/5; CIADI 9 septiembre 2021, *Eco Oro Minerals Co. c. República de Colombia*, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Directrices sobre Quantum, ARB/16/41.

⁸⁹ S. SCHILL (ed.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, Cambridge University Press, n° 3, septiembre 2002: CPA 7 mayo 2021, 1. *Alberto Carrizosa Gelzis*, 2. *Felipe Carrizosa Gelzis*, 3. *Enrique Carrizosa Gelzis c. República de Colombia*, Laudo, 2018-56, § 131 [FN 24]; CIADI 27 agosto 2019, *Glencore International A. G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Laudo, ARB/16/6.

internacionales tienen su origen en los escritos de los publicistas. Así también, la Guía discute el rol de los precedentes y otras fuentes del derecho, tales como el “subsistema” jurídico del derecho de las instituciones internacionales y diversas normas de *soft law* o derecho blando.

Puntualmente, la Recomendación 3.1 de la nueva Guía de la OEA insta a los legisladores nacionales y a los negociadores de tratados de inversión a que consideren las diversas fuentes del derecho e incluyan, cuando sea posible, referencias a las normas internacionales pertinentes y al derecho uniforme. A su vez, la Recomendación 3.2 insta a los órganos juzgadores – incluidos los tribunales arbitrales y los tribunales nacionales – a que consideren el papel del derecho internacional consuetudinario, en particular cuando no existan disposiciones de tratados aplicables o cuando sea apropiado a efectos interpretativos y también a que consideren los principios generales del derecho internacional, la *jurisprudencia constante* y los escritos académicos con cuidado con vistas a construir un acervo congruente y previsible en el ámbito de las inversiones foráneas.

4. Particularidades de los Contratos Internacionales de Inversión

18. La Parte 4 de la Guía se ocupa de esta problemática. La Guía describe al “contrato internacional de inversión” como el que regula la relación a largo plazo entre el Estado receptor y el inversor extranjero.⁹⁰ Se explica que este tipo de contratos son habituales en los sectores en los que el Estado ejerce un monopolio en virtud de la legislación local,⁹¹ tales como concesiones de servicios públicos, asociaciones público-privadas o trabajos de construcción-explotación-transferencia en el sector de la construcción, entre otros. Las normas sustantivas de estos acuerdos se complementan frecuentemente con una disposición que especifica el derecho aplicable a la relación y suelen incluir, además, una cláusula de arbitraje.

A diferencia de los contratos comerciales ordinarios celebrados con un Estado parte, los elementos de derecho público impregnan la negociación, celebración, funcionamiento y terminación de los acuerdos internacionales de inversión. También, a diferencia de los acuerdos comerciales corrientes, los contratos internacionales de inversión plantean importantes consideraciones de orden público. Así, dado que la rescisión de los contratos de inversión extranjera puede tener efectos en cuanto a los bienes o necesidades públicas, las normas relativas a los daños y perjuicios pueden diferir de las que suelen encontrarse en los acuerdos comerciales corrientes. Los derechos de rescisión también pueden ser diferentes: mientras que los contratos comerciales y los contratos de inversión extranjera pueden terminarse debido a incumplimientos contractuales, los contratos de inversión internacional también pueden terminarse cuando el cumplimiento de las obligaciones contractuales se hace total o parcialmente imposible debido a la acción del Estado.⁹²

19. Por lo demás, los contratos internacionales de inversión pueden estar sujetos a una combinación de derecho internacional privado y público y de derecho interno del Estado receptor, o de otro Estado, o de derecho uniforme. Al no existir un corpus internacional de derecho sustantivo aplicable a los contratos de inversión internacional, esta combinación puede ser aplicable en una o más etapas a lo largo del proceso contractual de negociación, conclusión, operación y terminación de dichos contratos.

En realidad, no todo incumplimiento de contrato genera la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional público. Para el efecto, las acciones del Estado deben haber sido arbitrarias y haber violado un acuerdo en una clara y discriminatoria desviación del derecho aplicable o de los principios generalmente reconocidos en el ámbito internacional. La arbitrariedad del Estado también puede

⁹⁰ La descripción se encuentra en la Parte 2 de la Guía desarrollada más extensamente en la Parte 4.

⁹¹ UNCTAD, “State Contracts (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements)”, Naciones Unidas, noviembre 2004, p. 3 <https://unctad.org/en/Docs/iteiit200411_en.pdf> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

⁹² UNCTAD, “State Contracts (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements)”, Naciones Unidas, noviembre 2004, p. 5 <<https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200411en.pdf>> (fecha de última consulta: 21 de mayo de 2024).

resultar de una denegación de justicia, como limitar el acceso a sus tribunales, negarse a arbitrar después de haberse comprometido claramente a hacerlo, o no cumplir un laudo judicial o arbitral.⁹³

La Recomendación 4.1 de la Guía establece que, con la finalidad de fomentar una mayor previsibilidad y eficacia, los legisladores que encaren una regulación deben tener en cuenta la ausencia de un corpus internacional de derecho sustantivo aplicable a los contratos internacionales de inversión. Ante dicha ausencia, la Guía insta a que los negociadores de los tratados de inversión incluyan disposiciones claras sobre el alcance y el contenido de sus normas y su aplicación a los contratos de inversión. Se insta también a los negociadores que sean claros en permitir que las partes contratantes puedan excluir la aplicación del tratado, hacer excepciones al mismo o variar sus efectos. Así también, la Guía hace notar esa ausencia de un corpus regulatorio, lo que debe ser tenido en cuenta por las partes en contratos internacionales de inversión y sus asesores en la redacción de dichos acuerdos. Cuanto mayor precisión pueda hacerse en ellos, mejor.

5. Evolución y novedades del Derecho Internacional Privado

20. La Parte 5 de la Guía se ocupa de este tema, de enorme relevancia dada la coyuntura actual. En efecto, el derecho internacional privado viene experimentando una evolución imponente en tiempos recientes, a partir de un sinfín de esfuerzos globales, regionales y en ámbitos nacionales, tanto en la órbita pública como privada, que van generando numerosos textos de derecho positivo (como tratados y leyes) y blando (como guías, leyes modelo, principios), que tienden a romper con la ortodoxia «localizadora» de casos internacionales.⁹⁴ Ello a partir de diversos mecanismos, como los que otorgan flexibilidad a juzgadores cuando el mecanismo localizador lleva a resultados injustos o discriminatorios, hasta el avance de textos «de derecho uniforme», como la llamada «Convención de Viena» sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En este último sentido, los llamados «Principios UNIDROIT» en materia de derecho contractual internacional se erigen como una poderosa herramienta de potenciales fecundas consecuencias, no solo en el ámbito comercial sino también en materia de inversiones foráneas,⁹⁵ al brindar fórmulas como las relativas a la fuerza mayor e imprevisión comercial que en diversos contextos pueden asirse en dicho ámbito.

Así también, otros desarrollos de «tinte conflictualista» del derecho internacional privado actual, adecuadamente apprehendidos, brindan formidables recursos para lidiar con problemas recurrentemente suscitados en materia de inversión extranjera, cosa no suficientemente explotada debido a la insuficiencia de un fecundo diálogo interdisciplinario que permita restar provecho de tantas potencialidades.⁹⁶ Las

⁹³ CIJ 5 febrero 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. (Bélgica c. España)*, Informe CIJ, p. 144 [FN 1]. (En su Opinión Separada, el Juez Tanaka afirma que: “la denegación de justicia se produce en el caso de actos tales como corrupción, amenazas, retraso injustificado, abuso flagrante del procedimiento judicial, una sentencia dictada por el ejecutivo, o tan manifiestamente injusta que ningún tribunal que fuera a la vez competente y honesto podría haberla dictado... Pero ningún fallo meramente erróneo o incluso injusto de un tribunal constituirá denegación de justicia.”).

⁹⁴ J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Contratación y Arbitraje, Intercontinental*, Asunción, Editora-CEDEP 2010; J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho Aplicable y Arbitraje*, Madrid, Editorial Thomson-Aranzadi, 2014, Capítulos IV a VI; Ver también la *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas* de 2019, <https://jmoreno.info/v1/?page_id=975> (fecha de última consulta: 20 de mayo del 2024), y su comentario escrito por el autor de esta contribución en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/1, Madrid, enero-junio 2021, pp. 187-206 y *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/2, Madrid, julio-diciembre 2021, pp. 261-283.

⁹⁵ M.J. BONELL, “International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?”, Vol. 17, *Uniform Law Review*, Issue 1-2, January 2012; G. CORDERO-MOSS, D. BEHN, “The Relevance of the UNIDROIT Principles in Investment Arbitration”, Vol. 19(4), *Uniform Law Review* 570, November 10, 2014; P. BERNARDINI, “UNIDROIT Principles and international investment arbitration”, Vol. 19, *Uniform Law Review*, 2014; A. REINISCH, “The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international investment arbitration”, Vol. 19, *Uniform Law Review*, 2014.

⁹⁶ El arbitraje plantea desafíos interesantes a este respecto, tanto porque es un terreno de fecunda aplicación del derecho internacional privado con discreción amplia a cargo de los árbitros, como porque facilita la aplicación del derecho uniforme. Con respecto a esto último, ver la siguiente excelente contribución: A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Lex Mercatoria y Arbitraje Privado Internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 1 (2020), pp. 66-86, <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/595>>, (fecha de última consulta: 20 de mayo de 2024).

reclamaciones en materia de inversión foránea pueden envolver discusiones «conflictualistas» relativas, por ejemplo, a capacidad,⁹⁷ responsabilidad extracontractual,⁹⁸ derecho de propiedad⁹⁹ e, incluso, complejas cuestiones relativas a instrumentos financieros y garantías.¹⁰⁰ Avances recientes en el derecho internacional privado «conflictualista» en estos temas pueden tener un fuerte impacto en la suerte de muchas de estas contiendas, por lo que su manejo apropiado no puede ser ignorado.

21. Debe tenerse presente que los tratados multilaterales y bilaterales de inversión no suelen incluir normas sobre la elección del derecho aplicable, o incluso si lo hacen, dichas normas podrían no ser exhaustivas, por lo que los tribunales deberían recurrir al derecho internacional privado y a sus principios para subsanar las carencias. En tales casos, los instrumentos de la OEA pueden ser de gran ayuda, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, conocida como la “Convención de México”, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V, que tuvo lugar en Ciudad de México en 1994). Las potencialidades de dicha convención se encuentran explicitadas en la *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas* de 2019, que tiene varios objetivos más allá de apoyar las iniciativas de los Estados Miembros de la OEA para modernizar sus leyes nacionales sobre contratos comerciales internacionales. Entre ellos, se encuentran el de prestar asistencia a las partes contratantes y a sus abogados en la redacción e interpretación de los contratos comerciales internacionales, y ofrecer orientación a jueces y árbitros en la interpretación y complementación de las leyes nacionales, en particular sobre cuestiones relativas a los contratos comerciales internacionales que no se abordan en la legislación nacional.¹⁰¹

Otros instrumentos de la OEA pueden ser relevantes en el ámbito de las inversiones extranjeras, por ejemplo, en materia de capacidad.¹⁰² La *lex societatis* rige la capacidad de una persona jurídica para presentar una demanda ante un tribunal de un tratado de inversión.¹⁰³ Sin embargo, el criterio de

⁹⁷ CIADI 22 de abril de 2005, *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ARB/03/3, Rec (12 ICSID Rep 245); 2005; CIADI 20 de noviembre de 1994, *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ARB/81/1, Rec (1 ICSID Rep 543, 562) 1994; CIADI 10 de enero de 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria*, ARB/03/8, Rec (38(ii), 39) 2005; y CIADI 28 de julio de 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ARB/05/22, Rec (Merits para. 323).

⁹⁸ IUSCT 30 de marzo de 1983, *Isiah v. Bank Mellat*, Case 35-219-2, Rec, (Iran-US CTR 232)1983; IUSCT 22 de junio de 1984, *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Case 135-33-1, Rec (6 IranUS CTR 149) 1984. Ver también: Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 90.

⁹⁹ CIADI 30 de marzo de 1983, *AIG v. Kazakhstan*, Merits, Rec(Rep 7, 48/10.1.4) 1983; CIADI 24 de enero 2003, *Zhinvali v. Georgia*, Rec (Rep 3, 69/301) 1983; CIADI 27 de febrero de 2004, *EnCana v. Ecuador*, Rec (427, 476-7/184- 8) 2004; SCC 9 de septiembre de 2003, *Nagel v. Czech Republic*, ARB 049/2002; AD HOC 23 de octubre de 2000, *SwemBalt v. Latvia*, Rec (para 35); 2000; PCA 17 de marzo de 2006, *Saluka v. Czech Republic*, ARB 2001-04, Rec (para 204); 2006; CIADI 19 de junio de 2007, *Bayview v. Mexico*, Preliminary Objections, ARB(AF)/05/1, Rec (paras 98, 102, 118); 2007; CIADI 10 de diciembre de 2014, *Fraport v. Philippines*, ARB/11/12 Rec (para 394); 2014; CIADI 1 de noviembre de 1999, *Azinian c. México*, Merits, 5 Rec (Rep 272, 289/96); AD HOC 24 de diciembre de 2007, *BG c. Argentina*, Rec (Rep paras 102, 117) 2007 y ICSID 8 de Mayo de 2008, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ARB/98/2 Rec (paras 179-230) 2008.

¹⁰⁰ Ver el ICC Commission Report, *Financial Institutions and International Arbitration*, International Chamber of Commerce (ICC) 2016, en: <<https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/financial-institutions-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report/>> (fecha de última consulta el 23 de mayo de 2024), p. 6.

¹⁰¹ OEA, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, pp. 21-22. La Guía de Contratos de la OEA comienza con una recopilación de sus dieciocho recomendaciones específicas dirigidas a legisladores, jueces, partes contratantes y sus asesores. Cada una de estas recomendaciones es ampliada por un capítulo específico (dieciocho en total) que aborda los temas de autonomía de la voluntad, ausencia de elección y orden público, entre otros. Los anexos del texto incluyen una tabla comparativa entre la Convención de México y los Principios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en este ámbito, una tabla de legislación, una tabla de casos y una lista de bases de datos y otras fuentes electrónicas.

¹⁰² Las cuestiones de capacidad pueden plantearse técnicamente en el arbitraje de inversiones, aunque rara vez lo hacen en la práctica. En el primero de los casos *Amco c. Indonesia*, el tribunal sostuvo que “se debe aplicar la ley del Estado de constitución para determinar si dicha sociedad, aunque disuelta, sigue siendo una entidad jurídica vigente para algún fin jurídico especificado”. CIADI 10 de mayo de 1983, *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, ARB/81/1, Rev. (- FILJ 166, § 104) 1983. En este caso, el tribunal eligió el lugar de constitución como factor de conexión.

¹⁰³ CIADI 22 de abril de 2005, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, ARB/03/3, Rep (§115 - 124) 2005; CIADI 10 de mayo de 1988, *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, ARB/81/1, rec. (3(1) Rev. - FILJ 166,

vinculación puede variar en las legislaciones nacionales entre el lugar de constitución y la sede de la persona jurídica.¹⁰⁴ Se ocupan de estos temas la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales de 1979, y la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en Derecho Internacional Privado de 1984.

En materia financiera, puede ser relevante la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, adoptada en la CIDIP-I en 1975, sustituyó con su reglamento las citadas normas de Montevideo y Bustamante para los Estados que ratificaron el instrumento de la OEA.

22. En concreto, la Recomendación 5.1 de la Guía de la OEA insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen y clarifiquen sus normas de derecho internacional privado en lo pertinente al derecho aplicable en el contexto de la inversión internacional. En este sentido, las soluciones ofrecidas por los instrumentos de la OEA en materia de derecho internacional privado, deben considerarse y pueden incorporarse a la legislación nacional. Por su parte, la Recomendación 5.2 insta a los Estados Miembros de la OEA y a sus negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren e incluyan disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos.

6. Derecho Uniforme y los Principios UNIDROIT

23. La Parte 6 de la nueva Guía de la OEA se ocupa de este tema, destacando que los Principios UNIDROIT ofrecen un enorme potencial de aplicación en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones. Sus disposiciones que reflejan principios generalmente aceptados se califican como expresiones de “principios generales del derecho”, que pueden aplicarse en el contexto contractual y también a los tratados. Además de poder tener virtualidad como derecho aplicable, los Principios UNIDROIT también pueden utilizarse como ayuda interpretativa, como corroboración del derecho nacional y con una función supletoria o correctora.

Resalta la Guía que muchos de los Principios UNIDROIT, en particular los relativos a la formación, validez, cumplimiento e incumplimiento, se adaptan bien a los contratos internacionales de inversión. Las partes pueden elegir los Principios UNIDROIT directa o indirectamente. Cuando se eligen directamente, esta elección se considera el derecho aplicable, independientemente de que la elección se haya hecho antes o después de que surja una controversia. Los tribunales también pueden aplicar los Principios UNIDROIT cuando las partes hayan hecho una referencia genérica al derecho uniforme mediante el uso de términos como *lex mercatoria*, principios generales o términos similares. Así también, estos Principios pueden ser muy útiles en el arbitraje *ex aequo et bono*, en los que, aún si árbitros no se encuentren vinculados a un sistema jurídico específico, deben igualmente actuar de manera disciplinada brindando razones inteligibles y razonables, a cuyo efecto pueden encontrar en ellos una guía fiable sobre cómo actuar.

24. En particular, la Recomendación 6.1 de la Guía insta a los Estados Miembros de la OEA a que revisen sus ordenamientos jurídicos internos sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales de inversión y a que reconozcan y clarifiquen la elección del derecho no estatal (o uniforme). A su

104) 1988; CIADI 10 de enero de 2005, *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular*, ARB/03/8; CIADI 24 de julio de 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, ARB/05/22, Rec (323) 2008.

¹⁰⁴ Por ejemplo, en los Países Bajos, el derecho de sociedades determina la facultad de la persona jurídica “para realizar actos y actuar en derecho”, y en Suiza regula la “capacidad para poseer y ejercer derechos y obligaciones”. En Alemania, la doctrina de la “sede real” determina la personalidad jurídica de la empresa y su capacidad procesal, *Überseering B.V. y Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, sentencia de 5 de noviembre de 2002, asunto C-I-09919. EU: C: 2002:632, 200. (El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que esta norma de elección de ley es incompatible con la libertad de establecimiento garantizada en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

vez, la Recomendación 6.2 insta a los juzgadores, a las partes en los contratos de inversión internacional y a sus abogados a que, en relación con el derecho no estatal (o uniforme), tengan en cuenta los Principios UNIDROIT y reconozcan la distinción entre la elección del derecho no estatal y el uso del derecho no estatal como herramienta interpretativa.

7. Avances del arbitraje Internacional y particularidades del arbitraje de inversiones

25. La Parte 7 de la nueva Guía se ocupa del arbitraje internacional, que ha tenido un gran desarrollo de la segunda mitad del Siglo XX, con hitos como la llamada Convención de Nueva York de 1958 que se ocupa de la ejecución de laudos extranjeros; el reglamento de 1974 (modificado en 2010 y 2013) y luego la ley modelo de UNCITRAL de 1985 (modificada en 2004), y la modernización generada en base a estos instrumentos a lo ancho del orbe. La Convención de Nueva York cuenta con más de 170 ratificaciones, y un número importante de países de los cinco continentes reformaron sus leyes nacionales para ponerlas en sintonía con el modelo de UNCITRAL.¹⁰⁵ Lo propio ocurre con los reglamentos de las instituciones arbitrales, fuertemente impactados en su contenido por el modelo de esta institución,¹⁰⁶ como ocurre por ejemplo con las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA),¹⁰⁷ que viene registrando un número creciente de casos de arbitrajes de inversiones, como consecuencia de tratados o contratos de inversión que se sujetan a ellas.¹⁰⁸

La Recomendación 7.1 de la Guía, concretamente, insta a los juzgadores a que consideren el derecho internacional privado, tanto en términos de derecho uniforme como de normas de conflicto de leyes, en la resolución de controversias relativas a inversiones internacionales y a que se mantengan al corriente de la evolución del derecho internacional privado.

26. La Parte 8 de la Guía refiere la «revolución» traída por el mecanismo del CIADI a partir de su convención constitutiva de 1965.¹⁰⁹ Con él se sustrae a los arbitrajes de una sede en la cual se apliquen normas estatales arbitrales (*lex arbitri*), y se concibe, en su lugar, un sistema autosuficiente y no sujeto al escrutinio de tribunales nacionales. La revolución viene por esta y otras características del mecanismo, como su peculiar y excepcional instancia de anulación dentro del propio sistema, pero el impacto viene de la recurrencia masiva de inversores extranjeros al arbitraje CIADI, como consecuencia de su referencia en tratados y contratos de inversión. Esto llevó a una explosión de casos, notoria y creciente a partir de los años 1990s, lo que coloca al CIADI en un sitial preponderante como mecanismo para resolución de conflictos en materia de inversiones foráneas.¹¹⁰

¹⁰⁵ Ver, al respecto, en mi libro: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Derecho Aplicable y Arbitraje*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2014.

¹⁰⁶ J. LEVINE, “Navigating the parallel universe of investor–State arbitrations under the UNCITRAL Rules” en C. BROWN y K. MILES (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2012, p. 372; Ver también, J. DAHLQUIST, *The Use of Commercial Arbitration Rules in Investment Treaty Disputes Domestic Courts, Commercial Arbitration Institutions and Tribunal Jurisdiction*, Brill, 2021.

¹⁰⁷ Ver, en: B.W. DALY, E. GORIATCHEVA y H.A. MEIGHEN, *A Guide to the PCA Arbitration Rules*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014. Ver también en: H. JONKMAN, “The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution (Addresses)”, *Recueil des cours*, Vol. 279, 1999.

¹⁰⁸ Un interesante artículo sobre el impacto del mecanismo en las inversiones en América Latina se encuentra en: M. DOE y J.L. ARAGÓN, “Causas y azares: el renacimiento de la Corte Permanente de Arbitraje en América Latina en el campo de las inversiones extranjeras”, en A. TANZI, A. ASTERITI, R. POLANCO LAZO y P. TURRINI (eds.), *International Investment Law in Latin America, Problems and Prospects*, Brill Nijhoff, 2016, pp. 576-577.

¹⁰⁹ M. KINNEAR, “Foreword”, en J. FOURET, R. GERBAY, y G.M. ALVAREZ (eds.), *The ICSID Convention, Regulations and Rules. A Practical Commentary*, Commentaries, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2019. Ver, en general, un recuento de la historia y el impacto del CIADI en: A. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012. Ver también en: A. BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *Recueil des cours*, Vol. 136, 1972.

¹¹⁰ G. FLORES, “The Forefront of International Investment Law: Modernizing the Rules and Regulations of ICSID”, *Manchester J. Int'l Econ. L.* 94, 2019, p. 94; Ver también en A. REINISCH y L. MALINTOPPI, “Chapter 18 Methods of Dispute Resolution”, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO y C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 692.

Tanto la normativa del CIADI como la de otros mecanismos arbitrales, si bien contienen más bien normas de tinte procesal o jurisdiccional, incluyen reglas –parcas, pero de gran importancia– sobre el derecho aplicable al fondo de estas controversias,¹¹¹ que se relacionan con su elección o, en su caso, con la ausencia de selección, con criterios para su aplicación flexible cuando así procediera, y con el orden público. También dejan estas reglas la posibilidad de que pueda optarse por el mecanismo de arbitraje de equidad o *ex aequo et bono*. Estas regulaciones sobre el derecho aplicable al fondo, no por escuetas, dejan de implicar la eventual consideración de un sinfín de cuestiones jurídicas del derecho internacional público, derecho internacional privado, derecho uniforme, y derecho privado en general.

Puntuamente, la Recomendación 8.1 de la Guía de la OEA insta a los juzgadores, a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados, a que consideren las peculiaridades de las formas de arbitraje CIADI y “no CIADI” en relación con el derecho sustantivo aplicable.

8. El derecho aplicable a los arbitrajes de inversiones

27. La Parte 9 de la nueva Guía nota que el arbitraje de inversiones conlleva normalmente la interrelación entre el ordenamiento jurídico nacional y el internacional. El derecho aplicable en las reclamaciones de inversión puede implicar una multitud de niveles: el derecho internacional público tiene incidencia especial; sin embargo, el punto de referencia también podría ser el contrato o las relaciones contractuales en las que se basa el emprendimiento.

En los tratados y leyes en materia de inversión o en contratos entre inversores y Estados, las cláusulas de elección del derecho aplicable suelen referirse al derecho del Estado receptor o al derecho de un tercer Estado (como en el caso de los bonos). Además, las cláusulas de elección del derecho aplicable en los contratos entre inversores y Estados suelen referirse al derecho internacional, a los principios generales del derecho o a las normas de protección previstas en el tratado bilateral de inversión.

Algunos tratados se refieren a principios o normas de derecho internacional, pero omiten incluir las leyes nacionales; otros tratados combinan el derecho nacional y el internacional, y otros mencionan el derecho nacional del Estado receptor y los contratos entre las partes litigantes, omitiendo toda referencia al derecho internacional¹¹². Los tratados generalmente señalan las siguientes fuentes, sin ningún orden jerárquico en particular: (a) la legislación del Estado receptor; (b) el propio TBI y otros tratados; (c) cualquier contrato relacionado con la inversión y (d) el derecho internacional general.

La Guía de la OEA orienta sobre cómo proceder para determinar el derecho aplicable en el arbitraje de inversiones. Hace notar que, además de aportar un marco procesal para la realización de arbitrajes internacionales, la normativa arbitral contiene disposiciones sobre el derecho aplicable, como lo hace el artículo 42 del Convenio del CIADI. El artículo 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL y el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL¹¹³ son disposiciones análogas al artículo 42 del Convenio del CIADI. Varias instituciones arbitrales basan sus reglamentos en el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. La CPA lo hizo en su reglamento de 2012, con algunos ajustes que reflejan aspectos de derecho internacional público que pueden surgir en los litigios.

28. A menudo, los tribunales de arbitraje abordan los problemas de conflicto de leyes únicamente de forma superficial y se conforman con remitirse al artículo 42 o a la correspondiente disposición sobre la elección del derecho aplicable en el tratado de inversión. Sin embargo, en determinadas situaciones un análisis más detenido podría conducir a un resultado diferente, lo que justificaría un análisis más profundo sobre el derecho sustantivo aplicable.

¹¹¹ Se ocupan del tema, por ejemplo, el Convenio del CIADI del 4 de octubre de 1966 en su Artículo 42 y la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, en su Artículo 28.

¹¹² Como el Tratado sobre la Carta de la Energía de la Haya de 17 de diciembre de 1994 en su Artículo 6 (o 26).

¹¹³ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL del 2013, artículo 1, párrafo 4.

En concreto, la Recomendación 9.1 insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión y de contratos entre inversores y Estados a que consideren la inclusión de disposiciones claras sobre la elección del derecho aplicable en el texto de dichos tratados y acuerdos. Por su parte, la Recomendación 9.2 recomienda a los juzgadores que, al determinar el derecho sustantivo aplicable, se remitan a los instrumentos de la OEA para obtener orientación sobre los principios generales del derecho internacional privado

29. A su vez, la Parte 10 de la novel Guía de la OEA se ocupa de la autonomía de la voluntad reconocida tanto en el Convenio del CIADI (artículo 42) como en la Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 28). La Recomendación 10.1, allí contenida, insta a los Estados Miembros de la OEA a que tengan en cuenta las recomendaciones de la Guía de Contratos de la OEA de 2019 relativas a la elección del derecho aplicable en el contexto de las inversiones internacionales y a asegurar que su ordenamiento jurídico interno afirme una clara adhesión al principio internacionalmente reconocido de autonomía de las partes. Al respecto, la regulación debe contener normas claras sobre elección expresa y tácita del derecho, y otras como la exclusión del principio de reenvío (*renvoi*) para ofrecer una mayor seguridad en cuanto al derecho aplicable, y la admisión de la “divisibilidad” del derecho (*dépeçage*), por citar ejemplos. La Recomendación 10.2 insta puntualmente a los negociadores de tratados de inversión y a las partes en contratos internacionales de inversión a que tengan en cuenta las recomendaciones anteriores al redactar dichos textos, todo ello con vistas a una mayor claridad en la elección del derecho aplicable a las controversias internacionales en materia de inversión.

Con respecto a la ausencia de elección, hace notar la Guía que muchos tratados de inversión no contienen disposiciones sobre el punto. Del mismo modo, en muchos acuerdos internacionales de inversión, las partes no eligen el derecho aplicable o la elección es ineficaz. Ante cualquiera de estas circunstancias, el derecho aplicable será determinado por el órgano decisorio de conformidad con las normas pertinentes sobre conflicto de leyes. Sin embargo, los tribunales de inversiones tienden a evitar declaraciones claras sobre el derecho sustantivo aplicable y se han propuesto numerosas fórmulas de conflicto de leyes a falta de una opción de derecho (por ejemplo, el lugar de cumplimiento característico, la ley del lugar donde se formó el contrato, etc.). La aplicación de estas diferentes fórmulas depende de la materia de que se trate y del sistema de conflicto de leyes que rijan la relación, que puede ser cualquiera de los siguientes: (i) sistema de conflicto de leyes del Estado receptor, (ii) aplicación acumulativa de las normas de todos los Estados con conexión con el litigio, (iii) normas de conflicto de leyes de otro Estado, (iv) aplicación de los principios generales del derecho internacional privado o del derecho internacional público, (v) aplicación del derecho uniforme (no estatal), y (vi) la vía directa (*voie directe*) en la que los árbitros gozan de gran discreción.

30. La Guía de la OEA de 2024 explica el convenio del CIADI y la Ley Modelo, y conforme a los principios de derecho internacional privado generalmente aceptados en las Américas por la Convención de México de 1994 y por la Guía de contratos de 2019, señala concretamente la Recomendación 11.1 del nuevo instrumento que el régimen jurídico interno sobre el derecho aplicable a los contratos de inversión internacional en relación con la ausencia de una elección efectiva del derecho debería incluir el criterio flexible de la “conexión más cercana”. A su vez, la Recomendación 11.2 dispone que los órganos decisores que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable deberán recurrir a las normas pertinentes de elección del derecho del mecanismo arbitral aplicable. Si dicho mecanismo no se considera aplicable o no incluye tales normas de elección del derecho, los órganos decisores deberán aplicar el criterio flexible de la “conexión más cercana”, como principio general de derecho internacional privado.

En cuanto al arbitraje *ex aequo et bono* (o amigable componedor), la Parte 12 de la nueva Guía insta a las partes en contratos de inversión internacional y a sus abogados a que consideren las orientaciones sobre el derecho sustantivo aplicable contenidas en la presente Guía también en este contexto (Recomendación 12.1).

31. A su vez, la Parte 13 de la Guía prevé que la función supletoria o correctora del derecho internacional puede reconocerse expresamente en un tratado o las partes contratantes pueden otorgar al derecho

internacional dicha función a través de su elección de derecho o de un mecanismo arbitral.¹¹⁴ Los tribunales utilizan diversas técnicas para suplir las lagunas del derecho aplicable, tales como la convergencia del derecho internacional y el derecho interno, la incorporación del derecho internacional al derecho interno, el *reenvío* al derecho internacional o la consideración de las *lagunas* del derecho interno. Si la aplicación del derecho interno viola las normas internacionales o da lugar a un nivel de protección inferior al mínimo para el inversor, los tribunales aplican el derecho internacional de manera correctiva y, en tales circunstancias, el derecho internacional se aplica directamente y no de manera supletoria. Aunque en el ejercicio de su autonomía las partes pueden optar por la aplicación exclusiva del derecho interno, un tribunal internacional no puede desatender los aspectos de derecho internacional y debe considerar su posible prevalencia.

Puntualmente, la Recomendación 13.1 insta a los negociadores de tratados internacionales de inversión, y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados, a que incluyan en las cláusulas pertinentes de elección del derecho aplicable una clara aceptación de la función supletoria y correctora del derecho internacional y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda. A su vez, la Recomendación 13.2 recuerda a los árbitros que implementen la elección del derecho aplicable o que se enfrenten a la ausencia de una elección efectiva del derecho aplicable en un tratado o contrato de inversión, a la luz de la compleja relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, que existen varias técnicas para aplicar el derecho internacional con fines supletorios o correctivos y se les insta a que consideren el uso del derecho uniforme, cuando proceda.

32. En su Parte 14, la Guía hace notar que el orden público en el arbitraje internacional de inversiones puede plantearse en una serie de aspectos, como en relación con las normas (acceso a la información, protección del medio ambiente), la no arbitrabilidad subjetiva (incapacidad del Estado para arbitrar), no arbitrabilidad objetiva (por ejemplo, temas de interés público, tales como el cambio climático o los recursos naturales) o la inmunidad de jurisdicción. Los Estados receptores no pueden basarse en el orden público nacional para invalidar una norma o principio de orden público internacional o transnacional, o el derecho internacional aplicable en virtud del tratado de inversión pertinente.

La Recomendación 14.1 insta concretamente a los negociadores de tratados internacionales de inversión y a las partes en contratos internacionales de inversión y a sus abogados a que consideren el orden público internacional o transnacional pertinente y cualquier posible conflicto con la legislación u orden público nacional en relación con la inversión extranjera. Por su parte, la Recomendación 14.2 señala que los árbitros deben considerar y, cuando sea posible, hacer referencia expresa a la aplicación de principios de orden público internacional o transnacional.

V. Conclusión

El Comité Jurídico Interamericano no sólo goza de un enorme prestigio, sino también históricamente materializó hitos regionales tanto en los ámbitos del derecho internacional público internacional privado y arbitraje, por lo que se erige en una instancia propicia para apuntalar un mejor entendimiento en la región americana de la interacción de estas disciplinas, en este caso en el ámbito de las inversiones extranjeras.

34. La nueva Guía no se limita a resaltar esta fertilización, muchas veces no percibida, entre las distintas especialidades, sino brinda, además, recomendaciones bien concretas a negociadores de tratados, legisladores, juzgadores, partes, y otros actores dentro del mundo de la inversión foránea, en la expectativa de que un manejo apropiado de las distintas cuestiones tratadas en el novel documento, las pueden hacer bien más predecibles.

Si bien la Guía no ofrece un corpus de normas sustantivas para la problemática allí tratada, su extendida eventual implementación, de producirse, a no dudarlo contribuirá a una notoria mejoría de la seguridad jurídica deseable para que las inversiones extranjeras puedan desarrollar apropiadamente su enorme potencial en el ámbito interamericano.

¹¹⁴ Por ejemplo, en base al artículo 42 del CIADI y el artículo 28(4) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Reserva hereditária e ordem pública internacional

The unavailable quota (forced share) and international public policy

RUI MANUEL MOURA RAMOS
Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito de Coimbra

Recibido: 11.04.2024 / Aceptado: 24.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8967

Resumo: IA presente contribuição discute a questão de saber se a ausência de protecção, na lei aplicável à sucessão, do que a *lex fori* considera ser a reserva hereditária deve ser considerada uma violação da ordem pública internacional. Depois de referir a posição de diversos sistemas jurídicos a este propósito, sustenta-se que, também por força da excepcionalidade que se reconhece ser característica da ordem pública, a questão não é susceptível de uma resposta geral e fixa, mas que o simples facto de a reserva hereditária não ser reconhecida não deve ser visto, em si mesmo, como uma contrariedade à ordem pública, ainda que em certas circunstâncias (por exemplo quando tal conduza à total exclusão de descendentes menores desprovidos de quaisquer bens de subsistência da sucessão no património do *de cuius*) a resposta deva ser diferente. A discussão inclui ainda uma crítica de algumas reformas legislativas que tentam obter o mesmo resultado a que conduz a utilização da ordem pública através de regras materiais de direito internacional privado.

Palavras-Chave: Ordem pública internacional, ordem pública interna, reserva hereditária.

Abstract: The contribution deals with the question whether lack of protection by applicable succession law of what is considered, by the *lex fori*, an unavailable quota (forced share) must be considered against public policy (*ordre public international*). After mentioning the position of several legal orders on the topic, the stand is taken that a general and fixed answer is not possible to this question, also given the exceptionality that is characteristic of this institute, but that the mere fact of non recognition of forced shares (reserve) may not as such (*in se*) be viewed as violating public policy, even if in certain circumstances (for example, when it leads to total exclusion of descendant minors without other means of existence from the assets of the deceased) a different answer could be provided. The discussion also includes a critique of some legal reforms that try to reach the same result achieved by public policy using substantive rules of private international law.

Keywords: International public policy, domestic public policy, unavailable quota.

Sumário: 1. Enquadramento geral da questão. 2. Ordem pública interna e ordem pública internacional. 3. O desenho da reserva hereditária no sistema jurídico português. 4. Os acórdãos da *Cour de Cassation* francesa de 2017. 5. O recurso a regras de direito internacional privado material. 6. Tomada de posição sobre o problema face à ordem jurídica portuguesa.

1. Cremos poder dizer-se que a mobilização da cláusula de ordem pública internacional a propósito das distintas posições tomadas pelos diversos sistemas jurídicos estaduais sobre a reserva hereditária continua a ocupar a jurisprudência de vários países¹, justificando por isso que nos detenhamos sobre esta questão. O problema está em saber se o desconhecimento, por parte da lei estrangeira competente, do instituto da legítima (designadamente da dos descendentes), ou seja, a completa exclusão de uma sucessão², por esse ordenamento, daqueles que, no entender do sistema jurídico do foro, seriam considerados como herdeiros forçados, envolve, sem mais, violação da reserva de ordem pública internacional. Trata-se, na verdade, de uma questão relevante, que tem dividido a nossa jurisprudência, e sobre a qual recaiu recentemente a atenção da doutrina portuguesa³.

A primeira nota que cremos que a este respeito importa fazer é no sentido de que a fórmula que acabámos de referir suscita, logo à partida, alguma estranheza. E isto porque como geralmente se recorda, o recurso à excepção de ordem pública se justifica como reacção aos efeitos intoleráveis que a aplicação de uma dada lei estrangeira provoca, face às concepções de justiça dominantes, pela sua aplicação a um determinado caso concreto. É, pois, por isso, desde logo questionável que ela possa ser sem mais mobilizável, em todos os casos, face a um determinado instituto configurado numa lei estrangeira⁴.

Não que tal não possa em absoluto suceder. Mas, para tanto, seria necessário que esse instituto ofendesse valores jurídicos absolutamente fundamentais, o que cremos seria o caso, por exemplo, se um determinado sistema jurídico estrangeiro reconhecesse formas qualificadas de negação da dignidade da pessoa humana, como por exemplo a admissão da escravatura. Em tal caso, pode aceitar-se que a natureza e estatuto dos bens jurídicos ofendidos por tais normas, desde logo pelo relevo que lhes é constitucionalmente reconhecido e pela protecção de que são objecto nas declarações de direitos reconhecidos no plano internacional⁵, justificasse a total proscricção *in foro*, através da excepção de ordem pública, dos efeitos das normas que configurassem tal situação.

Fora deste círculo de situações, porém, a ordem pública internacional não constitui um meio de expressar um julgamento sobre as normas do sistema jurídico estrangeiro em questão, servindo apenas para afastar a produção *in foro domestico* daqueles dos efeitos da sua aplicação a um determinado caso concreto que se revelem absolutamente intoleráveis para a consciência jurídica do Estado do foro.

2. É a partir deste enquadramento, que há que perguntar se o desconhecimento, por parte de um ordenamento jurídico estrangeiro, do instituto da sucessão legítimária⁶, decorrente da forma como nesse sistema se reconhece o princípio da plena liberdade de testar, deve ser visto como constituindo uma violação da ordem pública internacional, a que alude o artigo 22.º do Código Civil português.

¹ No que a Portugal diz respeito, a posição dominante parece ser a consagrada nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de outubro de 2008 (relatado pelo Conselheiro PIRES DA ROSA e igualmente subscrito pelos Conselheiros CUSTÓDIO MONTES e MOTA MIRANDA), 15 de janeiro de 2015 (relatado pelo Conselheiro ORLANDO AFONSO e igualmente subscrito pelos Conselheiros TÁVORA VÍTOR e GRANJA DA FONSECA) e 16 de maio de 2018 (relatado pelo Conselheiro ROQUE NOGUEIRA e igualmente subscrito pelos Conselheiros ALEXANDRE REIS e LIMA GONÇALVES). Em sentido contrário, todavia, veja-se o acórdão do mesmo tribunal de 27 de setembro de 1994 (relatado pelo Conselheiro SAMPAIO DA NÓVOA e igualmente subscrito pelos Conselheiros ROGER LOPES e COSTA RAPOSO; *in Colectânea de Jurisprudência*. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, v. 17 (1994), III, p. 71-73), que confirma o Acórdão da Relação de Évora de 28 de outubro de 1993 (relatado pelo Desembargador ABÍLIO PIRES e igualmente subscrito pelos Desembargadores ARMINDO RIBEIRO LUÍS e ANTÓNIO MANUEL PEREIRA; *in Colectânea de Jurisprudência*, v. 18 (1993), V, p. 276-278). Para a análise de algumas destas e de outras espécies jurisprudenciais, cfr. SANDRA PASSINHAS, «A sucessão legítimária em Portugal e a excepção de ordem pública internacional: breves considerações», *in Insights and Proposals related to the Application of the European Succession Regulation 650/2012* [a cura di Sara Landini], Varese, 2019, Giuffrè, p. 295-311 (306-311).

² Ou também, a circunstância de a esses herdeiros ser atribuída por aquela lei uma posição jurídica sucessória diferente (e inferior) daquela que lhes reconhece a *lex fori*, ou, ainda, a de a *lex successionis* reservar a legítima a um grupo distinto de herdeiros daqueles a quem aquela fracção da herança é garantida pelo ordenamento do foro.

³ Cfr. os trabalhos de LIMA PINHEIRO, «A ordem pública internacional: hoje», *RDC IV* (2019), 1, p. 47-57, e Sandra Passinhas (*cit. supra*, na nota 1).

⁴ Ou à total ausência de expressão deste nessa mesma lei.

⁵ BAPTISTA MACHADO fala, ainda que num diferente contexto, mas utilizando fórmulas que podem ser transpostas para o problema que nos ocupa, de «princípios fundamentais da ordem jurídica nacional considerados como inamovíveis e imutáveis, como património intangível de que partilha uma comunidade cultural», e de «expressão de uma justiça absoluta» [*in Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª edição, Coimbra, 1982, Almedina, p. 264)].

⁶ Ou a sua configuração pela *lex successionis* em termos distintos dos que ocorrem na *lex fori*, como se refere *supra*, na nota 2.

Não se duvida que aquele instituto integra, dados os termos em que é acolhido nos artigos 2156.º e seguintes do mesmo Código Civil, a ordem pública interna portuguesa, isto é, «aquelas normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem económico-social, pelo que são, como tais, inderrogáveis pela vontade dos indivíduos»⁷. Mas tal não implica, como se sabe, que se possa concluir que o desrespeito, por uma dada lei estrangeira, do instituto da legítima, seja visto como revelador de contrariedade à ordem pública internacional, uma vez que, para que tal se possa afirmar, não é só por si decisivo o conteúdo da lei estrangeira competente, havendo antes que considerar antes de mais «as circunstâncias ou os resultados da aplicação dessa lei ao caso concreto»⁸. Na verdade, e como o escrevemos noutra local⁹, «la fonction même du droit international privé exige que la réserve de l'ordre public international soit restreinte aux cas où l'application de la loi étrangère ne se limite pas à aboutir à des solutions contraires à celles contenues dans les normes impératives du for mais met plutôt en cause les valeurs fondamentales de cet ordre juridique ou les intérêts de plus haut niveau parmi ceux qu'il vise protéger»¹⁰.

3. Considerando agora mais de perto o referido regime da sucessão legitimária, tal como ele se encontra consagrado no sistema jurídico português¹¹, há que reconhecer que a protecção da família nuclear que com ele se leva a cabo não pressupõe necessariamente um estado de carência daqueles que dele são beneficiários, nem sequer a efectiva existência de laços de dependência económica ou de solidariedade pessoal entre estes últimos e o *de cuius*. Na verdade, aquele regime faz beneficiar, em termos variáveis, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes do *de cuius* de uma parte da herança deste, pela simples existência de uma dada relação familiar com este último, irrelevando para o efeito quaisquer outras considerações, designadamente as que acabamos de mencionar. Nestes termos, a desconsideração da vontade do autor da sucessão pode *in concreto* não se fundar em nada mais do que numa ideia de forçada transmissão do património deste para o círculo restricto dos seus familiares, sendo estranha, re-

⁷ Assim BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, nota 5), p. 254. Ou, numa diferente formulação, dir-se-á que «domestic public policy consists of rules and principles that parties cannot derogate from and poses a limit to party autonomy, whose infringement determines the nullity of the agreement concerned». Cfr. LUCA ETTORE PERRIELO, «Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012», in *Insights and Proposed related to the Application of the European Succession Regulation 650/2012* (cit. supra, nota 1), p. 371-403 (388).

⁸ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, nota 5), p. 265. Ou, como também se escreveu, «the compatibility of foreign laws with public policy must not be reviewed on an abstract, theoretical level, pursuant to syllogistic schemes; public policy must be tailored to the requirements of each particular case, so that the same law may be found to be at times at odds with public policy, at times in keeping therewith» (assim Luca Ettore Perriello, «Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012» [(cit. supra, nota 7), p. 385-386].

⁹ Cfr. MOURA RAMOS, «L'Ordre Public International en Droit Portugais», in *Boletim da Faculdade de Direito*, t. LXXIV (1998), p. 45-62 (49). No mesmo sentido, e segundo Luca Ettore Perriello, «international ordre public amounts to a limit to the application of a foreign law which would result from the operation of conflict law rules, thereby seeking to prevent foreign law at odds with the fundamentals of the system from being enforced therein» (...) international public policy does not cover all the mandatory principles in the *forum*, (...) but only those endowed with fundamentality, i.e., those designed to protect human rights» [In «Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012» (cit. supra, nota 7), p. 388-390].

Para a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, cfr. ainda Pascal de Vareilles-Sommières, «L'Exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 371 (2015), p. 155-272 (217-237).

¹⁰ Ainda para o dizer com LUCA ETTORE PERRIELO [In «Succession agreements and public policy within EU Regulation 650/2012» (cit. supra, nota 7), p. 392-393], «that a given fundamental right is alien to the *forum* does not imply that it is at variance therewith; indeed, international public policy demands its transplant, along with the remedies which support it. As long as the territory of fundamental rights and liberties may be expanded, international public policy requires that the *forum* accepts foreign ideas».

¹¹ Para uma perspectiva histórica, a este propósito, vejam-se, recentemente, a súmula que nos é oferecida por SANDRA PASSINHAS, «A sucessão legitimária em Portugal e a excepção de ordem pública internacional: breves considerações» (cit. supra, nota 1), p. 297-302, e JOÃO CURA MARIANO, «A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade», in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, v. I – Direito Constitucional, Coimbra, 2019, Almedina, p. 745-769 (749-758).

Para o caso de outros ordenamentos que conhecem a mesma instituição ainda que configurada em moldes distintos, cfr. no que respeita ao sistema francês, por exemplo, ELIZABETH ROUSSEAU, «La réserve héréditaire. Réflexions sur l'autorité d'une institution du droit français», *Droit Prospectif. Revue de la Recherche Juridique*, 2020.

petimos, à eventual situação de precariedade ou de necessidade dos beneficiários da reserva hereditária e à existência de laços de solidariedade afectiva destes para com o *de cuius*.

É certo que mesmo a referida situação de precariedade dos beneficiários pode não constituir fundamento decisivo para o recurso à excepção de ordem pública, se se pensar que, como ocorre no direito inglês¹², a lei considerada competente pode conter disposições que protegem, nomeadamente, os filhos, no caso de terem sido privados de bens e capacidade financeira por óbito do *de cuius*. Mas, seja o que quer que se entenda a respeito desta particular hipótese¹³, não pode negar-se que, estando em causa uma efectiva situação de carência patrimonial por parte dos beneficiários da sucessão legítima¹⁴, pode legitimamente perguntar-se se a protecção destes, quando menores e impossibilitados de a ela fazer face, não deverá prevalecer sobre a tutela da plena liberdade de disposição dos seus bens, por parte do autor da sucessão. Só que, em tal caso, já não é o respeito pela quota reservada aos herdeiros forçosos que está em causa, mas a particular situação de um (ou de alguns) dos herdeiros beneficiários da reserva hereditária, que poderá fundar a invocação da excepção de ordem pública internacional.

Neste contexto, já não será, com efeito, o desconhecimento, em si mesmo, por parte da lei competente para regular a sucessão, do instituto da legítima, que fundamentaria o recurso à ordem pública, mas os particulares efeitos que, em concreto, resultariam da aplicação da lei que não conhecesse aquele instituto. O que não deixa de se apresentar em termos muito mais compatíveis com a compreensão, que consideramos a mais correcta, da reserva de ordem pública internacional, ao exigir, numa concepção aposteriorística, o controlo das consequências da aplicação *in casu* do regime contido na lei estrangeira considerada competente (e a sua desconformidade com os princípios fundamentais que informam a ordem jurídica do foro), em lugar de se ficar pela simples oposição entre este e o existente nesta última.

Em suma, a limitação à autonomia do testador que por esta via se consagra não decorre de considerações que tenham a ver com o destino do património deste, mas, antes e tão só, com um imperativo de protecção de um círculo de pessoas (ligadas, bem entendido, àquele por fortes vínculos familiares) a que a ordem jurídica pretende dar resposta por esta via, e que só por isso se projecta no plano da sucessão.

4. Saliente-se que o *distinguo* que se acaba de fazer não envolve uma simples *nuance*, sendo os termos da diferença existente entre as duas situações particularmente evidenciados por decisões paralelas da *Cour de Cassation* francesa. Nesses acórdãos¹⁵, decidiu-se, com efeito, que «une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels», e que, não tendo sido alegado que a aplicação de tal lei deixaria em condições de precariedade económica ou de necessidade os herdeiros legítimos maiores, tal aplicação, que permitia ao *de cuius* dispor de todos os seus bens a favor de um *trust* de que era beneficiária a mulher, mãe das suas filhas menores sem reservar uma parte aos outros filhos, não contrariava a ordem pública internacional francesa¹⁶.

¹² Veja-se o *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*.

¹³ Que, num acórdão de 16 de maio de 2018, o Supremo Tribunal de Justiça caracterizaria por nela estar em causa o facto de a lei competente «concede(r) um caminho sucessório que elimina por completo os filhos da sucessão dos seus pais (...) caminho esse nunca trilhado pela lei portuguesa, segundo a qual haverá sempre ao menos uma porção da herança dos pais que se destina aos filhos, o qual é inspirado por razões de interesse e ordem pública». Sobre esta decisão, cfr. MOURA RAMOS, «Relação sucessória plurilocalizada, sistemas jurídicos complexos e ordem pública internacional. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1.ª Secção) de 16 de maio de 2018», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 149.º (Janeiro-Febrero de 2020), N.º 4020, p. 210-247.

¹⁴ À qual, acrescenta-se, não se revele possível dar resposta através de outros institutos como o direito a alimentos.

¹⁵ Da *Première chambre civile*, de 27 de setembro de 2017.

¹⁶ Nos termos desta decisão (1104), «attendu qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des (...), tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin, que Michel X... résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux Etats-Unis; que la cour d'appel, (...), en a exactement déduit que la loi californienne ayant permis à Michel X... de disposer de tous ses biens en faveur d'un trust bénéficiant à son épouse, mère de leurs deux filles alors mineures, sans en réserver une part à ses autres enfants, ne heurtait pas l'ordre public international français». E, noutra decisão (1105) da mesma jurisdição proferida nesse mesmo dia, depois de se reafirmar o princípio que se recordou em texto, acrescentou-se que «attendu qu'après avoir énoncé que la loi applicable à la succession de Maurice X... est

De acordo com este entendimento, que por isso se nos afigura corresponder à melhor compreensão da excepção de ordem pública internacional¹⁷, não é o desconhecimento do instituto da reserva hereditária (decorrente do reconhecimento ao *de cuius* da plena liberdade de disposição dos seus bens para depois da morte), em si mesmo, que poderá contrariar a ordem pública internacional (ou sequer a sua modelação em termos diversos dos conhecidos na ordenação jurídica do foro)¹⁸. O que é susceptível de desencadear a sua aplicação são antes as consequências, particularmente chocantes para a consciência jurídica do foro¹⁹, que podem num dado caso resultar da aplicação das regras que, num particular sistema estrangeiro, a ignoram. Neste entendimento, que faz jus à excepcionalidade que caracteriza aquele instituto, a aplicação de uma lei estrangeira que reconheça o princípio da plena liberdade de testar pode ser contrária à ordem pública internacional em certas situações²⁰ sem o ser noutras²¹. E o decisivo para que se possa traçar esta linha divisória é a circunstância de a aplicação da lei estrangeira ao caso concreto ofender os princípios fundamentais em que se estriba a ideia de justiça do sistema do foro.

Saliente-se que esta construção tem sido perfilhada pela jurisprudência de diversos países²² e acolhida, de um modo que diríamos crescente, pela doutrina portuguesa²³, merecendo igualmente o

celle de l'Etat de Californie, qui ne connaît pas la réserve, l'arrêt relève, par motifs propres, que le dernier domicile du défunt est situé dans l'Etat de Californie, que ses unions, à compter de 1965, ont été contractées aux Etats-Unis, où son installation était ancienne et durable et, par motifs adoptés, que les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin; que la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'écarter la loi californienne au profit de la loi française».

Sobre estas decisões, cfr. as notas de BERTRAND ANCEL, «Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français», *Rev. crit. DIP*, janvier-mars 2018, p. 87-98, e ESTHER BENDELA, no *Journal de Droit International*, 145 (2018), 1, p. 113-124.

¹⁷ Sobre a sua caracterização, veja-se (para além dos trabalhos citados *supra*, na nota 9) ainda ANDREAS BUCHER, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 239 (1993-II), p. 11-116, e, em língua portuguesa, JACOB DOLINGER, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1979.

¹⁸ Ainda que, em Portugal como de resto em França, tal contrarie a ordem pública interna.

¹⁹ Designadamente por poderem deixar totalmente desprotegidos, sob o ponto de vista patrimonial, alguns dos próximos do *de cuius* que, eventualmente por serem menores, dele exclusivamente dependiam e se não encontravam em condições de prover ao respectivo sustento.

²⁰ As mencionadas na nota anterior.

²¹ Por exemplo as referidas na nota 16.

²² Para além dos acórdãos acabados de citar, vejam-se as espécies jurisprudenciais referidas por LIMA PINHEIRO, in «A ordem pública internacional: hoje» (*cit. supra*, nota 3), p. 55-57.

²³ Assim MARQUES DOS SANTOS, «Lei aplicável a uma sucessão por morte aberta em Hong Kong», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 39 (1998), p. 115-134 (128-134), FERRER CORREIA, «Contribuição para uma história da Fundação Calouste Gulbenkian», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, v. I – Direito Privado e Vária, Coimbra, 2002, Almedina, p. 755-788 (759), LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, v. II – Tomo II. Direito de Conflitos. Parte Especial, Negócio Jurídico, Obrigações, Direitos Reais, Insolvência, Direitos de Propriedade Intelectual, Relações de Família, Sucessões e Arbitragem Transnacional, 5.ª Edição Refundida, Coimbra, 2023, AAFDL Editora, p. 460, e «A ordem pública internacional: hoje» (*cit. supra*, nota 3), p. 55, e SANDRA PASSINHAS, «A sucessão legitimária em Portugal e a excepção de ordem pública internacional: breves considerações» (*cit. supra*, nota 1), p. 313.

Anote-se que, ainda na nossa doutrina, se têm manifestado vozes no sentido de contestar, *de iure condendo*, a própria existência da sucessão legitimária [assim CRISTINA ARAÚJO DIAS, «A protecção sucessória da família: notas críticas em torno da sucessão legitimária», in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (Coordenação: HELENA MOTA e MARIA RAQUEL GUIMARÃES), Coimbra, 2016, Almedina, p. 449-463, e, mais recentemente, «Direito Sucessório e Autonomia: Liberdade de disposição dos bens e protecção sucessória da família: novas tendências no campo da sucessão legitimária e contratual», in *ESTATE, SUCCESSION AND AUTONOMY, New assets and new trends*, [Editors RITA LOBO XAVIER, NUNO SOUSA e SILVA, MARTA ROSAS], 2024, UCP Press, p. 226-250 (231-237), DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito das Sucessões*, Coimbra, 2017, Almedina, p. 29, e JORGE DUARTE PINHEIRO, *Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, 2017, AAFDL, p. 178], e que a constitucionalidade deste instituto tem inclusivamente vindo a ser objecto de discussão [sobre o ponto, cfr. RITA LOBO XAVIER, *Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à Margem do Direito das Sucessões*, 2016, Universidade Católica Editora Porto, p. 22-25, e *Manual de Direito das Sucessões*, Coimbra, 2023, Almedina, p. 195-197, JOÃO CURA MARIANO, «A sucessão legitimária: um regime no limbo da inconstitucionalidade» (*cit. supra*, nota 11), e RITA LOBO XAVIER/PEDRO COUTINHO, «Enquadramento constitucional do direito de propriedade privada e da transmissão *mortis causa* – abordagem contemporânea da sucessão na empresa familiar na perspectiva do interesse colectivo», in *Constitucionalismos e (con)temporaneidade – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Afonso Vaz*, [RITA LOBO XAVIER & Outros (eds.)], Porto, 2020, Universidade Católica Editora, p. 693-715 (693-699 e 702-707); em sentido divergente, e à face do sistema jurídico germânico, veja-se a decisão de 19 de abril de 2005 da primeira secção do *Bundesverfassungsgericht* alemão que considerou compatíveis com a *Grundgesetz* alemã as disposições legais do *Bürgerliches Gesetzbuch* (§ 2303, 1) relativas

nosso aplauso, pela sua maior fidelidade à teleologia do instituto²⁴, quando comparada com a que tem obtido o apoio (cremos que maioritário) da nossa jurisprudência²⁵.

5. O que acaba de dizer-se explica que vejamos com alguma perplexidade recentes iniciativas tendentes a recuperar a concepção que reconhece, a este propósito, um mais lato papel à actuação da ordem pública (ainda que a solução se apresente sob outras vestes)²⁶. E tal ocorre já após a adopção, no seio da União Europeia, de um novo regulamento relativo às sucessões²⁷, onde expressamente se declara

à porção reservatária dos filhos do testador]. A ser consagrada aquela primeira orientação, o instituto deixaria, naturalmente, de integrar a própria ordem pública interna; mas a controvérsia referida não é irrelevante para a mobilização ou não, e este propósito, da ordem pública internacional.

Acresce que este movimento de reponderação do instituto da sucessão legítima ultrapassa as nossas fronteiras, manifestando-se também em Espanha, onde se tem sustentado que a função social a que obedeceu a sua instauração terá desaparecido na actualidade, havendo pelo contrário que favorecer a liberdade de testar. Sobre o ponto, cfr. TEODORA F. TORRES GARCIA, «La Legítima en el Código Civil», in *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)* [SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.)], Santiago de Compostela, 2009, Imprenta Universitaria, p. 297-321 (297-302), ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, «La transmisión unitaria del patrimonio familiar en el código civil español y el problema de las legítimas», in *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões* (cit. nesta nota), p. 399-413, CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «La sucesión del cónyuge viudo en el código civil español: una cuestión a resolver», *ibidem*, p. 415-432, e ESTHER ARROYO AMAYUELAS/ESTHER FARNÓS AMORÓS, «Nuevas causas de privación de la legítima: Más libertad para el testador?», *ibidem*, p. 465-480.

²⁴ Na verdade, só desta forma este entendimento será harmonizável com a característica da excepcionalidade que usualmente tende a ser reconhecida à actuação da ordem pública internacional, e que parece reclamar uma concepção aposteriorística desta cláusula ou princípio geral [cfr. também a síntese de BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. *supra*, nota 5), p. 253-272].

²⁵ Situação que nos distancia da que prevalece noutros países, onde a jurisprudência se inclina nitidamente no sentido de não considerar contrárias à ordem pública leis estrangeiras que não prevejam uma quota reservatária a favor dos familiares do *de cuius*. Assim, além do caso francês (cfr. *supra*, as decisões citadas nas notas 15 e 16), veja-se a jurisprudência espanhola do Tribunal Supremo (casos *Lowenthal* e *Denney*, respectivamente de 15 de novembro de 1996 e 21 de maio de 1999, sobre que recaiu o comentário de MIGUEL VIRGÓS SORIANO-ELENA RODRÍGUEZ PINEAU, «Succession Law and Renvoi: The Spanish Solution», in *Festschrift für Erik Jayme*, v. I, München, 2004, Sellier. European Law Publishers, p. 977-992), a sentença do Tribunal Federal suíço de 17 de agosto de 1976, a sentença da *Corte de Cassazione* italiana de 24 de junho de 1996 e a sentença do *Bundesgerichtshof* alemão de 21 de abril de 1993; saliente-se ainda que, de acordo com Dorner/Lagarde, num estudo para a Direcção Geral de Justiça e Assuntos Internos da Comissão das Comunidades Europeias (*Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Rapport Final: Synthèse et Conclusions 18 septembre/8 novembre 2002, délivré par DeutschesNotarinstitut*, p. 59), esta orientação teria também eco na Grécia. No mesmo sentido pode ainda referir-se uma interessante decisão belga de 25 de abril de 1955 (proferida pela *Cour d'Appel* de Liège) que, pronunciando-se sobre as regras de prescrição do direito alemão que limitavam o exercício do direito à reserva, fez questão de incluir na fundamentação que «les règles mêmes relatives à la réserve et à la quotité disponible en matière successorale ne sont pas d'ordre public international» uma vez que o direito à reserva «a perdu son caractère d'une institution touchant à l'organisation sociale et à l'ordre des familles, pour n'être plus qu'un bénéfice pécuniaire, auquel les réservataires peuvent désormais renoncer» (sobre esta decisão, cfr. o comentário de JEAN-LOUIS VAN BOXTAEL «La réserve est-elle d'ordre public international?», *Revue du Notariat Belge*, 2016, n.º 3109, p. 563-567).

Num registo oposto, vendo na prevenção dos riscos de enfraquecimento da tutela dos legítimos uma das exigências de maior relevo que o novo direito internacional privado europeu das sucessões deveria satisfazer, cfr. as diversas tomadas de posição do Parlamento europeu e de parlamentos nacionais referenciadas por ANGELO DAVI-ALESSANDRA ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, G. Giappichelli editore, p. 67, nota 62.

²⁶ O ponto fora aliás discutido recentemente a propósito do Regulamento Europeu sobre as Sucessões. Cfr., por exemplo, a «Note» de Étienne Pataut, sobre «L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen [COM(2009)154]», redigida em 2010 para a Direcção-Geral das Políticas Internas do Parlamento Europeu, ANDREA BONOMI, «Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?», in *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, 19e année, 2008-2010, Paris, 2011, Éditions Pedone, p. 263-292, e, criticamente sobre as soluções que acabaram por ser adoptadas pelo legislador da União, SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Las Legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI (2011), p. 369-406.

Note-se, aliás, que um trabalho recente (GIOVANNA DEBERNARDI, *L'Européanisation des Successions Transfrontalières*, 2020, Università degli studi di Torino, inscreveria aquele acto legislativo da União na senda do «dépassement de l'ordre public».

²⁷ Trata-se do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Sobre este diploma, cfr. MOURA RAMOS, «Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne. Premières Réflexions», in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati* (a cura di Bernardo Cortese), Torino, 2014, G. Giappichelli Editore, p. 205-235.

que a lei aplicável à sucessão²⁸ rege, nomeadamente «a quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte, bem como as pretensões que pessoas próximas do falecido possam deduzir contra a herança ou os herdeiros» [artigo 21.º, alínea h)], e que «a aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro» (artigo 35.º)²⁹.

Assim, o legislador francês aprovou recentemente³⁰ o aditamento de um novo n.º 3 ao artigo 913 do *Code Civil*, nos termos do qual «Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci»³¹. Em lugar de deixar o debate no plano da ordem pública internacional, criou-se assim uma regra de direito internacional privado material nos termos da qual, nas sucessões em que exista uma determinada ligação ao sistema jurídico da União Europeia³², e quando a lei estrangeira aplicável à sucessão não conheça qualquer mecanismo reservatório protector dos descendentes, qualquer um destes, bem como os seus herdeiros ou beneficiários, pode recorrer aos bens existentes situados em França no momento da morte, de molde a, no limite daqueles, serem restabelecidos na posição sucessória que lhes seria atribuída pela lei francesa³³. Importa que fique claro, no entanto, que o que se encontra em causa é, pura e simplesmente, a inexistência, na lei aplicável, de um mecanismo reservatório protector dos descendentes, e não, verdadeiramente, a efectiva necessidade de protecção de pessoas que se possam reclamar de uma particular ligação de proximidade com o falecido³⁴.

²⁸ Nos termos do artigo 21.º, n.º 1, a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito, sem prejuízo da cláusula de excepção prevista no n.º 2 deste artigo e do reconhecimento da autonomia da vontade (*professio iuris*) do testador que é consagrada, em termos limitados embora, no artigo 22.º.

²⁹ Note-se que a disposição correspondente da proposta de regulamento (de 2009) continha um n.º 2 nos termos do qual «l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for». O abandono desta disposição (que marcava aparentemente uma orientação de certo modo restritiva quanto à aplicação da cláusula de ordem pública internacional) não permite, no entanto, conjecturar se o legislador a considerou desnecessária (por ser de todo evidente) ou se, ao contrário se pretendeu distanciar do seu conteúdo. De todo o modo, pode decerto acompanhar-se, também a este respeito, a conclusão de Rita Lobo Xavier, nos termos da qual o regulamento (como de resto o relativo ao regime matrimonial, que se lhe seguiu) deve ser interpretado e aplicado «de acordo com as suas categorias conceptuais próprias e à luz das normas primárias dos Tratados fundadores, de onde decorre uma ideia de favorecimento da autonomia privada de cidadãos que desfrutam das liberdades que lhes são reconhecidas de circulação de pessoas e de bens e de liberdades económicas» (*In «Planeamento sucessório e famílias globais – Regulamentos europeus com impacto no estatuto patrimonial do casamento e no estatuto sucessório», in XXII Congreso Mundial de Derecho Registral 22st World Land Registration Congress Oporto 2022, 2023, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, p. 561-578 (575).*

³⁰ Pela lei n.º 2021-1109, de 24 de agosto de 2021, «confortant le respect des principes de la République», cujo artigo 24 acrescenta uma nova disposição ao artigo mencionado em texto. Sobre este diploma, cfr. VINCENT EGÉA, «Les effets de la loi du 24 août 2021 sur le droit civil», *Revue du Droit des Religions*, 13 (2022), p. 75-91.

³¹ Para os trabalhos preparatórios que estiveram na base desta lei, cfr. o Rapport du Groupe de Travail sobre *La réserve héréditaire*, constituído no âmbito do Ministério francês da Justiça sob a direcção de Cécile Pérès e Philippe Potentier, e entregue àquele membro do Governo a 13 de dezembro de 2019.

³² Traduzida pela nacionalidade (do *de cuius* ou de ao menos um dos seus descendentes), no momento da morte daquele, de um dos seus Estados-Membros, ou pela residência habitual de alguma dessas pessoas num qualquer desses Estados.

³³ Para a discussão desta solução legal, cfr., por exemplo, as contribuições contrastadas de PAUL LAGARDE, «Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire», Cécile Pérès, «Quelques observations relatives à la réserve héréditaire dans le projet de loi confortant le respect des principes de la République», Diane Le Grand de Belleruche, «Contre le retour du droit de prélèvement en droit français: une vue de la pratique du droit international», Suzel Ramaciotti, «Le prélèvement compensatoire du projet d'article 913 du Code civil à l'épreuve des exigences européennes et constitutionnelles», NATALIE JOUBERT, «Droit de prélèvement, réserve héréditaire, protection des héritiers contre les discriminations, quelle méthode?», respectivamente a p. 291-295, 296-302, 303-309, 310-321, e 322-332 da *Rev. crit. DIP*, avril-juin 2021, SARA GODECHOT-PATRIS, «Le prélèvement est mort... Vive le prélèvement!», *Journal du Droit International*, T. 149 (2022), n.º 2, Avril-Mai-Juin, p. 433-458, e, entre nós, RITA LOBO XAVIER, «Reintegração da legítima de descendente dela privado por força da lei aplicável a sucessão internacional por meio de bens incluídos na herança situados em França – como os irredutíveis galeses resistem ao Regulamento Europeu das Sucessões», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LXII (XXXVI da 2.ª Série), N.º 1-4 (janeiro-dezembro 2022), p. 79-94.

³⁴ Note-se que à protecção de certas pessoas próximas do *de cuius* tende a ser reconhecida a natureza de princípio ou valor

Sem utilizar o mecanismo da ordem pública internacional, a disciplina jurídica em questão conduz, na sua aplicação, a resultados semelhantes aos que decorreriam da actuação daquela cláusula geral. Na verdade, com ela se reage à não previsão da reserva hereditária, por parte da lei aplicável à sucessão, permitindo-se que aqueles que a ela teriam direito pela *lex fori* (a lei francesa) pudessem ser reintegrados na posição jurídica que seria a sua se esta última fosse a ordem jurídica com competência para reger a sucessão (desde que tal fosse possível a partir dos bens da herança sitos em França). O que viria também muito provavelmente a acontecer se se entendesse que a não previsão do instituto da reserva seria desconforme com os princípios da ordem pública internacional. A similitude vai ainda ao ponto de a solução depender de algo como que uma *Binnenbeziehung*, a exigência de uma ligação estreita ao ordenamento que prevê a reserva, e que na circunstância decorre da exigência de uma conexão pessoal (nacionalidade ou residência habitual) do *de cuius* ou de algum dos seus descendentes com um dos Estados-membros da União Europeia.

Por outro lado, repetimos, a solução apenas se tornará possível com recurso aos bens do *de cuius* situados em França, o que aproxima a disciplina ora criada do clássico *droit de prélèvement*, conhecido do direito sucessório francês desde a lei de 14 de julho de 1819, e que, entretanto, o *Conseil Constitutionnel*, no âmbito de uma questão prioritária de constitucionalidade (QPC) considerara desconforme à Constituição, por decisão (n.º 2011-159) de 5 de agosto de 2011, por violação do princípio da igualdade³⁵, uma vez que o direito reconhecido pelo artigo 2.º daquele diploma apenas era atribuído aos herdeiros que possuíssem a nacionalidade francesa, e tal diferença de tratamento, fundada no critério da nacionalidade, não se encontrava em relação directa com o objecto da lei que a estabelecia³⁶.

Diferentemente, encontramos igualmente em certos sistemas a protecção (limitada) da reserva através de mecanismos próprios ao direito de conflitos, em situações que de todo se afastam do mecanismo da ordem pública internacional, pois se trata de situações em que verdadeiramente não estão em causa os seus pressupostos. Assim, o artigo 79 do Código belga de direito internacional privado permite a uma pessoa submeter o conjunto da sua sucessão a um sistema jurídico determinado, desde que a designação recaia sobre a lei do Estado da nacionalidade ou da residência habitual, tanto no momento da designação como no da morte, mas exclui a eficácia da *professio iuris* se ela tiver por resultado privar um herdeiro de um direito à reserva que lhe fosse reconhecido pela lei que seria aplicável à sucessão na ausência daquela designação³⁷.

6. Regressando agora ao direito português, e não esquecendo que este deve actualmente ser interpretado tendo igualmente em consideração o direito da União que nele é aplicável, deve salientar-se que, nesta circunstância, e diferentemente do que ocorre noutras situações, a forma como o nosso ordenamento se refere a certas regras ou princípios que revestem claramente a natureza de ordem pública interna não permite antecipar o que quer que seja sobre a susceptibilidade da sua invocação no quadro

susceptível de poder desencadear a intervenção da ordem pública internacional, ao menos quando exista uma clara necessidade de protecção (pela ausência de outros mecanismos que a garantam) e quando se trate do círculo mais restrito de pessoas ligadas ao falecido (cônjuge e filhos), o que, naturalmente, apenas em concreto, e em face de todas as circunstâncias do caso (como de resto é exigido pela correcta actuação deste mecanismo) se pode determinar. Procurando detalhar um pouco mais os termos em que tal intervenção é de admitir, cfr. as considerações de Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (Avec la collaboration d'Ilaria Pretelli et Azadi Ozturk), *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2013, Bruylant, p. 538-547.

³⁵ Este princípio é igualmente esgrimido pela doutrina italiana em sede de apreciação crítica da solução prevista no artigo 46, n.º 2 da lei n.º 218, sobre o direito internacional privado, de 31 de maio de 1995, onde se prevê que «na hipótese de sucessão de um cidadão italiano, a escolha pelo *de cuius* da lei do seu Estado da residência não pode pôr em causa os direitos que a lei italiana atribui aos legitimários residentes em Itália no momento da morte do autor da sucessão» (assim PAULO PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, Cedam, p. 74). No sentido de que ele constitui um dos princípios e valores protegidos através da cláusula de ordem pública, cfr. Andrea Bonomi et Patrick Wautelet (Avec la collaboration d'Ilaria Pretelli et Azadi Ozturk), *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 (cit. supra*, nota 34), p. 533-538.

³⁶ Que visava proteger a reserva hereditária e a igualdade entre os herdeiros, garantidas pela lei francesa (independentemente da circunstância de aqueles serem ou não de nacionalidade francesa).

³⁷ Na circunstância, a lei do Estado onde o *de cuius* tinha a sua residência habitual no momento da morte (artigo 78).

da ordem pública internacional³⁸. Pelo que haverá necessariamente que recorrer às linhas de força que geralmente enquadram a nossa apreciação nesta matéria.

Assim, cremos que não poderá deixar de se afastar a pretensão de considerar que o desconhecimento da reserva hereditária por parte da lei competente para regular uma sucessão plurilocalizada (ou a modelação desta, quer no que toca aos beneficiários, quer no que respeita aos valores em causa, em termos distintos dos previstos no Estado do foro) implicaria necessariamente a actuação da ordem pública internacional. Na verdade, semelhante entendimento, para além de desconforme com as características e modo de actuar daquela cláusula geral, que reclamam uma apreciação casuística, afigura-se desprovido de fundamento racional, para além de se situar em aberta colisão com as linhas de força (em particular o reforço da autonomia privada, no caso, a vontade do *de cuius*) que actualmente inspiram, nesta sede, a maioria das legislações, entre as quais também a portuguesa. O que é também reforçado pela circunstância de, colocando-se a questão nos dias de hoje perante um regulamento da União, ser forçoso reconhecer um especial peso ao contexto europeu em que se coloca esta questão³⁹.

Tal não significa que se deva necessariamente entender que, respeitada aquela análise casuística que implica a consideração do caso concreto nas suas especificidades, a excepção de ordem pública deixe de poder algum dia vir a ser utilizada neste contexto – o que seria igualmente contrário à sua natureza e função. Na verdade, essa actuação dificilmente deixará de poder ser considerada nos casos em que descendentes menores do *de cuius* sejam deixados desprovidos de qualquer protecção por não existir qualquer mecanismo na *lex successionis* que lhes permita assegurar um mínimo de subsistência e esta lei admita a plena liberdade de testar que terá sido exercida pelo falecido em favor de terceiros. Não está naturalmente em causa qualquer automatismo, mas, dentro do respeito pela «interpretação estrita» e dentro do quadro de excepcionalidade que o Tribunal de Justiça recordou na decisão *Krombach*⁴⁰, não se vê como recusar a possibilidade de admitir neste contexto o funcionamento desta cláusula geral.

É claro que, sendo este o quadro em que entendemos que a nossa análise deve ter lugar, pouco mais poderemos acrescentar nesta circunstância à referida crença de que o jogo da excepção de ordem pública internacional não poderá deixar de, neste contexto, ser considerado, sem se poder na verdade ir mais longe quanto aos resultados a que a respectiva análise deverá conduzir⁴¹. Mas tal não nos parece excluir a pertinência das considerações antes expendidas, que poderão possivelmente ser úteis para quem possa vir a ter se defrontar com o julgamento de uma situação concreta em que a questão que nos ocupou seja colocada.

³⁸ Na verdade, não existe no nosso sistema jurídico, a propósito da reserva hereditária, uma disposição com o alcance da do n.º 1 do artigo 54.º do Código civil, onde, a propósito da modificação dos regimes de bens, se dispõe que «aos cônjuges é permitido modificar o regime de bens, legal ou convencional, se a tal forem autorizados pela lei competente nos termos do artigo 52.º». Trata-se manifestamente de uma norma sobre a qualificação, precisando que aquela questão se deve enquadrar na regra de conflitos pertinente às relações entre os cônjuges, em geral, e não à que se reporta especificamente às convenções antenupciais e ao regime de bens [sobre o ponto, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, nota 5), p. 409-411], mas, ao admitir-se, de forma expressa, que, nas relações plurilocalizadas, o regime de bens de um casal possa ser objecto de modificação, naturalmente que quando tal seja admitido pela lei competente para o efeito (que o legislador curou de especificar qual era), está-se sem sombra de dúvida perante o reconhecimento legal de que a regra contida no artigo 1711.º, n.º 1, daquele diploma sobre a imutabilidade das convenções antenupciais bem como dos regimes de bens legalmente fixados é, tão só, de ordem pública interna.

³⁹ Assim também VINCIANE ROSENAU, «Le règlement successoral européen à l'aune de la réserve successorale», *Revue trimestrielle de droit familial* — 1/2016, p. 11-47 (20).

⁴⁰ Acórdão de 28 de março de 2000, *Dieter Krombach contra André Bamberski*, C-7/98, *Colectânea*, 2000, p. I-1956-1973, ponto 21 (sobre esta decisão, cfr. Moura Ramos, «Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice», *2 Yearbook on Private International Law* (2000), p. 25-39). A circunstância de no acórdão citado estar em causa uma interpretação de um texto de direito convencional (e não de direito próprio da União) bem como de a cláusula em questão ser aplicada num contexto de conflito de jurisdições (e não de conflito de leis) não prejudica a transposição das considerações a este respeito produzidas pelo Tribunal.

⁴¹ Para além da reforçada convicção de que, quer pelo quadro de considerações que o Tribunal de Justiça já produziu a este respeito (e cfr. supra, o local citado na nota anterior), quer pelo peso acrescido reconhecido ao princípio da autonomia das partes, quer pela reponderação de que o instituto da reserva hereditária não tem deixado de ser objecto, será sempre muito reduzido (ainda que ineliminável) o espaço da sua actuação.

El modelo del partenariado público-privado en el marco de la reforma de las Naciones Unidas y de la consecución de los objetivos marcados por la agenda 2030

The model of the public-private partnerships in the context of the United Nations reform and the achievement of the objectives set by the 2030 agenda

MICHELE NINO

*Catedrático de Derecho internacional
Universidad de Salerno. Italia*

Recibido: 05.07.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8968

Resumen: Este artículo examina el modelo del partenariado público-privado (en adelante, “PPP”) en el marco de la reforma del sistema de las Naciones Unidas y de la consecución de los objetivos marcados por la Agenda 2030. La primera parte del artículo está dedicada a la identificación de las características del PPP en el ordenamiento jurídico y las relaciones internacionales, mientras la segunda parte analiza el modelo en cuestión en el panorama de las Naciones Unidas y sus Agencias especializadas. En la tercera parte, se examinan algunas cuestiones relativas tanto al estatus jurídico internacional de los PPP como a la configuración de sus responsabilidades según el derecho internacional. Finalmente, en la cuarta parte se destaca cómo el modelo PPP podría representar en el futuro una herramienta clave en el marco de la reforma de las Naciones Unidas y la consecución de los objetivos marcados por la Agenda 2030.

Palabras clave: Partenariado público-privado; reforma de las Naciones Unidas; Agencias especializadas de las Naciones Unidas; Agenda 2030; personalidad y responsabilidad de los PPP.

Abstract: This article examines the public-private partnership model within the framework of the reform of the United Nations system and the achievement of the objectives set by the 2030 Agenda. The first part of the article is dedicated to the identification of the characteristics of the PPP in the legal system and international relations, while the second part analyzes the model issue in the context of the United Nations and its specialized agencies. In the third part, some legal issues relating to both the international legal status of PPPs and the configuration of their responsibilities under international law are examined. Finally, the fourth part highlights how the PPP model could represent a key tool in the future within the framework of the reform of the United Nations and the achievement of the objectives set by the 2030 Agenda.

Keywords: Public-private partnership; United Nations reform; United Nations specialized agencies; Agenda 2030; personality and responsibility of the PPPs.

Sumario: I. Introducción. II. Las características del partenariado público-privado en el ordenamiento jurídico y las relaciones internacionales. III. La atención prestada a los partenariados público-privados en el contexto de las Naciones Unidas. IV. Las diversas formas de partenariado público-privado establecidas en el marco de la ONU. V. La reforma del sistema de las Naciones Unidas basada en el modelo del partenariado público-privado: estado del arte, perspectivas futuras y problemas jurídicos por resolver. VI. Conclusiones: el partenariado público-privado como importante herramienta en el marco de la reforma de las Naciones Unidas y la consecución de los objetivos de la Agenda 2030.

I. Introducción

1. Este artículo profundiza el tema de los partenariados público-privados (PPP) en el marco de la reforma del sistema de las Naciones Unidas y de la consecución de los objetivos marcados por la Agenda 2030. La primera parte del artículo está dedicada a la identificación de los elementos característicos de los PPP en el ordenamiento jurídico y las relaciones internacionales. La segunda parte examina el modelo en cuestión en el contexto de Naciones Unidas, no sólo teniendo en cuenta la progresiva importancia que se le atribuye en este contexto, sino también analizando algunas de los partenariados más conocidos establecidos en el seno de la ONU y sus Agencias especializadas. La tercera parte profundiza algunas cuestiones jurídicas particularmente complejas, tanto en lo que respecta al estatus jurídico internacional de los PPP como a la configuración de sus posibles responsabilidades según el derecho internacional. Finalmente, en la cuarta parte, reservada a las conclusiones, se destaca cómo el modelo PPP, ya muy utilizado en los últimos años en el seno de la ONU, representará, más aún en el futuro inmediato, un instrumento clave en el marco de la reforma de las Naciones Unidas y de la consecución de los objetivos marcados por la Agenda 2030.

II. Las características del partenariado público-privado en el ordenamiento y las relaciones internacionales

2. El partenariado público-privado constituye un importante instrumento de colaboración transnacional que implica la participación de una multiplicidad de partes interesadas que pertenecen tanto al sector público (es decir, Estados y organizaciones internacionales) como al sector privado (organizaciones no gubernamentales o sin fines de lucro, empresas multinacionales y transnacionales, institutos de investigación y fundaciones filantrópicas)¹. Se trata de un fenómeno, caracterizado por diferentes formas de manifestación e institucionalización, que se ha afirmado, desarrollado y consolidado durante los últimos veinte años en el contexto de la comunidad y las relaciones internacionales, y que surge de la necesidad de perseguir objetivos de interés general, a través de no sólo la contribución y la actividad de las autoridades públicas, sino también a través del apoyo de diferente tipo – financiero, científico, cultural, tecnológico y de *know-how* – de actores no estatales². De hecho, la construcción de un modelo de interacción entre Estados, organizaciones internacionales y actores no estatales parte de la exigencia de responder eficazmente a los nuevos desafíos que impone la globalización y de la conciencia de la dificultad de los sectores público y privado de afrontar independientemente estos desafíos de manera adecuada y sistemática³. Los PPP determinan una transferencia de poderes de las autoridades públicas a las entidades privadas, ya que permiten a actores no estatales llevar a cabo actividades y funciones que

¹ L. CLARKE, “Responsibility of International Organizations Under International Law for the Acts of Global Health Public-Private Partnerships”, in *Chicago Journal of International Law*, 2011, pp. 55-84, 56; D. J. MAURASSE, “From the MDGs to the SDGs: Cross-Sector Partnerships as Avenues to Development in the UN System”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships, Intellectual Property Governance, and Sustainable Development*, Cambridge-New York, 2018, pp. 356-376.

² M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI, “Charting the Triple Interface of Public-Private Partnerships, Global Knowledge Governance, and Sustainable Development Goals”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships*, cit., pp. 3-26, pp. 5-6; T. E. NIELANDER, *Public-Private Partnerships in Global Development: Supporting Sustainable Development Goals*, Cheltenham-Northampton, 2020, p. 1.

³ W. J. KORAB-KARPOWICZ, “The United Citizens Organization: Public-private Partnerships in Global Governance”, in *Research in Globalization*, 2020, www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590051X20300010?via%3Dihub, pp. 1 ss., p. 1. De hecho, la sinergia entre estos sectores, lograda a través del partenariado, es capaz de satisfacer los intereses de ambos tipos de actores involucrados: por un lado, los Estados y las organizaciones internacionales se benefician de tales colaboraciones para perseguir sus objetivos, pudiendo contar con los recursos financieros y conocimientos técnico-científicos de entidades privadas; por otro lado, estas últimas, al iniciar formas de cooperación con las autoridades públicas, pueden alcanzar sus objetivos sociales o económicos más fácilmente, gracias a un mayor reconocimiento institucional (S. DEVA, “Global Compact: A Critique of the U.N.’s “Public-Private” Partnership for Promoting Corporate Citizenship”, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, pp. 107-151, pp. 109-110).

tradicionalmente son de competencias de los Estados y de las organizaciones internacionales⁴. Precisamente, estas formas horizontales de interacción de actores que operan a nivel global – cuyas relaciones no se definen por vínculos de estricta subordinación o jerarquía – se caracterizan por el surgimiento de nuevos actores en la comunidad internacional y, en consecuencia, implican una limitación de la soberanía estatal en la gestión de la *governance* global⁵. Por lo tanto, los partenariados público-privados, en la medida en que atribuyen un papel considerable a las empresas multinacionales y transnacionales para gestionar dicha *governance* e influir en las actividades de *international law making*, expresan un cambio significativo en la estructura tradicional Estado-céntrica del sistema jurídico internacional⁶. Como veremos, en los últimos años este modelo ha sido utilizado y experimentado con frecuencia por las Naciones Unidas y algunas de sus Agencias especializadas – en particular la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) – en ámbitos clave, delicados y complejos, como, por ejemplo, los relacionados con la protección de la salud pública, la promoción de la propiedad intelectual y la educación⁷, el desarrollo sostenible y el cambio climático⁸.

Algunos autores han intentado sistematizar el fenómeno en cuestión observando que el partenariado entre organizaciones internacionales y entidades privadas se logra a través de diferentes tipologías, estando alternativamente constituida por: 1) una mera red entre participantes en reuniones organizadas y acogidas por una organización internacional; 2) un programa con participaciones externas, donde la organización internacional es responsable de organizar y gestionar dicho programa también a través de la participación del sector privado; 3) una colaboración o alianza institucional, es decir una forma más avanzada y estructurada del programa con participaciones externas, oficializada mediante la firma de un Memorando de Entendimiento; 4) una organización autónoma que tiene su propia estructura jurídica y administrativa y está compuesta por partes iguales de actores públicos y privados⁹.

3. En el marco prospectivo de una reforma de las Naciones Unidas basada mayormente en tales formas de cooperación, en este artículo se examinarán, entre otras cosas, algunos relevantes problemas jurídicos interconectados, relativos tanto al estatus legal internacional de los partenariados entre las Naciones Unidas o sus Agencias especializadas y entidades privadas, así como a la configuración de la responsabilidad internacional por los actos realizados por dichos partenariados que sean susceptibles de perjudicar las situaciones jurídicas de sujetos y entidades públicas y privadas.

III. La atención prestada a los partenariados público-privados en el contexto de las Naciones Unidas

4. En los últimos decenios, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas – también y, sobre todo, con miras a reformar su estructura, con el objetivo de poner a la organización en condiciones de responder eficazmente a los desafíos del nuevo milenio – se ha prestado especial atención al modelo del partenariado público-privado. Tras la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente

⁴ L. CLARKE, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁵ M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI, “Charting the Triple Interface”, *cit.*, p. 5; C. OGUAMANAM, *Intellectual Property in Global Governance: A Development Question*, London, 2012, pp. 27-28.

⁶ Véase: S. DEVA, *op. cit.*, p. 109.

⁷ Sobre el punto, véase: B. BULL, “Public-Private Partnerships: The United Nations Experience”, in G. A. HODGE, C. GREVE, A. E. BOARDMAN (eds.), *International Handbook on Public-Private Partnerships*, Cheltenham, 2010, pp. 479-495; ID., *The Global Elite, Public-Private Partnerships, and Multilateral Governance*, in R. WILKINSON, J. CLAPP (eds.), *Global Governance, Poverty and Inequality*, London, 1st ed., 2010, pp. 209-235; K. A. MINGST, M. P. KARNS, A. J. LYON, *The United Nations in the 21st Century*, 6th ed., New York, 2022.

⁸ Véase: M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI, “Charting the Triple Interface”, *cit.*, p. 7; A. MERT, P. PATTERBERG, “How Do Climate Change and Energy-Related Partnerships Impact Innovation and Technology Transfer?: Some Lessons for the Implementation of the UN Sustainable Development Goals”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships*, *cit.*, pp. 289-307, p. 289.

⁹ G. L. BURCI, “Public/Private Partnerships in the Public Health Sector”, in *International Organizations Law Review*, 2009, pp. 359-382, pp. 366-369; D. AZIZ, “Global Public-Private Partnerships in International Law”, in *The Asian Journal of International Law*, 2012, pp. 339-374, p. 346.

y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992 – en la que se reconoció un papel destacado a las organizaciones no gubernamentales y sin fines de lucro en la gestión de la *governance* global en el sector ambiental – y la Cumbre Mundial de la ONU sobre el Desarrollo sostenible celebrada en Johannesburgo en 2002 – en la que, por el contrario, se atribuyó a las empresas privadas una importante responsabilidad en la cuestión del desarrollo sostenible –, en la comunidad internacional ha habido un aumento exponencial del uso de esta herramienta¹⁰.

En este contexto, es importante hacer referencia a la Declaración del Milenio adoptada por la Asamblea General en el año 2000, en la que todos los Estados miembros de la ONU se comprometieron a alcanzar los 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio (*Millennium Development Goals*) para 2015, incluido el lanzamiento de una *partnership* global entre los sectores público y privado para construir un mundo más inclusivo, equitativo y sostenible¹¹. Posteriormente, la Asamblea General ha afirmado repetidamente la relevancia estratégica de la cooperación entre las Naciones Unidas y el sector privado con el objetivo de realizar los principios, objetivos y proyectos de las Naciones Unidas, incluidos los Objetivos de Desarrollo del Milenio, pidiendo también a los actores privados de llevar a cabo sus actividades teniendo en cuenta no sólo los perfiles económicos y financieros, sino también los aspectos relacionados con el desarrollo social, la igualdad de género y la protección de los derechos humanos y el medio ambiente¹².

5. Finalmente, en el año 2015, la Asamblea General adoptó la Agenda 2030, que, aprobada por unanimidad, estableció los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (*Sustainable Development Goals*) de la ONU que se deben alcanzar para el 2030, en resumen: poner fin a cualquier forma de pobreza o hambre, desigualdad o injusticia; promover acciones encaminadas a garantizar la igualdad de género, la educación inclusiva y equitativa, el trabajo digno, el crecimiento económico, la sostenibilidad ambiental y la salud pública¹³. El objetivo 17 parece muy significativo, ya que con él las Naciones Unidas han identificado el partenariado público-privado como una herramienta clave para alcanzar en todos los Países del mundo (especialmente aquellos en desarrollo) los 16 objetivos de desarrollo sostenible indicados¹⁴. La sinergia entre gobiernos, *stakeholders* privados y sociedad civil, basada en la movilidad y el intercambio de conocimientos, experiencias y recursos financieros y tecnológicos, representa, por lo tanto, en la visión de la ONU, el modelo guía a seguir para garantizar el éxito de la Agenda 2030. Para ello, el objetivo 17 requiere también el fortalecimiento, la promoción y la revitalización de las *partnerships* público-privadas, teniendo en cuenta las experiencias de los partenariados anteriores y sus capacidades de atraer recursos¹⁵. El hecho de que todos los Estados hayan acordado atribuir, en un programa de gran importancia global, una función central al partenariado público-privado, demuestra una evolución nota-

¹⁰ Sobre este perfil, véase: K. BÄCKSTRAND, M. KYLSÄTER, “Old Wine in New Bottles? The Legitimation and Delegitimation of UN Public-Private Partnerships for Sustainable Development from the Johannesburg Summit to the Rio+20 Summit”, in *Globalizations*, 2014, pp. 331-347; M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI, “Charting the Triple Interface”, cit., p. 7; A. MERT, P. PATTERBERG, *op. cit.*, p. 294; véase también: *Guiding Principles for Partnerships for Sustainable Development (type 2 outcome) to be Elaborated by Interested Parties in the Context of the World Summit on Sustainable Development* (los llamados *Bali Guiding Principles*).

¹¹ Asamblea General, Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, resolución A/RES/55/2 de 8 de septiembre 2000.

¹² Asamblea General, resoluciones: A/RES/55/215 de 21 de diciembre 2000; A/RES/56/76 de 11 de diciembre 2001; A/RES/S-27/2 de 10 de mayo 2002, párr. 56; A/RES/58/129 de 19 de diciembre 2003; A/RES/60/215, de 22 de diciembre 2005 (sobre este punto, véase: S. DEVA, *op. cit.*, pp. 118-119).

¹³ La iniciativa basada en los 17 objetivos se suma al éxito alcanzado por la basada en los 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio, representando su integración y mejora (A. KRATTIGER, T. BOMBELLES, A. JEDRUSIK, “Driving Innovation for Global Health Through Multi-stakeholder Partnerships”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships*, cit., pp. 47-71, p. 48).

¹⁴ S. ISIKO ŠTRBA, “The Marrakesh Treaty, Public-Private Partnerships, and Access to Copyrighted Works by Visually Impaired Persons”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships*, cit., pp. 176-198, p. 176; D. J. MAURRASSE, *op. cit.*, p. 360.

¹⁵ K. M. GRAEF, J. DENT, A. STARR, “Creating, Managing, and Advancing Collaborations: The Road to Successful Partnerships”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships*, cit., pp. 72-92, p. 86; A. ABDEL-LATIF, “The Rise of Public-Private Partnerships in Green Technologies and the Role of Intellectual Property Rights”, *id.*, pp. 223-244, pp. 227.

ble en la percepción, el valor y el papel de este modelo en la comunidad internacional y en las relaciones internacionales¹⁶. En consecuencia, la perspectiva de reforma de la estructura de las Naciones Unidas no puede ignorar este elemento fundamental, que en sí mismo expresa un cambio de ritmo trascendental del orden internacional y de la *governance* mundial.

IV. Las diversas formas de partenariado público-privado establecidas en el marco de la ONU

6. A lo largo de los años, las Naciones Unidas y sus Agencias especializadas han recurrido a diversos modelos de partenariado público-privado para lograr los objetivos identificados tanto en la Declaración del Milenio como en la Agenda 2030.

Precisamente, con respecto a las Naciones Unidas, es importante mencionar el Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2000 (el llamado *Global Compact*), que tiene su origen en el conocido discurso pronunciado en enero de 1999 por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en el Foro Económico Mundial de Davos. En esta ocasión, se destacó la necesidad de una cooperación cada vez más estrecha entre la organización universal y el mundo empresarial para responder eficazmente a los desafíos de la globalización y del nuevo milenio¹⁷. El *Global Compact*, que constituye la forma más importante de partenariado mundial, es una iniciativa voluntaria cuyo objetivo es involucrar a una variedad de partes interesadas – Estados, empresas privadas, organizaciones no gubernamentales, representantes de la sociedad civil y las Naciones Unidas – y crear una amplia red de relaciones y foros de discusión entre ellos¹⁸. Esta herramienta tiene dos propósitos principales: promover la responsabilidad de las empresas, sensibilizándolas para respetar 10 principios dentro de cuatro sectores específicos (derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anticorrupción); lograr los 17 objetivos de desarrollo sostenible a través de formas diversificadas de colaboración entre los sectores público y privado¹⁹. La iniciativa, que cuenta con más de 20.000 participantes que operan en más de 160 Países²⁰ y se basa en una intensa cooperación entre las Naciones Unidas y el mundo empresarial²¹, ha permitido a la ONU, a través de la contribución de entidades no estatales, reinventarse y modificar su estructura tradicional con miras a lograr sus objetivos estratégicos²².

7. En lo que respecta a las Agencias especializadas de las Naciones Unidas, cabe destacar que uno de los sectores en los que más se han concretado formas de partenariado público-privado es el de la protección de la salud pública, con un papel considerable desempeñado por la Organización Mundial de la Salud. Entre estas *partnerships* cabe recordar algunas de las más conocidas y significativas. La *Gavi Alliance* es un PPP fundado en 2000, con domicilio social en Suiza, que incluye algunas organizaciones internacionales (OMS, UNICEF y Banco Mundial) y diversos actores privados (instituciones filantrópicas, numerosos centros de investigación y organizaciones no gubernamentales), y que tiene como objetivo proteger la salud de los niños, especialmente en los Países en desarrollo, garantizando sus inmunización contra enfermedades infecciosas, facilitando el acceso a las campañas de vacunación y me-

¹⁶ D. J. MAURRASSE, *op. cit.*, p. 360.

¹⁷ Press Release, United Nations Secretary-General, Kofi Annan's Address to World Economic Forum in Davos, 1 febrero 1999, www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/1999-02-01/kofi-annans-address-world-economic-forum-davos; obre el punto, véase: M. FASCIGLIONE, *Imprese e diritti umani: il Global Compact delle Nazioni Unite*, in P. GRECO (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Torino, 2007, pp. 183-194.

¹⁸ Véase: S. DEVA, *op. cit.*, p. 115; C. VOEGTLIN, N. M. PLESS, "Global Governance: CSR and the Role of the UN Global Compact", in *Journal of Business Ethics*, 2014, pp. 179-191.

¹⁹ United Nations Global Compact, www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission.

²⁰ Ver: United Nations Global Compact, www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants; O. F. WILLIAMS, "The United Nations Global Compact: What Did It Promise?", in G. FLYNN (ed.), *Leadership and Business Ethics*, Dordrecht, 2022, pp. 327, p. 341.

²¹ Sobre ese perfil, ver: P. UTING, A. ZAMMIT, *United Nations-Business Partnerships: Good Intentions and Contradictory Agendas*, in *Journal of Business Ethics*, 2009, pp. 39-56.

²² J. NOLAN, *The United Nations' Compact With Business: Hindering or Helping the Protection of Human Rights?*, in *University of Queensland Law Journal*, 2005, pp. 445-467, p. 445.

orando los sistemas de salud. El *Global Fund* es una institución autónoma creada en 2002, también con domicilio social en Suiza, que incluye representantes tanto del sector público (OMS, Comisión Europea, Países donantes y beneficiarios) como del sector privado (miembros de la sociedad civil, fundaciones y entidades privadas), y cuya misión principal es captar recursos económicos para financiar proyectos destinados a combatir y prevenir las infecciones por VIH, tuberculosis y malaria, así como proporcionar asistencia sanitaria y tratamiento en este ámbito. A este marco hay que sumar otros PPP, como la *Stop TB Partnership* e la *Roll Back Malaria Partnership*, con el objetivo de combatir la tuberculosis y la malaria respectivamente. En este sentido, cabe subrayar que, mientras que en las asociaciones de la *Gavi Alliance* y el *Global Fund*, la OMS es solo un miembro de las mismas, en los otros dos PPP indicados es a la vez un componente y la organización que acoge las iniciativas. Además, merece la pena mencionar el programa Hinari (*Health InterNetwork Access to Research Information*), que es una asociación inaugurada por la OMS en 2001, en colaboración con las principales editoriales del mundo, para permitir a los Países en desarrollo tener acceso a los mayores catálogos de literatura biomédica y de salud en el mundo²³.

8. En este contexto, cabe destacar la importante actividad llevada a cabo por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en la constitución de partenariados público-privados para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible establecidos en la Agenda 2030, en el entendido de que la promoción de la propiedad intelectual constituye un elemento esencial para garantizar la protección de la salud a nivel global. En 2011, la OMPI, *BIO Ventures for Global Health* (BVGH) – una organización sin fines de lucro que opera en el sector de la salud, y ocho empresas multinacionales activas en el sector farmacéutico, crearon *WIPO Re:Search*, un partenariado público-privado con dos objetivos principales: demostrar la importancia de la propiedad intelectual para impulsar la innovación sanitaria mundial; estimular las actividades de investigación y desarrollo en la etapa inicial para combatir y prevenir la propagación de algunas enfermedades infecciosas, como las llamadas enfermedades tropicales desatendidas, malaria y tuberculosis²⁴. *WIPO Re:Search*, que ha creado una sólida red científica que opera en más de 40 Países y ha implementado importantes programas, se caracteriza por una estructura muy compleja, en la que la OMPI es responsable de gestionar la base de datos del partenariado y de proporcionar a las organizaciones de todo el mundo acceso a recursos académicos y científicos, mientras la BVGH es competente para reclutar nuevos miembros y favorecer formas de cooperación entre los participantes en el PPP²⁵.

En lo que respecta a la OMPI, se deben también resaltar otros partenariados establecidos en los ámbitos de la educación y de los cambios climáticos. En cuanto al primer sector, cabe recordar el programa ARDI (*Access to Research for Development and Innovation*), que es un partenariado creado en 2019 por la OMPI junto con doce editoriales de renombre mundial, que permite el acceso online a las principales revistas científicas y técnicas por institutos y organizaciones sin fines de lucro que operan en Países en desarrollo, con el objetivo de permitir a estos Países llenar su vacío de conocimiento en los sectores educativo y económico, así como de apoyar a sus investigadores en la creación y desarrollo de nuevas soluciones para responder a los desafíos locales y globales²⁶. El *Accessible Books Consortium* (ABC) es un partenariado público-privado establecido por la OMPI en 2014, que incluye instituciones y fundaciones privadas (organizaciones que representan a personas invidentes; librerías para invidentes; asociaciones comerciales de autores y editores) y que tiene los siguientes objetivos: implementar el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a los textos publicados a las personas invidentes, con discapacidad visual u otras dificultades para acceder a los textos impresos²⁷; aumentar el número de libros

²³ Hinari Access to Research for Health Programme, partnership.who.int/hinari.

²⁴ The First 10 Years of WIPO Re:Search, www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2021-10-en-the-first-10-years-of-wipo-re-search.pdf, 3.

²⁵ Id.; K. M. GRAEF, J. DENT, A. STARR, *op. cit.*, p. 75.

²⁶ WIPO, ARDI-Research for Innovation, www.wipo.int/ardi/en; sobre ese punto, ver: S. BANNERMAN, “A Sustainable Development Agenda for the World Intellectual Property Organization: Networked Governance and Public-Private Partnerships”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships*, cit., pp. 157-175.

²⁷ Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, 27 junio 2013, www.wipo.int/wipolex/en/text/301019.

en todo el mundo en formatos accesibles y ponerlos a disposición de estas categorías de personas²⁸. En relación, viceversa, con el sector del cambio climático y la seguridad alimentaria, destaca el partenariado público-privado denominado *WIPO Green*, establecido por la OMPI en 2013. Este PPP constituye una plataforma que, con el objetivo de promover la innovación y el desarrollo de tecnologías verdes, conecta a los proveedores de tecnología y servicios con aquellos que buscan soluciones ambientales innovadoras²⁹. El partenariado opera a través de un *database* – que contiene una lista extensa de productos, servicios y bienes de propiedad intelectual de tecnología verde y permite a individuos y empresas enumerar las necesidades de esta tecnología³⁰ – y una red de aproximadamente 6.000 participantes activos en 170 Países – incluidos la OMPI, autoridades gubernamentales, empresas multinacionales, pequeñas y medianas empresas, inversores, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas³¹.

9. Finalmente, en este contexto conviene recordar dos relevantes PPP. En primer lugar, cabe mencionar la Comisión Mundial de Represas (*World Commission on Dams - WCD*), un partenariado público-privado creado en 1998 por el Banco Mundial y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y compuesto por gobiernos, organizaciones no gubernamentales, empresas e institutos de investigación. Ese partenariado, que tiene el objetivo de estudiar el impacto de la construcción de represas en la vida y la salud de las comunidades locales, ha publicado un importante informe en el año 2000 en el que recomendaba que la construcción de estas obras cumpliera con la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo³². En segundo lugar, cabe mencionar la *Global Reporting Initiative*, establecida por el UNEP (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) y Ceres (organización sin fines de lucro para la protección de la sostenibilidad), que define los estándares y las directrices para la presentación de informes de sostenibilidad para las empresas que operan a nivel mundial³³.

V. La reforma del sistema de las Naciones Unidas basada en el modelo del partenariado público-privado: estado del arte, perspectivas futuras y problemas jurídicos por resolver

10. En el párrafo anterior se han examinado sólo algunos de los partenariados más importantes y conocidos establecidos en el seno de algunas organizaciones internacionales con vocación universal. En este sentido, cabe señalar que el establecimiento de los PPP de los que forman parte las Naciones Unidas y sus Agencias especializadas, como miembros y/u oficinas anfitrionas, se ha desarrollado considerablemente en los últimos años y representará, aún más en el futuro, una práctica constante utilizada en el sistema de la ONU, así como en el sistema y las relaciones internacionales. Esto también se debe al hecho de que, como se ha subrayado anteriormente, el objetivo 17 de la Agenda 2030 ha identificado a los PPP como herramientas estratégicas esenciales para la consecución de todos los objetivos de desarrollo sostenible enumerados en la propia Agenda.

11. Por tanto, es evidente que la reforma de la estructura de las Naciones Unidas, basada en la creación de modelos de *partnership* en los que son involucrados los sectores público y privado, ya ha comenzado y se consolidará en mayor medida en los próximos años. Además, como se ha destacado, la institución del *Global Compact*, las numerosas resoluciones de la Asamblea General mencionadas anteriormente destinadas a promover y fortalecer la colaboración entre dichos sectores y la intensifica-

²⁸ Accessible Books Consortium (ABC), www.accessiblebooksconsortium.org; sobre ese perfil, ver: S. ISIKO ŠTRBA, *op. cit.*

²⁹ WIPO, www.wipo.int/portal/en/index.html.

³⁰ A. ABDEL-LATIF, “The Rise of Public-Private Partnerships”, *cit.*, p. 232.

³¹ WIPO GREEN, Connecting Sustainable Technology Users and Providers, ww.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_greenflyer.pdf.

³² K. W. ABBOTT, “Public Private Partnership”, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008, disponible en línea, par. 19.

³³ *Id.*, par. 21.

ción de la cooperación entre las Naciones Unidas y la sociedad civil ya constituyen en sí mismas partes integrales y aspectos esenciales de la reforma de las Naciones Unidas³⁴.

La institución de estos modelos trae consigo actualmente – y seguramente traerá en el futuro – importantes beneficios para la estructura organizativa de la ONU, permitiéndole alcanzar más fácilmente los objetivos de la Agenda 2030 y desempeñar sus funciones y competencias, con mayor rapidez y eficacia, agilizando sus actividades operativas y de gestión. Sin embargo, cabe señalar que el hecho de que las organizaciones internacionales permitan que partenariados público-privados ejerzan funciones que tradicionalmente son competencia de los Estados y de las organizaciones internacionales plantea necesariamente una serie de delicadas cuestiones a la luz del derecho internacional, que aún no han sido analizadas en profundidad en el contexto de los principales foros internacionales. Nos referimos, en particular, a los perfiles interconectados que atañen tanto al estatus jurídico de los partenariados público-privados en el ordenamiento jurídico internacional, como a la posible configuración de la responsabilidad internacional de dichos partenariados por los actos que realizan.

12. Como es sabido, la responsabilidad internacional surge sólo para quienes son destinatarios de normas internacionales y, por tanto, titulares de derechos y obligaciones a nivel internacional. A este respecto, cabe subrayar que el carácter heterogéneo y múltiple de los PPP – compuestos tanto por Estados y organizaciones internacionales, a los que se reconoce personalidad internacional, como por empresas y entidades privadas, a las que no se les atribuye dicha personalidad – hace que su marco jurídico sea muy difícil y complejo, lo que lleva a excluir la posibilidad de que actualmente puedan ser considerados sujetos de derecho internacional y que, en consecuencia, pueda surgir contra ellos cualquier forma de responsabilidad internacional³⁵. Debido a la existencia de tal vacío en el ordenamiento jurídico internacional, es necesario encontrar soluciones para establecer quién puede ser considerado responsable de las actividades realizadas por dichos partenariados, que pueden perjudicar las situaciones jurídicas de los organismos y los sujetos, tanto públicos como privados.

Una de las soluciones más convincentes es la que propone parte de la doctrina³⁶, que prevé la configuración de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales que formen parte, como miembros o sedes, de partenariados público-privados, con arreglo a las disposiciones del Proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales adoptado en 2011 por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas³⁷, que, como se sabe, está estructurado en la línea del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados de 2001³⁸.

A este respecto, resulta útil examinar las disposiciones del Proyecto de 2011 que definen los elementos de conducta ilícita internacional por parte de una organización internacional, que deben calificarse, en particular, como “acción” “inacción” que: a) “sea atribuible a esa organización según el derecho internacional” (elemento subjetivo); b) “consiste en una violación de una obligación internacional de esa organización” (elemento objetivo)³⁹. En cuanto al primer elemento, el art. 6, párr. 1, especifica que “el comportamiento de un órgano o agente de una organización internacional, en el desempeño de sus funciones, se considera un acto de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición que ese órgano o agente tenga con respecto a la organización”⁴⁰. La Corte Internacional de Justicia, en la conocida opinión consultiva de 1949 adoptada en el caso *Reparation for Injuries Su-*

³⁴ *Id.*, par. 3-4; sobre ese punto, ver: *Panel of Eminent Persons on United Nations-Civil Society Relations* (in Asamblea General, resolución A/RES/58/817 de 11 de junio 2004, par. 68 ss.), que instó a las Naciones Unidas a apoyar y promover partenariados entre el sector público, el sector privado y la sociedad civil en sus actividades y decisiones.

³⁵ En este sentido, ver también: L. CLARKE, *op. cit.*, pp. 67-69; T. E. NIELANDER, *op. cit.*, pp. 100-121.

³⁶ L. CLARKE, *op. cit.*, pp. 69-84.

³⁷ Comisión de derecho internacional, *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations* (DARIO), 2011, in *Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixty-third Session*, UN Doc. A/66/10 (26 April-3 June and 4 July-12 August 2011).

³⁸ Comisión de derecho internacional, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, in *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session*, UN Doc. A/56/10 (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001).

³⁹ Art. 4, lett. a) e b), DARIO, cit.

⁴⁰ Art. 6, par. 1, DARIO, cit.

ffered in the Service of the United Nations, interpretó el concepto de agente en un sentido muy amplio, incluyendo en particular: “any person who, whether a paid official or not, and whether permanently employed or not, has been charged by an organ of the Organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions - in short, any person through whom it acts”⁴¹. En lo que respecta, por el contrario, al elemento objetivo, el art. 10, párr. 1 del Proyecto especifica que existe violación de una obligación internacional por parte de una organización internacional cuando «un acto de la propia organización no cumple con lo que tal obligación le exige, independientemente de la fuente o naturaleza de la obligación en cuestión»⁴². Una organización internacional puede, por tanto, estar sujeta al cumplimiento de una serie de obligaciones que están previstas en normas internacionales generales, en tratados internacionales de los que es parte, así como en su acto constitutivo⁴³.

Por esta razón, cabe compartir la orientación expresada por esta doctrina según la cual, respecto de las acciones llevadas a cabo por un partenariado público-privado, de la que forma parte una organización internacional, como miembro y/u organización anfitriona, es posible configurar una responsabilidad internacional de dicha organización, donde el PPP: 1) puede calificarse como un organismo o agente designado por la propia organización para lograr - o contribuir a la consecución de - sus objetivos; 2) ha tenido una conducta que constituye una violación de una norma de derecho internacional que esa organización está obligada a observar.

Evidentemente, la evaluación de responsabilidad debe realizarse no de manera abstracta, sino concreta, teniendo en cuenta, específicamente, algunos elementos importantes, tales como: la estructura y la forma del partenariado; la naturaleza de la participación de la organización internacional en el partenariado; los métodos para asignar la tarea al partenariado por parte de los órganos de la organización⁴⁴.

VI. Conclusiones: el partenariado público-privado como importante herramienta en el marco de la reforma de las Naciones Unidas y la consecución de los objetivos de la Agenda 2030

13. A la luz de las evaluaciones realizadas en este artículo, el partenariado público-privado parece ser un modelo esencial en la perspectiva de reforma de las Naciones Unidas y la consecución de los objetivos de la Agenda 2030.

Como se ha examinado anteriormente, este modelo se ha utilizado con frecuencia en los últimos años en el contexto de las Naciones Unidas, demostrando ser un medio eficaz para permitir que las Naciones Unidas y algunas de sus Agencias especializadas alcancen ciertos objetivos estratégicos relevantes según lo previsto en la Declaración del Milenio y la Agenda 2030. El uso de formas de colaboración entre los sectores público y privado ha surgido de la conciencia de estas organizaciones internacionales de no poder afrontar de forma independiente los desafíos impuestos por la globalización y la consiguiente necesidad de involucrar a múltiples *stakeholders* privados –aprovechando de sus conocimientos técnico-científicos y de sus recursos financieros – para lograr adecuadamente su misión.

14. Por tanto, la perspectiva de reforma de las Naciones Unidas, que está inevitablemente conectada a la consecución de los 17 objetivos de desarrollo sostenible indicados en la Agenda 2030, puede encuadrarse actualmente en una vía de consideración y fortalecimiento del instrumento de los PPP. Sin embargo, en los próximos años esta perspectiva tendrá que basarse necesariamente en un mayor reforzamiento de este instrumento por parte de la ONU y sus Agencias especializadas. Aún si el modelo en cuestión representa un elemento crucial en la gobernanza global del desarrollo sostenible, actualmente sigue siendo infrutilizado y no valorizado adecuadamente⁴⁵. Para confirmarlo, cabe destacar que si

⁴¹ Corte internacional de justicia, opinión consultiva del 11 de abril 1949, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 177 (ver: L. CLARKE, *op. cit.*, p. 79).

⁴² Id., art. 10, par. 1.

⁴³ Corte internacional de justicia, opinión consultiva de 20 de diciembre 1980, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between the WHO and Egypt*, par. 37 (ver: L. CLARKE, *op. cit.*, p. 73).

⁴⁴ L. CLARKE, *op. cit.*, pp. 79-84.

⁴⁵ M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI, “Charting the Triple Interface”, *cit.*, pp. 16-17.

bien es cierto que el PPP ha sido ampliamente utilizado y ha producido resultados significativos en algunos sectores relevantes – en concreto, los relacionados con la responsabilidad empresarial, la salud, la educación y la propiedad intelectual –, es igualmente cierto que en otras áreas igualmente importantes – como las del cambio climático, la agricultura y las tecnologías renovables – las Naciones Unidas y sus Agencias especializadas no han reconocido la misma relevancia y centralidad al partenariado público-privado, al no haberlo utilizado en manera adecuada, generalizada y sistemática⁴⁶. Por lo tanto, es deseable que incluso en estas áreas el PPP sea elegido como modelo a aplicar para la construcción y promoción de una sociedad sostenible y atenta a las cuestiones ambientales.

Desde una perspectiva futura, una opción viable podría ser el establecimiento de los partenariados en el marco de las Naciones Unidas, con el fin de lograr los objetivos subyacentes a los instrumentos internacionales sobre la lucha contra el cambio climático (es decir, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; el Protocolo de Kioto; el Acuerdo de París sobre el cambio climático)⁴⁷. Esta opción estaría en línea con el espíritu de estos convenios – que requieren una intensa sinergia entre instituciones públicas y entidades privadas para su correcta y concreta implementación – y conduciría a resultados positivos en la consecución de los objetivos de la Agenda 2030.

En conclusión, la reforma de las Naciones Unidas necesariamente tendrá que basarse en el uso del modelo de partenariado público-privado en áreas de interés diversificadas, en el marco de la consecución de los 17 objetivos de desarrollo sostenible establecidos en esta Agenda. Sin embargo, esta perspectiva tendrá que afrontar necesariamente una serie de problemas jurídicos de considerable importancia: en particular, no sólo el perfil antes mencionado de la configuración de la responsabilidad internacional por los actos realizados por los PPP (de los que forman parte las Naciones Unidas y sus Agencias especializadas); sino también la necesidad de que los PPP se estructuren y cumplan su misión respetando criterios de transparencia e independencia. Precisamente, es necesario que los partenariados público-privados, en los que las Naciones Unidas y sus Agencias especializadas participan como miembros u oficinas anfitrionas, basen sus actividades en estos criterios, a fin de evitar que los intereses de los actores privados impacten negativamente la consecución de los objetivos fijados en la Agenda 2030.

⁴⁶ Sobre este punto, véase también: A. ABDEL-LATIF, “The Rise of Public-Private Partnerships”, cit., pp. 223 ss.

⁴⁷ Ver: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 9 de mayo 1992; Protocolo de Kyoto, 11 de diciembre 1997; Acuerdo de París sobre el Cambio Climático, 12 de diciembre de 2015; sobre ese perfil, ver: J. D. SARNOFF, M. CHON, “Innovation Law and Policy Choices for Climate Change-Related Public-Private Partnerships”, in M. CHON, P. ROFFE, A. ABDEL-LATI (eds.), *The Cambridge Handbook of Public-Private Partnerships*, cit., pp. 245-288, pp. 246-248.

La necesaria protección jurídica internacional del patrimonio histórico-artístico y cultural en Derecho internacional privado español: especial atención al *caso Cassirer*

The necessary international legal protection of historical, artistic and cultural heritage in Spanish private international law: special attention to the case of Cassirer

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante)*

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 17.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8969

Resumen: En un mundo globalizado, el patrimonio cultural es fundamental para la identidad y la memoria colectiva de una sociedad, y su preservación es un objetivo compartido entre distintas sociedades. A continuación, se analiza la importancia de la protección jurídica internacional del patrimonio histórico-artístico y cultural en el ámbito del Derecho Internacional Privado español, con un enfoque particular en el *Caso Cassirer*. Dicho caso involucra una reclamación de la familia Cassirer por la restitución de un cuadro de impresionante valor cultural, “Rue Saint-Honoré, après-midi, effet de pluie” de Camille Pissarro, que fue saqueado por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. Este estudio resalta la importancia de la cooperación internacional y la armonización legal en la protección del patrimonio cultural, y promueve ejemplos prácticos sobre disputas de restitución de obras de arte saqueadas durante conflictos históricos, que plantean desafíos complejos en el ámbito legal.

Palabras clave: Derecho internacional privado, patrimonio histórico-artístico y cultural, protección jurídica internacional, *caso Cassirer*.

Abstract: In a globalised world, cultural heritage is fundamental for the identity and collective memory of a society, and its preservation is a shared objective between different societies. This paper analyses the importance of the international legal protection of historical, artistic and cultural heritage in the field of Spanish private international law, with a particular focus on the Cassirer case. This case involves a claim by the Cassirer family for the restitution of a painting of impressive cultural value, “Rue Saint-Honoré, après-midi, effet de pluie” by Camille Pissarro, which was looted by the Nazis during the Second World War. This study highlights the importance of international cooperation and legal harmonisation in the protection of cultural heritage, and provides practical examples of disputes over the restitution of works of art looted during historical conflicts, which pose complex legal challenges.

Keywords: Private international law, art-historical and cultural heritage, international legal protection, Cassirer case.

Sumario: I. Litigios privados internacionales sobre propiedad de bienes culturales muebles en Derecho internacional privado español. 1. Litigios sobre bienes muebles en general. 2. Litigios sobre recuperación de bienes culturales. 3. Restitución de bienes culturales: robo, confiscación y expolia-

ción. 4. *Caso Cassirer*. 5. Concepto e importancia jurídica de las “relaciones privadas internacionales”. 6. Razones que explican la frecuencia con que se litiga en Estados Unidos sobre arte robado por los nazis. II. Competencia judicial internacional. 1. Marco jurídico de referencia. 2. Foros de competencia judicial internacional en litigios sobre bienes muebles en general. 3. Foros de competencia judicial internacional en litigios sobre recuperación de bienes culturales. 4. Competencia judicial internacional de los tribunales de Estados Unidos sobre litigios de restitución de obras de arte. III. Determinación de la ley aplicable. 1. Marco jurídico de referencia. 2. Ley aplicable y bienes del patrimonio histórico español. 3. Ley aplicable y bienes del patrimonio histórico de otros países. 4. Ley aplicable y bienes culturales robados o exportados ilícitamente. IV. Especial referencia a la regulación del comercio internacional de bienes culturales y UE. 1. Restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. 2. Exportación de bienes culturales. 3. Importación de bienes culturales. V. *Caso Cassirer*. 1. Argumentos de las partes y del juicio y argumentos del reclamante. 2. Argumentos del poseedor actual. 3. Análisis de conflictos de leyes. VI. Reflexiones finales.

I. Litigios privados internacionales sobre propiedad de bienes culturales muebles en Derecho internacional privado español

1. Litigios sobre bienes muebles en general

1. Los litigios privados internacionales en torno a la propiedad de bienes muebles en el Derecho internacional privado español abarcan una variedad aún más amplia de situaciones que trascienden el ámbito artístico y cultural. Estos litigios pueden originarse por diversas razones, tales como “desacuerdos en la titularidad”¹, dudas sobre la autenticidad de la obra, conflictos derivados de transacciones internacionales, y problemas relacionados con la sucesión de bienes.

2. La autenticidad de una obra de arte o de un bien cultural puede ser un tema de gran controversia y dar lugar a litigios significativos. La determinación de si una obra es genuina o una falsificación afecta directamente su valor y, por consiguiente, la legitimidad de cualquier transacción realizada. Estas disputas a menudo requieren la intervención de expertos en arte y pruebas técnicas detalladas².

3. Las transacciones internacionales de bienes muebles, principalmente en el mercado del arte, pueden ser especialmente propensas a conflictos derivados de transacciones internacionales. Diferencias en las legislaciones nacionales, desacuerdos sobre los términos del contrato, y las complicaciones en la entrega y el pago son fuentes comunes de litigio. Estos casos pueden implicar la aplicación de múltiples jurisdicciones y sistemas legales, lo que añade una capa de complejidad a la resolución de estos litigios.

4. Además, los litigios también pueden surgir en el contexto de la herencia y sucesión de bienes muebles, particularmente cuando estos tienen un valor artístico o cultural significativo. Las disputas pueden involucrar a herederos en diferentes países, aplicaciones conflictivas de leyes de sucesión, y la interpretación de testamentos y otros documentos legales. Estos casos pueden ser particularmente sensibles, ya que a menudo involucran no solo cuestiones legales, sino también relaciones familiares y emocionales³.

5. En este sentido, se incluyen casos donde la legislación aplicable puede variar dependiendo de la naturaleza del bien, su ubicación, y las jurisdicciones implicadas. Esto puede llevar a complejas situaciones donde se deben considerar diferentes sistemas legales y normativas, incluyendo, pero no limitándose, a leyes de propiedad, contratos internacionales, y regulaciones específicas de comercio y exportación.

¹ Estos desacuerdos surgen cuando hay reclamaciones conflictivas sobre la propiedad de un bien. Por ejemplo, un bien puede haber sido vendido a múltiples partes sin el conocimiento de estas, o puede existir una disputa sobre si la venta fue legítimamente autorizada por el propietario original. En el ámbito del arte, estas situaciones son frecuentes en casos donde la procedencia de una obra es incierta o disputada.

² Vid. INSTITUTO DE ARTE CONTEMPORÁNEO, “La autenticidad en el arte: Desafíos y enfoques, 2023, disponible en: <https://www.artetemporaneo.com>.

³ Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA, “Sucesiones internacionales en España”, disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es>.

6. En el contexto de los bienes muebles artísticos y culturales, estos litigios adquieren una dimensión adicional. No solo se trata de resolver disputas sobre la propiedad física, sino también de abordar cuestiones relacionadas con la identidad cultural, la herencia histórica y la ética en la conservación y el comercio de estos bienes. El marco legal español, por tanto, debe ser capaz de navegar en estas complejidades, equilibrando la protección de los derechos individuales con la preservación del patrimonio cultural para las generaciones futuras.

7. El litigio no solo aborda cuestiones legales, sino que también invoca consideraciones éticas y morales profundas sobre la restitución de bienes culturales. La discusión sobre la propiedad del cuadro trae a la luz el debate más amplio sobre cómo las sociedades valoran y protegen su herencia cultural, así como la responsabilidad de las instituciones y coleccionistas en la corrección de injusticias históricas.

8. Este panorama jurídico se ve influenciado, y a menudo complicado, por la creciente globalización del mercado del arte y la cultura. La movilidad de bienes culturales a través de fronteras internacionales plantea desafíos únicos, especialmente en lo que respecta a la verificación de la procedencia, la lucha contra el tráfico ilícito, y la resolución de conflictos de leyes en un entorno globalizado.

2. Litigios sobre recuperación de bienes culturales

9. La recuperación de bienes culturales en el contexto del Derecho internacional privado español aborda casos especialmente delicados y de gran relevancia cultural y ética. Estos litigios a menudo implican bienes que poseen un valor incalculable desde el punto de vista histórico, artístico o arqueológico y que han sido objeto de desplazamiento, ya sea por medios ilícitos como el robo⁴, la expoliación durante conflictos⁵, o la exportación ilegal⁶.

10. La resolución de estos litigios en el marco del Derecho internacional privado español debe equilibrar los derechos legales de los actuales poseedores con la importancia de preservar el patrimonio cultural y respetar los derechos de las comunidades y naciones de origen. Se requiere un enfoque que considere no solo la legalidad, sino también la ética y la responsabilidad cultural.

3. Restitución de bienes culturales: robo, confiscación y expoliación⁷

11. Los procesos de restitución de bienes culturales robados, confiscados o expoliados pueden tener tanto una naturaleza jurídica civil⁸ como penal: robo, confiscación (a que daremos mayor énfasis debido al caso Cassirer subyacente), y expoliación.

⁴ Este tipo de litigio surge cuando se busca la restitución de obras de arte que han sido robadas. Los casos pueden ser particularmente complejos cuando las obras han pasado por varias manos y se encuentran en diferentes países. La determinación de la jurisdicción apropiada y la ley aplicable es un desafío clave en estos casos.

⁵ Los conflictos armados y las ocupaciones han llevado a menudo al saqueo sistemático de bienes culturales. La recuperación de estos bienes puede ser un proceso largo y complicado, que involucra cuestiones de derecho internacional, derechos de propiedad y consideraciones éticas.

⁶ El tráfico ilícito de bienes culturales es un problema global. Los litigios relacionados con la exportación ilegal de bienes culturales suelen requerir una cooperación internacional y el entendimiento de múltiples marcos legales, tanto a nivel nacional como internacional. *Vid.* A. ORTEGA GIMÉNEZ, "Litigios internacionales sobre propiedad de bienes culturales muebles en Derecho internacional privado español" (Capítulo XI), en A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), *Arte, Derecho y Comercio Internacional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), diciembre 2022, pp. 219-242.

⁷ A. ALVARES-GARCÍA JÚNIOR, "Un enfoque integrador para la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural y los derechos en el ámbito del Derecho Internacional Privado", en *Bitácora Millennium DiPr*, n° 18, 2023, pp. 7-12. Disponible en: <https://www.millenniumdipr.com/ba-112-un-enfoque-integrador-para-la-proteccion-del-patrimonio-historico-artistico-y-cultural-y-los-derechos-humanos-en-el-ambito-del-derecho-internacional-privado>.

⁸ El proceso civil se enfoca en la recuperación del bien, y puede ser iniciado por el propietario legítimo o sus herederos, por la entidad que tenga competencia en la materia (en este caso podría ser una institución pública o privada de museos o una institución encargada de la protección del patrimonio cultural) o por quién tenga un interés legítimo en su recuperación.

Robo de obra de arte

12. El “robo” generalmente se refiere a la toma ilegal, y a menudo violenta, de la obra, sin el consentimiento de la víctima y con la intención de privarla permanentemente de la misma. Está tipificado⁹ en la mayoría de las legislaciones nacionales y, según su gravedad y las circunstancias específicas, se sanciona de forma diversa (desde multas hasta penas privativas de libertad)¹⁰. El cruce de fronteras de la obra genera frecuentes conflictos de jurisdicción (donde ocurrió el robo o donde se encontró la obra) y de ley aplicable (la del país del robo o la del país del hallazgo)¹¹. La cooperación internacional y el recurso a instrumentos jurídicos internacionales, como el Convenio de la UNESCO de 1970¹² o la Convención de UNIDROIT de 1995¹³ son relevantes para prevenir y resolver ese tipo de conflicto¹⁴.

Confiscación de obra de arte

13. Corresponde a la toma de propiedad de una obra por parte del Estado, incluso como resultado de un orden judicial¹⁵ (v.g., adquisición ilegal, preservación de interés público, etc.)¹⁶. El Derecho internacional privado juega un papel crucial en esos casos (determinación de la jurisdicción y ley aplicable y reconocimiento de las decisiones judiciales). La jurisdicción suele ser la del país donde ocurrió la confiscación, pero puede complicarse debido a las diferencias entre las leyes y procedimientos de los países implicados¹⁷. Algunos tratados, como el Convenio de la UNESCO de 1970 y la Convención de UNIDROIT de 1995, establecen reglas para ayudar en estos casos.

⁹ Es común la confusión entre los términos “robo” y “hurto”, aunque poseen distinciones legales importantes. *Grosso modo*, el robo requiere el uso de la fuerza o amenaza, mientras que el hurto no. La sustracción de “La Gioconda” (o “La Mona Lisa”) de Leonardo da Vinci del Louvre (1911) por el italiano Vincenzo Peruggia (arrestado dos años después cuando intentó vender la pintura en Florencia) no ha sido realizado con violencia (retirada del cuadro haciéndose pasar como personal de mantenimiento). A. FREUNDSCHUH, “Crime stories in the historical urban landscape: narrating the theft of the Mona Lisa”, en *Urban History*, vol. 33, Nº 2, 2006, pp. 274-292.

¹⁰ Vid. K. M. BURMON, “Challenges to study: Difficulties arising in studying fine art theft”, en *Global Perspectives on Cultural Property Crime*, Routledge, 2023, pp. 160-174.

¹¹ La ley aplicable también puede variar según el país en el que se encuentre la obra de arte robada. Algunos países tienen leyes más estrictas sobre la restitución de bienes culturales y la prescripción de delitos, mientras que otros pueden aplicar diferentes criterios en cuanto a la posesión y propiedad de obras de arte.

¹² El Convenio de la UNESCO de 1970 sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales busca prevenir su comercio ilegal. Este tratado exige que los Estados Parte adopten medidas para proteger y restituir los bienes culturales que hayan sido robados o exportados ilegalmente (BOE número 31, de 5 de febrero de 1986, pp. 4869 a 4872).

¹³ La Convención de UNIDROIT de 1995 complementa y refuerza el Convenio de la UNESCO de 1970. Este instrumento establece principios uniformes para facilitar la recuperación y retorno de dichos bienes entre países, promoviendo la cooperación internacional, la responsabilidad de los adquirentes y el respeto por el patrimonio cultural global (BOE número 248, de 16 de octubre de 2002, pp. 36366 a 36373).

¹⁴ Vid. A.L. LEVINE, “The need for uniform legal protection against cultural property theft: A final cry for the 1995 Unidroit convention”, en *Brooklyn Journal of International Law*, número 36, 2010, pp. 751-759.

¹⁵ T. CLACK y M. DUNKLEY, “Introduction: Culture, heritage, conflict”, en *Cultural Heritage in Modern Conflict*, Routledge, 2023, pp. 1-27. Un caso notable de confiscación fue el de la colección de arte del alemán Cornelius Gurlitt (Pablo Picasso, Henri Matisse, Marc Chagall, etc.), adquirida en gran parte durante la Segunda Guerra Mundial por su padre, que trabajaba como marchante para el régimen nazi. En 2012, las autoridades del país la descubrieron y, al año siguiente, más de 1.200 obras de su colección fueron confiscadas como parte de una investigación sobre su procedencia ilícita. Vid. J. MEMBA, “Colección Gurlitt: el arte que robaron los nazis”, *Tiempo*, Nº 1627, 2013, pp. 60-63.

¹⁶ C.E. SMITH, “World War II Art Restitution Exhibitions: A Step in the Right Direction or Not Far Enough?”, en *The iJournal: Student Journal of the Faculty of Information*, vol. 7, Nº 3, 2022, pp. 70-76; N. REVES, “Cultural heritage, international criminal law and protection of human rights between history and jurisprudence”, en *Yearbook of International & European Criminal and Procedural Law* 1, Nº1, 2023, pp. 197-247.

¹⁷ Vid. A. BICKFORD, “Nazi-Looted Art: Preserving a Legacy”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Nº 49, 2017, pp. 115-127.

14. Existen diversas áreas legales afectadas por una confiscación (v.g., propiedad¹⁸, contratos¹⁹, sucesiones²⁰, inmunidad estatal, etc. En aquellos casos donde la confiscación se vincula con la comisión de delitos, la cooperación es vital²¹. Existen diversas iniciativas internacionales para prevenir y combatir este tipo de delito, facilitar las investigaciones y contribuir en la recuperación de activos²² (Conferencia de INTERPOL sobre la falsificación de obras de arte²³, Manual de Cooperación Internacional en el Decomiso²⁴, etc.²⁵), además de acuerdos multilaterales²⁶ y bilaterales²⁷ que pueden entrar eventualmente en conflicto con otras obligaciones legales²⁸. Adicionalmente, se ha desarrollado normativa, jurisprudencia y doctrina relevante respecto al delito de lavado de activos y al decomiso en los ámbitos regional, internacional y comparado²⁹. Las regulaciones aduaneras también son importantes para controlar la importación y exportación de bienes culturales.

15. A parte de la cooperación judicial, el arbitraje y la mediación también abren paso en este campo³⁰. Instituciones como *Art Resolve*, *Court of Arbitration for Art (CAFA)*, *Art Law Centre*, *Art Dis-*

¹⁸ Problemas relacionados con la Ley aplicable; el trato jurídico distinto entre museos y colecciones privadas, etc. Además, algunos Estados otorgan inmunidad legal a las obras (integrantes de su patrimonio nacional), protegiéndolas de reclamaciones extranjeras (salvo que exista violación de acuerdos internacionales, consentimiento explícito del Estado propietario o que ocurra en el marco de un juicio penal por tráfico de drogas, corrupción o lavado de dinero). Vid. S. MANACORDA y C. DUNCAN, *Crime in the art and antiquities world: Illegal trafficking in cultural property*, Springer Science & Business Media, 2011.; V. FUENTES CAMACHO, “La lucha contra el tráfico ilícito internacional de obras de arte en el tránsito del segundo al tercer milenio”, en *Bitácora Millennium DIPr.*, N° 15 enero-junio 2022, pp. 1-32.

¹⁹ Problemas relacionados con la validez, efectos, capacidad legal de las partes, vicios de la voluntad, etc. Vid. M. WILSON, “Art disputes”, en *Art Law and the Business of Art*, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 349-381.

²⁰ Problemas relacionados con la Ley aplicable a la sucesión, identificación de los herederos y asignación de la propiedad de las obras, etc. (la cuestión gana mayor peso cuando tanto los herederos como las obras se encuentran en diferentes países). Normalmente se considera la ley del país donde el fallecido residía habitualmente en el momento de su muerte. No obstante, algunos países permiten a sus ciudadanos seleccionar la ley aplicable a su sucesión mediante un testamento o declaración similar.

²¹ Organización de los Estados Americanos. La Cooperación Judicial Internacional, 2013, Ana Elizabeth Villalta Vizcarra. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xl_curso_derecho_internacional_2013_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf.

²² UNODOC. Protección contra el tráfico de bienes culturales. Reunión del grupo de expertos sobre la protección contra el tráfico de bienes culturales, 28 de octubre de 2009. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/unodcccpcjeg12009crp1s.pdf

²³ La Conferencia de INTERPOL sobre la falsificación de obras de arte, celebrada en 2012, formuló una serie de recomendaciones para prevenir y combatir su falsificación a escala nacional e internacional. La entidad lleva combatiendo la delincuencia contra el patrimonio cultural desde 1946, y reúne a especialistas de todo el mundo para intercambiar conocimientos y definir buenas prácticas contra la falsificación documental. A parte de la publicación de informes sobre delitos que involucran a los bienes culturales, la organización cuenta con funciones de escaneo, búsqueda y notificación para ayudar a localizarlos, reducir su tráfico ilícito y aumentar las posibilidades de su recuperación. Su base de datos contribuye positivamente en la identificación, localización y recuperación de obras de arte y bienes culturales robados o desaparecidos.

²⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, “Manual de cooperación en el decomiso del producto del delito”. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Confiscation_Manual_Ebook_S.pdf

²⁵ UNESCO. Fighting the Illicit Trafficking. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000266098>

²⁶ La Haya, 1954 (BOE número 282, de 24 de noviembre de 1960, pp. 16189 a 16194) y su Segundo Protocolo, de 1999, para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (BOE número 77, de 30 de marzo de 2004, pp. 13410 a 13417), UNESCO, 1970, sobre la Prohibición de la Importación, Exportación y Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, Principios de UNIDROIT, 1995, sobre Objetos Culturales Robados o Exportados Ilícitamente, Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, 2001, Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2003, Delincuencia Organizada Transnacional, 2007 (BOE número 233, de 29 de septiembre de 2003, pp. 35280 a 35297). Esta Convención establece normas para la extradición de personas acusadas de delitos, así como para la confiscación de activos obtenidos a través de actividades criminales. También establece procedimientos para la asistencia mutua en investigaciones y enjuiciamientos, incluyendo el intercambio de información, la realización de investigaciones conjuntas y la coordinación de acciones para recuperar activos ilícitamente adquiridos, etc.

²⁷ Por ejemplo, los acuerdos concluidos entre EE. UU. y Perú (1997), Italia (2001), Camboya (2003), Guatemala (2012) y Egipto (2016).

²⁸ Vid. S.T. GARCÍA-LOZANO, “Las obras de arte del Estado y su inmunidad”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, pp. 401-426.

²⁹ Vid. I. BLANCO CORDERO; E.F. CAPARRÓS; V. PRADO SALDARRIAGA; G. SANTANDER ABRIL y J. ZARAGOZA AGUADO, *OEA. Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* (5ª edición). Disponible en: https://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/LIBRO%20OEA%20LAVADO%20ACTIVOS%202018_4%20DIGITAL.pdf

³⁰ Respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, estos suelen tratar disputas sobre autenticidad, propiedad,

pute Resolution Centre of Canada, Resolution Center for Art (RCA), Alternative Dispute Resolution for Art (ADR Art), Fine Art Resolutions, etc. se especializaron en este tipo de disputas³¹.

16. En los conflictos armados transnacionales, el Derecho internacional privado también es crucial para abordar la responsabilidad civil por los daños causados a los legítimos propietarios de obras de arte³². Estos casos (protección y restauración de bienes culturales) suelen estar sujetos al derecho nacional e internacional³³ (pero escapa, hasta cierto punto, del propio DIH³⁴) y a menudo necesitan contar con la cooperación de diversos actores.

Expoliación de obra de arte

17. Es el saqueo ilegal y sistemático de bienes culturales, históricos o arqueológicos pertenecientes a una nación o comunidad, realizado por gobiernos extranjeros, fuerzas invasoras, ONGs y coleccionistas de arte. Suele ocurrir durante conflictos bélicos y ocupaciones y daña el patrimonio cultural de la comunidad afectada, dificultando el estudio y aprendizaje de su herencia. A pesar de los esfuerzos de organizaciones como la UNESCO, el problema persiste debido a la falta de colaboración entre los países, la persistencia de los conflictos y la elevada rentabilidad del mercado ilegal de bienes culturales. Cuestiones como la determinación de la jurisdicción competente y de la ley aplicable son fundamentales en casos en que se aprecia si el comprador adquirió la obra de buena fe y si el propietario “legítimo” tiene derecho a su devolución³⁵. Las pruebas presentadas y sus respectivas valoraciones para determinar la propiedad del bien y si es procedente su restitución³⁶ son difíciles y varían según las reglas procesales. Además, la competencia para iniciar un proceso legal depende de las normas de cada país.

4. Caso *Cassirer*

18. La restitución de obras de arte robadas ha emergido como un tema de profundo interés y complejidad dentro del derecho internacional privado. Este artículo examina un caso emblemático que ilustra

calidad y valor, y su cumplimiento puede ser más complejo debido a la naturaleza única de las obras de arte y la falta de un mercado estandarizado y transparente. Los plazos de prescripción también son factores relevantes (varían entre los países, repercutiendo incluso en su suspensión o interrupción).

³¹ Q. BRYNE-SUTTON, “Arbitration and mediation in art-related disputes”, en *Arbitration International*, vol. 14, N.º 4, 1998, pp. 447-456.

³² Los problemas más habituales conciernen a la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente para las reclamaciones de indemnización, la admisibilidad de la prueba de daños y la ejecución de sentencias extranjeras.

³³ Los Estados suelen tener sus propias reglas para salvaguardar el patrimonio cultural (promoción, protección, conservación, investigación, prevención del tráfico ilícito y facilitación de su devolución). Las regulaciones aduaneras también son importantes para controlar la importación y exportación de bienes culturales (permisos especiales, documentación de propiedad, autenticidad y origen, así como la imposición de aranceles y restricciones para evitar el tráfico ilícito). Algunos países permiten demandas civiles por daños y perjuicios generados por violaciones del DIH (EE. UU.: *Alien Tort Claims Act*). A parte, documentos como la Declaración de Bonn de 2015 sobre la Protección del Patrimonio Cultural Mundial y la Convención del Consejo de Europa de 2017 sobre Delitos contra el Patrimonio Cultural (que abordan el tráfico ilícito y la protección de ese patrimonio mediante medidas relacionadas con la prevención, la investigación, la sanción y el fortalecimiento de la cooperación transnacional) señalan la relevancia creciente en este ámbito.

³⁴ El DIH no tiene disposiciones explícitas sobre la compensación por daños y perjuicios. No obstante, existen principios de derecho internacional más amplios que pueden aplicarse a la responsabilidad civil (v.g., el de la reparación integral, que establece que un Estado que ha violado el derecho internacional tiene la obligación de reparar el daño causado).

³⁵ Las dificultades observadas en esos casos suelen concernir a: 1. Heterogeneidad legislativa (los Estados poseen leyes y regulaciones específicas en relación con la salvaguarda del patrimonio cultural, la adquisición de bienes culturales y la repatriación de objetos expoliados); 2. Soberanía y jurisdicción (las disputas en torno a la expoliación de bienes culturales pueden involucrar a diferentes Estados, cada uno con su propia soberanía y jurisdicción); 3. Derechos del legítimo propietario y del adquirente (en casos de expoliación, es esencial determinar si el adquirente obtuvo el objeto de buena fe y si el legítimo propietario ostenta el derecho a la restitución).

³⁶ K. BROWNE y R. MURRAY, “The Emergence of the International Protection of Cultural Heritage”, en *International Law of Underwater Cultural Heritage: Understanding the Challenges*, Cham, Springer International Publishing, 2023, pp. 107-191.

los desafíos legales, éticos y morales inherentes a la restitución de bienes culturales: un cuadro saqueado por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, actualmente ubicado en Madrid, cuya propiedad se decide en un tribunal de California. Inicialmente adquirida por la familia Cassirer, prominentes coleccionistas de arte y mecenas en la Alemania prebélica, la pintura “Rue Saint-Honoré por la tarde, efecto de lluvia” se mantuvo como una joya en su colección privada hasta que fue arrebatada por los nazis en la década de 1930. La familia Cassirer, más específicamente Lily Neubauer-Cassirer, víctima de la persecución nazi, se vio forzada a dejar atrás sus posesiones, a cambio del salvoconducto de su familia fuera de Alemania.

19. Dichas operaciones de expropiación llevadas a cabo por los nazis estaban altamente organizadas y dirigidas por varias entidades, incluido el Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg (ERR), dedicado al saqueo de objetos culturales. Estas campañas se basaban en ideologías racistas y expansionistas, apuntando especialmente a colecciones judías en territorios ocupados. La sistemática catalogación y redistribución de las obras robadas pretendían enriquecer las colecciones alemanas y destruir o reprimir el patrimonio cultural de los pueblos sometidos. Tras su confiscación, la obra pasó por varias manos, siendo primero almacenada junto con otros tesoros robados en depósitos secretos nazis. Al finalizar la guerra, muchas de estas obras fueron recuperadas por los Aliados y devueltas a sus países de origen, pero otras tantas entraron en el mercado negro del arte, complicando su recuperación³⁷.

20. En el año 1951, se retoma la pista del cuadro, el cual aparece en la Frank Perls Gallery de Beverly Hill (EE.UU.), como propiedad de Herr Urban Thru Union Bank & Trust Co³⁸. En 1952, la Galería negocia su venta con Sydney Schoenberg, quien en este caso la incorpora a su colección, permaneciendo la pintura en Estados Unidos durante más de 20 años.

21. Mediante la promulgación de la Ley Federal de Restitución, la República Federal Alemana estaba obligada a “pagar compensación por los bienes que habían sido robados por las autoridades estatales o del partido nazi”³⁹. Con fundamento en dicha legislación, Lily Cassirer interpuso una demanda y, en 1958, Alemania reconoció a Lilly como propietaria del cuadro, llegando a un acuerdo de reparación subsidiaria en compensación por la pérdida.

22. Entre los años 1975 y 1976, el cuadro fue enviado en consignación a la Stephen Hahn Gallery de Nueva York. Al visitar la galería, el barón Hans Heinrich Thyssen-Bornemisza, desconociendo o no su historia completa, adquirió por 300.000,00 dólares la pintura para formar parte de su colección personal, que eventualmente se convertiría en la base de la colección del Museo Thyssen-Bornemisza, en Madrid.

23. La controversia empieza cuando Claude Cassirer, nieto de Lilly Cassirer, descubrió el paradero del cuadro al visitar el Museo Nacional Thyssen Bornemisza en 2000. En el 3 de mayo de 2001, Claude presentó una petición a España y a la Fundación “Colección Thyssen-Bornemisza” (FCTB) por la que solicitaba la devolución del cuadro. Como la petición fue rechazada, se inició un procedimien-

³⁷ Vid. H. FELICIANO, *El museo desaparecido: La conspiración nazi para robar las obras maestras del arte mundial*, Ediciones Destino, Barcelona, 2004.

³⁸ Vid. I. AMBROSIO LUNA, “Restitución de obras de arte expoliadas por el régimen nazi: principales aspectos jurídicos del caso Cassirer”, en *Revista Cultus et Ius*, n° 2, 2023, pp. 5-39; A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2023, Vol. 15, N° 2, pp. 198-250; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “TRIBUNA: Arte, Derecho y Comercio Internacional. A propósito del litigio sobre el cuadro «Rue ST. Honoré, Après midi, effet de pluie», del pintor impresionista francés Camille Pissarro” (artículo de opinión), *IBERLEY. El valor de la confianza*, Editorial COLEX, A Coruña, 6 de febrero de 2024; S. PÉREZ, “David Cassirer apelará la decisión de otorgar al Thyssen un Pissarro robado por los nazis”, *Agencia EFE, S.A.*, Madrid, 11 de enero de 2024; y A. ALVARES-GARCIA JÚNIOR, “Un enfoque integrador para la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural y los derechos en el ámbito del Derecho Internacional Privado”, en *Bitácora Millennium DiPr*, n° 18, 2023, disponible en: <https://www.millenniumdipr.com/ba-112-un-enfoque-integrador-para-la-proteccion-del-patrimonio-historico-artistico-y-cultural-y-los-derechos-humanos-en-el-ambito-del-derecho-internacional-privado>.

³⁹ Vid. S. ROMEIKE, “La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1898”, *International Nuremberg Principles Academy*, caso de estudio N°1, Nuremberg, 2016, pp. 31 y ss., disponible en https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/media/pdf/publications/Justicia_transicional_en_Alemania.pdf

to judicial el 10 de mayo de 2005 cuando Claude Cassirer, ciudadano norteamericano domiciliado en el Estado de California, acudió a los tribunales federales de California donde presentó una acción de restitución de la obra o una indemnización por daños y perjuicios para el caso de que no fuera posible su recuperación, contra España y la FCTB. La United Jewish Federation se adhirió posteriormente al proceso en calidad de *amicus curiae*.

24. La importancia de este caso radica no solo en su contexto histórico, marcado por el sistemático saqueo de arte perpetrado por el régimen nazi, sino también en las intrincadas cuestiones jurídicas que surgen al cruzarse jurisdicciones y sistemas legales distintos. De ahí que surjan una serie de preguntas cruciales en el contexto del derecho internacional privado español y la protección jurídica internacional del patrimonio histórico-artístico y cultural, que incluyen:

- Propiedad y procedencia: ¿Quién es el legítimo propietario de la obra? ¿Cómo se determina la propiedad legítima en casos donde la proveniencia de la obra es disputada o compleja?
- Protección del patrimonio histórico-artístico y cultural: ¿Cómo se equilibra el derecho de propiedad privada con la necesidad de proteger y preservar el patrimonio cultural de la humanidad?
- Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable: ¿Bajo qué jurisdicción se debe resolver este litigio? ¿Qué ley es aplicable en un caso que involucra múltiples países y una obra de arte de importancia internacional?
- Aspectos éticos y morales: ¿Cuáles son las consideraciones éticas y morales en la posesión y exhibición de obras de arte, especialmente aquellas con un pasado histórico controvertido?
- Restitución y reparación del daño: En casos de arte expoliado o adquirido bajo circunstancias cuestionables, ¿cuáles son los mecanismos apropiados para la restitución o reparación?

25. Además, el caso pone de relieve la creciente tendencia hacia la cooperación internacional en la protección de bienes culturales y el papel crucial de las convenciones internacionales, como la Convención de la UNESCO de 1970 sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales⁴⁰, en la conformación de las normativas nacionales sobre restitución.

5. Concepto e importancia jurídica de las “relaciones privadas internacionales”⁴¹

26. El “objeto” de una disciplina jurídica es el “conjunto de relaciones sociales” que tal disciplina jurídica regula⁴². Pues bien: el objeto del Derecho internacional privado son las “situaciones privadas internacionales”. Al respecto, cabe destacar varios aspectos:

- 1º) Las “situaciones privadas internacionales”, debido a su carácter “internacional”, suscitan “dificultades jurídicas especiales”. En efecto, estas situaciones exigen la precisión de los tribunales competentes, de la legislación estatal aplicable y de la eficacia de resoluciones extranjeras
- 2º) Estas “situaciones privadas internacionales” exigen la presencia de una rama del Derecho específica que las regule: el Derecho internacional privado (*the applicable rules and doctrines on choice of law*)⁴³.

⁴⁰ “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, UNESCO, <https://es.unesco.org/about-us/legal-affairs/convencion-medidas-que-deben-adoptarse-prohibir-e-impedir-importacion>.

⁴¹ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2023, Vol. 15, Nº 2, pp. 217-219.

⁴² A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 124-125.

⁴³ Vid., J.M. CARRUTHERS, “Cultural Property and Law - An International Private Law Perspective”, en *Juridical Review*, 3,

- 3º) El Derecho civil, mercantil y procesal de cada Estado son disciplinas jurídicas diseñadas para regular, exclusivamente, situaciones privadas “internas”, pero no para regular situaciones privadas “internacionales”.

27. Visto que el objeto del Derecho internacional privado son las “situaciones privadas internacionales”, resulta necesario analizar con detalle qué se entiende por situación “privada” y qué se entiende por situación “internacional”.

28. Se conoce como “situación jurídica privada” aquella cuyos sujetos intervinientes son sujetos particulares o bien actúan en calidad de tales. Los sujetos de una situación jurídica “privada” ocupan una “posición jurídica de igualdad”. Los sujetos privados no disponen de poderes exorbitantes o privilegiados con arreglo a la Ley. Son particulares, sujetos privados. No operan como autoridades públicas dotadas de “poderes exorbitantes” atribuidos por el Derecho público. Por ello se habla de “relaciones jurídicas horizontales”.

29. En consecuencia, el concepto de “situación privada” cubre las siguientes relaciones jurídicas:

- 1º) Relaciones jurídicas en las que intervienen sujetos particulares. Estas relaciones pueden adoptar una modalidad “contradictoria” o una modalidad “no contradictoria”⁴⁴.
- 2º) Relaciones jurídicas en las que interviene un sujeto de Derecho público pero que actúa sin “potestad de imperio”⁴⁵. En la actualidad es muy frecuente la intervención del Estado y demás organismos públicos en la vida económica, mediante la realización de actividades desligadas de la función pública *stricto sensu*. Visto que tales entes participan en el comercio internacional despojados de su potestad de *imperium*, puede afirmarse que operan como “sujetos privados”, y por tanto el Derecho Público no es aplicable. Precisar cuándo un sujeto público interviene con o sin “potestad de *imperium*” no es nada sencillo. Esta cuestión surge con frecuencia en relación con los contratos internacionales en los que participa el Estado como parte del contrato.

30. El Derecho internacional privado regula las situaciones privadas “internacionales” y no las situaciones jurídicas privadas meramente internas. Ahora bien, la distinción entre “situaciones internas” y “situaciones internacionales” es más difícil de lo que parece. Ello es así porque hay muchos tipos de elementos extranjeros, de diferente naturaleza y de intensidad diferente. Además, como han indicado algunos autores, en la actualidad todo está conectado con todo y la práctica totalidad de las situaciones jurídicas contienen elementos extranjeros en mayor o menor medida. Por ello, multitud de tesis doctrinales han tratado de perfilar cuándo una situación jurídica privada es “internacional”. La más relevante es la tesis del “elemento extranjero puro”⁴⁶.

31. Según la tesis del “elemento extranjero puro”, una situación privada manifiesta carácter “internacional” cuando presenta, al menos, un “elemento extranjero” (*Sachverhalt mit Auslandsberührung*), cualquiera que sea dicho “elemento”. El caso presenta “elementos extranjeros”, por lo que es “interna-

2001, pp. 27-45; M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court”, *Entscheidung*, vol 21, April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al./ Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

⁴⁴ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 125.

⁴⁵ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 125-126.

⁴⁶ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 127.

cional” y debe ser regulado por el Derecho internacional privado. Esta tesis es la mayormente seguida por la jurisprudencia española⁴⁷.

32. A la luz de lo anteriormente expuesto, ya estamos en condiciones de responder a dos preguntas:

- 1ª) Si la acción reivindicatoria de judíos estadounidenses contra la Fundación Thyssen-Bornemisza / el Estado español es una situación privada internacional. La respuesta es afirmativa. En efecto, como hemos visto una situación privada internacional es una relación jurídica multiconectada con los ordenamientos jurídicos de varios Estados, con independencia de cuál sea su naturaleza (personal, real o local o conductista). En el caso *Pisarro*, hay: a) *Elementos personales*: Los propietarios o poseedores del cuadro tenían distintas nacionalidades o domicilios en diversos Estados (Alemania, Países Bajos, California, Missouri, Nueva York, Suiza, España). b) *Elementos reales*: El cuadro ha estado en cada uno de ellos. En España, desde hace 30 años. c) *Elementos locales o conductistas*: El cuadro ha sido objeto de sucesivas ventas en Alemania (1939), Estados Unidos (1951), Suiza (1976) y España (1992). Tiene, pues, razón M. Weller, cuando destaca que es propio de los procedimientos de arte saqueado por los nazis que los objetos reclamados se encuentren ellos mismos “al final de una larga cadena de transmisiones con un número de elementos extranjeros” (*at the end of a long chain of transfers with a number of foreign elements*)⁴⁸.
- 2ª) ¿Cuáles son los problemas jurídicos fundamentales que hay que resolver en tales supuestos? El Derecho internacional privado. proporciona respuesta jurídica a *tres grandes cuestiones* (F. Vischer)⁴⁹: 1º) ¿Son competentes los órganos jurisdiccionales u otras autoridades públicas españolas para entrar a conocer del fondo del problema jurídico que plantea una situación privada internacional?; 2º) Si la respuesta al interrogante anterior es afirmativa, ¿cuál es, entonces, el Derecho aplicable a la situación privada internacional?; 3º) ¿Cuáles son los efectos jurídicos que producen en España los actos y decisiones extranjeras relativas a situaciones privadas internacionales? De este modo, el contenido del Derecho internacional privado está compuesto por tres “sectores de normas” que dan respuesta a los interrogantes anteriores: a) Competencia judicial internacional; b) Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales; c) Validez extraterritorial de actos y decisiones extranjeras⁵⁰.

6. Razones que explican la frecuencia con que se litiga en Estados Unidos sobre arte robado por los nazis⁵¹

33. Desde un *punto de vista sociológico*, como ha señalado J.P. Rapp, son varios los *factores* que explican el gran número de litigios sobre arte robado por los nazis que se han desarrollado y continúan llevándose ante los tribunales estadounidenses: *muchos judíos* se fueron a vivir a los Estados Unidos durante o después de la guerra; muchas obras de arte con un pasado nazi se encuentran en Estados Unidos,

⁴⁷ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 127.

⁴⁸ Vid. M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court”, *Entscheidung vom 21. April 2022*, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100 (p. 97).

⁴⁹ F. VISCHER, “Bemerkungen zum Verhältnis von internationaler Zuständigkeit und Kollisionsrecht”, en *Mélanges Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 349-377.

⁵⁰ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido”, en A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 158; M. FRIGO, *Circulation de biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, La Haye, Académie de droit international de La Haye, 2016.

⁵¹ Vid., A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2023, Vol. 15, Nº 2, p. 219.

que es el *mayor mercado de arte del mundo*; los tribunales estadounidenses se ganaron la reputación de ser un foro con *claras ventajas* para las demandas de restitución de obras artísticas⁵².

34. Desde un *punto de vista jurídico* esas claras ventajas tienen que ver con la reglamentación por el Derecho de los Estados Unidos de la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, la competencia internacional de sus tribunales y ciertas peculiaridades del procedimiento⁵³.

II. Competencia judicial internacional

35. La competencia judicial internacional en litigios relacionados con bienes muebles, especialmente aquellos de valor histórico-artístico y cultural, es un aspecto crucial en el Derecho internacional privado español. Esta sección aborda los marcos jurídicos y los foros de competencia en casos transfronterizos.

36. El caso Cassirer contra la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza es directamente relevante para el litigio del cuadro de Pissarro. En este litigio, los herederos Cassirer buscan la restitución de la obra de arte que argumentan fue robada por los nazis. A través de varias instancias judiciales, este caso ha examinado cuestiones como la aplicabilidad de la ley española versus la ley de California, el concepto de posesión de buena fe y el impacto de los tratados internacionales en la determinación de la propiedad legítima⁵⁴.

37. En el proceso de judicialización, la primera cuestión procesal planteada por parte de España y la FCTB fue la excepción de falta de competencia de la jurisdicción norteamericana para conocer del asunto. Sin embargo, esta excepción no prosperó, viéndose rechazada tanto por el District Court - Juzgado de Primera Instancia del Distrito-, como posteriormente por otros tribunales competentes de los recursos y apelaciones. Por ello, al final, el proceso se mantuvo en California. A continuación, veremos las motivaciones.

1. Marco jurídico de referencia

38. El marco jurídico para determinar la competencia judicial internacional en España es una estructura compleja que incorpora diversas fuentes legales, tanto a nivel nacional como internacional. Este marco es esencial para abordar la naturaleza multifacética de los litigios que involucran bienes culturales y artísticos en un contexto globalizado.

39. La legislación española establece principios generales sobre jurisdicción y competencia judicial. El Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil proporcionan las bases para determinar la competencia en asuntos civiles y comerciales, incluyendo aquellos relacionados con bienes muebles.

40. Dentro de la Unión Europea, el Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, el Reglamento Bruselas I

⁵² Vid., J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 24.

⁵³ Vid., M.J. BAZYLER, *Holocaust Justice: The Battle for Restitution in America's Courts*, New York, 2003; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 39 y ss.

⁵⁴ Vid. C. M. CALLAHAN, C. T. BEA, Y S. S. IKUTA, "DAVID CASSIRER; THE ESTATE OF AVA CASSIRER; UNITED JEWISH FEDERATION OF SAN DIEGO COUNTY, a California nonprofit corporation, *Plaintiffs-Appellants*, v. THYSSSEN-BORNEMISZA COLLECTION FOUNDATION, an agency or instrumentality of the Kingdom of Spain, *Defendant-Appellee*", *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, n° 19-55616, California, 2022, pp. 1-39, disponible en: <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2024/01/09/19-55616.pdf>.

bis)⁵⁵ es crucial. Este reglamento establece reglas claras sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre los Estados Miembros, lo que es especialmente relevante en litigios transfronterizos sobre bienes culturales.

41. España es parte de varios tratados internacionales y convenios bilaterales que afectan la competencia judicial en materia de bienes culturales. Por ejemplo, la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, y la Convención de la UNESCO de 1970⁵⁶.

42. Además de las leyes generales sobre competencia judicial, existen regulaciones específicas para la protección y recuperación de bienes culturales. Estas incluyen leyes nacionales sobre patrimonio cultural, así como acuerdos internacionales destinados a combatir el tráfico ilícito de bienes culturales.

43. Este marco jurídico interconectado permite a las cortes españolas y a los litigantes navegar en el complejo paisaje legal de los litigios internacionales sobre bienes culturales, equilibrando los principios del derecho internacional privado con las especificidades del patrimonio cultural.

2. Foros de competencia judicial internacional en litigios sobre bienes muebles en general

44. En el ámbito del Derecho internacional privado, determinar el foro competente para resolver litigios sobre bienes muebles es un proceso que requiere un análisis detallado de varios factores clave. Estos factores son fundamentales para garantizar que los litigios se resuelvan de manera justa y eficiente, considerando la naturaleza transfronteriza de muchas de estas disputas.

45. Uno de los criterios primarios para determinar la competencia es la ubicación física del bien en disputa. Esto es particularmente relevante en casos donde los bienes muebles, como obras de arte o antigüedades, han cruzado fronteras internacionales. El principio de la *lex rei sitae* (la ley del lugar donde se encuentra el bien) a menudo juega un papel importante en estos casos.

46. Otro factor crucial es la residencia habitual de las partes involucradas en el litigio. En situaciones donde las partes residen en diferentes jurisdicciones, se debe determinar cuál de estas jurisdicciones es la más apropiada para resolver el litigio, tomando en cuenta la conexión de las partes con cada jurisdicción y la facilidad para acceder a la justicia.

47. En litigios que surgen de transacciones contractuales, como la compra-venta de bienes muebles, el lugar de ejecución del contrato puede ser un factor determinante. Esto puede ser especialmente relevante cuando el contrato especifica una jurisdicción o un foro particular para la resolución de disputas.

48. Además de los criterios mencionados, los foros de competencia pueden estar influenciados por disposiciones contenidas en convenios internacionales y regulaciones de la Unión Europea. Por ejemplo, el Reglamento Bruselas I bis establece reglas específicas sobre la competencia judicial en la UE, que pueden ser aplicables en litigios transfronterizos.

49. La elección del foro competente en estos litigios es una cuestión compleja que requiere equilibrar la eficiencia procesal, los derechos de las partes, y la relevancia de cada jurisdicción con respecto al bien y las circunstancias del caso.

⁵⁵ Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

⁵⁶ Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención, *UNESCO*, La Haya (Países Bajos), 14 de mayo de 1954, disponible en: <https://es.unesco.org/about-us/legal-affairs/convencion-proteccion-bienes-culturales-caso-conflicto-armado-y-reglamento>.

3. Foros de competencia judicial internacional en litigios sobre recuperación de bienes culturales

50. La determinación de foros competentes en litigios internacionales sobre la recuperación de bienes culturales es una tarea compleja, influenciada por múltiples factores y marcos legales. Estos litigios, a menudo, involucran aspectos únicos debido a la naturaleza especial de los bienes culturales y su importancia para las naciones y comunidades de origen.

Lugar de descubrimiento o recuperación del bien cultural

51. La determinación del foro competente en litigios relacionados con la recuperación de bienes culturales normalmente comienza con el lugar donde el bien fue descubierto o recuperado. Este factor es crucial por varias razones:

- a) **Jurisdicción local sobre bienes descubiertos:** En muchos casos, la ley del lugar donde se descubre un bien cultural otorga jurisdicción a las autoridades locales para tratar asuntos relacionados con dicho bien. Esto es particularmente relevante en casos de hallazgos arqueológicos, donde los bienes pueden ser considerados parte del patrimonio nacional del país en el que se encuentran.
- b) **Protección del patrimonio cultural:** Los países suelen tener leyes específicas que protegen los bienes culturales descubiertos en su territorio. Estas leyes están diseñadas para preservar el patrimonio cultural y pueden incluir restricciones sobre la exportación, venta o transferencia de dichos bienes⁵⁷.
- c) **Cooperación internacional en casos de tráfico ilícito:** Cuando los bienes culturales son descubiertos en un contexto que sugiere tráfico ilícito, la jurisdicción del lugar de descubrimiento es fundamental. Esto se debe a la necesidad de cooperación internacional para investigar y resolver estos casos, en coordinación con INTERPOL y la UNESCO.
- d) **Aspectos procesales y prácticos:** La jurisdicción del lugar de descubrimiento también puede ser preferible por razones prácticas y procesales. Investigar el origen de un bien, establecer su autenticidad y determinar su valor cultural es más fácil en el lugar donde se encuentra el bien, aprovechando los recursos y conocimientos locales.
- e) **Consideraciones éticas y morales:** Además de las leyes, las consideraciones éticas y morales juegan un papel importante en la determinación de la competencia. Existe un creciente reconocimiento de la importancia de respetar el patrimonio cultural y los derechos de las comunidades y naciones de origen, lo que puede influir en la decisión de mantener los litigios en el lugar de descubrimiento.

País de origen del bien cultural

52. El país de origen de un bien cultural es de vital importancia en la determinación de la competencia judicial en litigios internacionales, especialmente en contextos de recuperación de bienes culturales, reflejando un reconocimiento de su conexión intrínseca con estos bienes y su papel en la preservación del patrimonio cultural global. Esta consideración se basa en varios principios y prácticas legales:

- a) **Reivindicación de la propiedad cultural:** Los países de origen suelen reivindicar la propiedad sobre bienes culturales que forman parte de su patrimonio histórico y cultural. En casos de expoliación o exportación ilegal, estos países pueden buscar activamente la restitución y repatriación de estos bienes.

⁵⁷ Vid. MINISTERIO DE CULTURA, "Introducción a los niveles de protección del Patrimonio Cultural", disponible en: <https://www.cultura.gob.es/cultura/patrimonio/bienes-culturales-prottegidos/niveles-de-proteccion/introduccion.html>

- b) **Legislación nacional aplicable en materia de patrimonio histórico-artístico y cultural:** La mayoría de los países tienen leyes específicas que rigen la protección y gestión de su patrimonio cultural. Estas leyes incluyen disposiciones sobre la recuperación de bienes culturales que han sido ilegalmente removidos de su territorio.
- c) **Cooperación internacional:** El país de origen puede basarse en tratados internacionales, como la Convención de la UNESCO de 1970 y la Convención de UNIDROIT de 1995, para fundamentar su reclamación y buscar cooperación internacional en la recuperación de bienes culturales. Estos tratados establecen marcos para la repatriación y proporcionan mecanismos para la resolución de disputas.⁵⁸
- d) **Intereses culturales y éticos:** Más allá de las cuestiones legales, los intereses culturales y éticos juegan un papel importante, debido a que la restitución de bienes culturales al país de origen se ve como un acto de justicia histórica y una forma de preservar y respetar la identidad cultural de una nación o comunidad.
- e) **Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable:** Los tribunales en el país de origen pueden ser considerados competentes para juzgar casos relacionados con la recuperación de bienes culturales, especialmente cuando las leyes nacionales han sido violadas, como en casos de robo o exportación ilegal.

Lugar de la transacción o donde surgió el litigio

53. El lugar donde se realizó la transacción o donde surgió el litigio sobre un bien cultural es un factor determinante en la identificación del foro competente para litigios internacionales por varias razones:

- a) **Jurisdicción basada en el lugar de la transacción:** En casos donde la compra, venta o transferencia de un bien cultural se llevó a cabo, la jurisdicción local puede reclamar competencia sobre los litigios derivados de dicha transacción. Esto es especialmente relevante en casos de disputas contractuales o cuestiones relacionadas con la interpretación de los términos y condiciones de la venta.
- b) **Aplicación de la ley local:** El lugar de la transacción generalmente implica la aplicación de la ley local en términos de contratos comerciales y normativas de transferencia de bienes. Esto puede incluir aspectos como la validez del contrato, la representación de las partes y el cumplimiento de las normativas locales sobre comercio y exportación de bienes culturales.
- c) **Facilidad de acceso a evidencias y testigos:** Resolver un litigio en el lugar donde ocurrió la transacción o disputa puede facilitar el acceso a cruciales evidencias y a testigos. Esto es importante en casos donde la documentación de la transacción o las declaraciones de las partes y testigos son clave para el caso.
- d) **Consideraciones prácticas y logísticas:** La elección de este foro puede ser motivada por consideraciones prácticas, como la disponibilidad de recursos legales, la facilidad de procedimientos legales, y la proximidad a las partes involucradas en el litigio.
- e) **Coherencia con normas internacionales:** En el contexto de bienes culturales, las disputas sobre la transacción pueden involucrar aspectos de derecho internacional. La elección del lugar de la transacción como foro competente puede ser coherente con normas y tratados internacionales que regulan el comercio de bienes culturales.

54. En todo caso, la recuperación de bienes culturales en litigios internacionales implica una serie de consideraciones especiales que van más allá de los aspectos puramente legales. Estas consideraciones especiales, que requieren un enfoque equilibrado y sensible, son fundamentales para entender la complejidad y sensibilidad de estos casos:

⁵⁸ Convención de 1995. Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, *UNIDROIT*, disponible en: <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>.

- a) **Valor histórico y cultural:** Los bienes culturales no son meros objetos materiales; su valor reside en su significado histórico, artístico y cultural. La recuperación de estos bienes implica considerar su importancia para la identidad y el patrimonio de las comunidades y naciones involucradas.
- b) **Derechos de las comunidades originarias:** En muchos casos, los bienes culturales son esenciales para las comunidades originarias o indígenas. Las reclamaciones de repatriación pueden basarse en la importancia de estos objetos para la preservación de la cultura, las tradiciones y la memoria colectiva de estas comunidades.
- c) **Ética y restitución:** Las consideraciones éticas juegan un papel crucial en la recuperación de bienes culturales. Esto incluye el reconocimiento de injusticias históricas, como el saqueo durante conflictos o la adquisición ilegal, y la necesidad de restituir estos bienes de manera justa y ética.
- d) **Legislación internacional sobre protección del patrimonio histórico-artístico y cultural:** Además de los tratados y convenciones, existe una creciente legislación internacional enfocada en la protección y preservación del patrimonio cultural. Estas leyes abogan por la devolución de bienes culturales a sus países de origen y la protección contra el tráfico ilícito.
- e) **Impacto en las relaciones internacionales:** Los litigios sobre la recuperación de bienes culturales pueden tener implicaciones en las relaciones diplomáticas entre países. La forma en que se manejan estos casos puede influir en la cooperación cultural y política internacional.
- f) **Equilibrar los derechos jurídicos con las consideraciones culturales:** Aunque los principios jurídicos son la base de la resolución de conflictos, cada vez se reconoce más la necesidad de equilibrarlos con consideraciones culturales, históricas y éticas. Este planteamiento respeta tanto el Estado de Derecho como el significado cultural de los objetos en cuestión.

4. Competencia judicial internacional de los tribunales de Estados Unidos sobre litigios de restitución de obras de arte⁵⁹

55. Nada de todo lo anterior sería posible si no fuera fácil y rápido justificar la competencia internacional de los tribunales estadounidenses para conocer de las acciones interpuestas contra el poseedor de la obra de arte.

56. En primer lugar, los tribunales estadounidenses pueden ser internacionalmente competentes, ejerciendo la *personal jurisdiction* contra el poseedor actual del objeto de arte reclamado y potencial obligado a su restitución; es decir, apoyándose en el hecho de que al demandado se le ha notificado personalmente el inicio de un procedimiento judicial contra él, estando presente en el territorio de este Estado, sin que importe, a estos efectos, que su presencia sea transitoria o permanente⁶⁰. Lo proclama el *28 Restatement (Second) of Conflict of Laws*: “A state has power to exercise judicial jurisdiction over an individual who has present within its territory, whether permanently or temporarily”.

57. *Ejemplo:* La Fundación Thyssen-Bornemisza alegó ante el Tribunal de Distrito californiano que los tribunales de California carecían de competencia judicial internacional para enjuiciar al Museo a la luz de una demanda que exigía la restitución de una obra de arte robada por los nazis o su indemnización.

⁵⁹ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2023, Vol. 15, Nº 2, pp. 222-224.

⁶⁰ Vid. A.L. PARRISH, “Sovereignty, Not Due Process: Personal Jurisdiction over Nonresident Aliens”, en *Wake Forest Law Review*, 41, 2006, pp. 1-60; T.D. PETERSON, “The Timing of Minimum Contacts”, en *George Washington Law Review*, 79, 2010, pp. 101-160; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 73-74; C.W. RHODES y C.B. ROBERTSON, “Toward a New Equilibrium in Personal Jurisdiction”, en *UC Davis Law Review*, 48, 2014, pp. 207-270.

58. La Fundación esgrimió varios argumentos contra la *personal jurisdiction*: (a) En Estados Unidos, está constitucionalmente prohibido que se prive a las personas de su propiedad sin un “proceso legal justo” (*due process of law*)⁶¹. (b) Según la denominada “cláusula del proceso justo” (*due process clause*), se prohíbe generalmente que un tribunal ejerza su jurisdicción sobre una parte no residente, salvo que ésta tenga “contactos mínimos” (*minimum contacts*) suficientes con el foro (en este caso, California) para que el procedimiento sea respetuoso con el “juego limpio y justicia sustancial” (*fair play and substantial justice*)⁶². (c) En el caso concreto de que se trataba, faltaban los contactos mínimos necesarios para que un tribunal californiano pudiera ejercer la jurisdicción personal sobre un museo público español.

59. El Tribunal de Distrito de California desestimó dicha argumentación. En primer lugar, consideró que el marco legal de la contienda no debía buscarse tanto en la jurisprudencia anterior, como en la legislación federal: Era la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* la que fijaba cuáles eran los supuestos en que los tribunales estadounidenses podían ejercer jurisdicción sobre Estados extranjeros. En segundo lugar, el demandado no podía exigir ninguna conexión territorial adicional con los Estados Unidos que no se hallara recogida por la Ley misma. Por último, no era necesario investigar más a fondo el grado de contacto entre el Museo y los Estados Unidos; puesto que los Cassirer fundamentaban la competencia de los tribunales estadounidenses, sobre todo, en la denominada *excepción de expropiación (expropriation exception)* de la FSIA, que era poco discutible en este caso.

60. En segundo lugar, los *long arm statutes* permiten que se justifique la jurisdicción en virtud de *mínimos contactos de negocios* en los Estados Unidos (= abandono de los requerimientos mecánicos de consentimiento, presencia física o domicilio [*Pennoyer v. Neff* 95 U.S. 714 (1878)] por obra de *International Shoe Co. v. Washington* 326 U.S. 310 (1945)¹³⁸. Esto es válido tanto para demandados nacionales como extranjeros⁶³.

61. En tercer lugar, según la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, la competencia para conocer de litigios sobre restitución de obras de arte sustraídas por los nazis se puede basar en el ejercicio de una actividad comercial (*commercial activity exception*) relacionada con el territorio de los Estados Unidos, siempre que: (a) los demandados sean *Estados extranjeros* o *Museos e instalaciones de arte de carácter público*; y (b) la demanda se base en *commercial activity carried on in the United States by the foreign state* o en “*an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States* (28 U.S.C.1605[a][2]1 y 3).

62. Para aplicar la *commercial activity exception*, los tribunales estadounidenses deben tener en consideración los siguientes datos:

- 1º) *Qué es*, a estos efectos, una *actividad comercial*: Debe tratarse de un acto jurídico no soberano (un acto jurídico patrimonial semejante al que podría llevar a cabo un particular [*actae iure gestionis*])⁶⁴, ya sea de tracto sucesivo o de tracto único: *either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act* (28 U.S.C. § 1603[d]).

⁶¹ *Cassirer*, 461 F. Supp.2d at 1168 (quoting *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F. Supp.2d 1187, [C.D. Cal. 2001]).

⁶² *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/>.

⁶³ S.A. BENJAMIN, “The Territorial Reach of Federal Courts”, en *Florida Law Review*, 71, 2019, pp. 979-1015; G.B. BORN, “Reflections on Judicial Jurisdiction in International Cases”, en *Ga. J. Int’l & Comp. L.*, 17:1, 1987, pp. 1-44; R.E. DEGNAN y M.K. KANE, “The Exercise of Jurisdiction over and Enforcement of Judgments against Alien Defendants”, en *The Hastings Law Journal*, 39, 1988, pp. 799-855; P. HAY, “American Judicial Jurisdiction over out-of-State Defendants revisited”, en S. Kubis et al. (Eds.), *Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit, Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, pp. 622-630; G.P. MILLER, “In Search of the Most Adequate Forum: State Court Personal Jurisdiction”, en *Stanford Journal of Complex Litigation*, vol. 2: 1, Winter 2014, pp. 1-39; J.P. RAPP, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 48.

⁶⁴ *Malewicz v. City of Amsterdam* 362 F.Supp.2d 298, 313 (D.D.C. 2005), disponible en: <https://casetext.com/case/malewicz-v-city-of-amsterdam-3> y en <https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/caselawdoc/traffickingculturalpropertycrimetype/>

2º) *Cómo se sabe si una actividad comercial se realiza en Estados Unidos o en el extranjero, pero causa un efecto directo en los Estados Unidos: “A commercial activity carried on in the United States by a foreign state’ means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States (28 U.S. Code § 1603[e]).*

III. Determinación de la ley aplicable

63. La determinación de la ley aplicable en litigios internacionales sobre bienes culturales es un aspecto esencial para resolver disputas de manera justa y efectiva. Este proceso involucra analizar diversos factores y aplicar principios de Derecho internacional privado.

64. Este principio determina qué ley aplicar cuando existen discrepancias entre las legislaciones de diferentes países. En el caso de bienes culturales, ello implica considerar:

- a) **Ley del lugar donde se encuentra el bien (= *lex situs*):** Tradicionalmente, la ley del lugar donde se encuentra actualmente el bien ha sido crucial para determinar la propiedad. Sin embargo, en casos de restitución, se argumenta que la *lex situs* podría ser insuficiente para abordar adecuadamente las injusticias históricas.
- b) **Ley del país de origen del bien:** En casos de arte robado, algunos argumentan que la ley del país de origen debería tener precedencia, especialmente si el bien fue adquirido ilegalmente.

65. El caso de Cassirer destaca la complejidad inherente a situaciones donde las normativas legales de distintos países se encuentran en conflicto. La elección de la jurisdicción californiana para decidir sobre la propiedad de un bien cultural situado en España plantea preguntas fundamentales sobre la autoridad judicial, la competencia de los tribunales y la elección de la ley aplicable en el contexto transnacional.

1. Marco jurídico de referencia

66. El marco jurídico de referencia para la determinación de la ley aplicable en litigios internacionales sobre bienes culturales en España se basa en un conjunto de normativas y principios tanto nacionales como internacionales. Este marco establece las pautas para identificar la legislación pertinente en cada caso específico.

Código Civil

67. El Código Civil Español⁶⁵ es un pilar fundamental en el marco jurídico para la determinación de la ley aplicable en litigios internacionales sobre bienes culturales. Sus disposiciones tienen implicaciones significativas en varios aspectos:

usa/2007/malewicz_heirs_vs_city_of_amsterdam_html/Malewicz_v_City_of_Amsterdam_362_F_Supp_2d_298_-_Dist_Court_Dist.pdf *Id.*, A. CHECHI, E. VELIOGLU Y M.-A. RENOLD, “Case 14 Artworks – Malewicz Heirs and City of Amsterdam”, December 2013, disponible en: <https://plone.unige.ch/art-adr/cases-affaires/14-paintings-2013-malewicz-heirs-and-city-of-amsterdam/case-note-2013-14-artworks-2013-malewicz-heirs-and-city-of-amsterdam>; J. DRYSDALE, “Malewicz v. City of Amsterdam. F. SUPP. 2D 298 (D.D.C. 2005)”, en *De Paul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, 16, 2005, pp. 161-172, disponible en: <https://via.library.depaul.edu/jatip/vol16/iss1/5>; H.N. SPIEGLER, “Litigation against a Foreign Sovereign in the United States to Recover Artworks on Temporary Loan: The Malewicz Case”, en *Bringing Together the World’s Lawyers*, n° 2007-1, disponible en: https://www.tagalliances.com/files/Specialty%20Group%20News/Litigation/Herrick_Juriste%20International.pdf

⁶⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

- a) **Normas de conflicto de leyes:** El Código Civil contiene normas de conflicto que son esenciales para determinar qué legislación debe aplicarse en casos con elementos internacionales. Estas normas ayudan a resolver cuestiones sobre la aplicación de leyes extranjeras y la determinación de la jurisdicción competente.
- b) **Propiedad y transacciones de bienes:** En el contexto de bienes culturales, el Código Civil establece las reglas generales sobre la propiedad, los contratos de compraventa y la transmisión de bienes. Esto es crucial para casos que involucran disputas sobre la titularidad de bienes culturales, su compra o venta y la validez de las transacciones.
- c) **Protección del patrimonio histórico-artístico y cultural:** Aunque la protección específica del patrimonio cultural se aborda principalmente en la legislación especializada, el Código Civil ofrece un marco general para entender cómo se aplica la ley española a bienes de importancia cultural, especialmente en lo referente a su protección, conservación y transmisión.
- d) **Sucesiones y herencias:** En litigios que involucran la sucesión de bienes culturales, especialmente en contextos transfronterizos, el Código Civil proporciona las bases para determinar la ley aplicable a las sucesiones. Esto es esencial para casos que involucran herencias internacionales y la distribución de bienes culturales como parte del legado.
- e) **Interacción con Tratados y Convenios internacionales:** Aunque el Código Civil es la ley fundamental en España, su aplicación en el contexto de bienes culturales debe considerar la interacción con tratados internacionales relevantes. Esto asegura que la ley aplicada sea coherente con las obligaciones internacionales de España.

68. El Código Civil Español, por tanto, proporciona un marco legal esencial para la determinación de la ley aplicable en litigios internacionales, ofreciendo principios y normas que guían la resolución de disputas en el contexto de la protección y recuperación de bienes culturales.

Reglamentos “Roma I” y “Roma II” de la Unión Europea

69. Los Reglamentos “Roma I” y “Roma II” de la Unión Europea son esenciales para determinar la ley aplicable en litigios internacionales, incluidos aquellos relacionados con bienes culturales. Estos reglamentos proporcionan un marco coherente y armonizado para la elección de la ley en el ámbito de la Unión Europea.

- a) **Reglamento “Roma I”⁶⁶:** Este reglamento se ocupa de la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Establece las normas para determinar qué legislación nacional se aplica a los contratos internacionales. En el contexto de los bienes culturales, es particularmente relevante para contratos de compraventa, préstamo o restauración de obras de arte y otros bienes culturales.
- b) **Reglamento “Roma II”⁶⁷:** Este reglamento rige la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo cual es crucial para litigios relacionados con la responsabilidad civil, incluyendo la restitución de bienes culturales robados o dañados. Ofrece directrices sobre cómo determinar la ley aplicable en casos de delitos o actos ilícitos transfronterizos.
- c) **Uniformidad y previsibilidad en la UE:** Ambos reglamentos buscan proporcionar uniformidad y previsibilidad en la determinación de la ley aplicable dentro de los Estados miembros de la UE. Esto es vital para garantizar la coherencia en el tratamiento de litigios transfronterizos y facilitar la resolución de disputas en el mercado interior.

⁶⁶ Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* núm. 177, de 4 de julio de 2008.

⁶⁷ Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DOUE*, L 199/40, de 31 de julio de 2007.

- d) **Excepciones y normas especiales:** Los reglamentos contienen disposiciones sobre excepciones y normas especiales en ciertas circunstancias. Por ejemplo, pueden existir reglas específicas relacionadas con la protección de los derechos de las partes más débiles o la consideración de leyes imperativas (*lois de police*).
- e) **Interacción con otras leyes:** Aunque los Reglamentos “Roma I” y “Roma II” son instrumentos clave en la UE, su aplicación debe considerar la interacción con otras leyes nacionales relevantes y tratados y convenios internacionales, particularmente aquellos relacionados con bienes culturales y su protección.

70. La aplicación de los Reglamentos “Roma I” y “Roma II” es fundamental para proporcionar claridad y coherencia en la determinación de la ley aplicable en casos complejos que involucran bienes culturales en un contexto europeo e internacional.

Convenios y Tratados internacionales

71. Los convenios internacionales desempeñan un papel crucial en la determinación de la ley aplicable en litigios internacionales, especialmente en casos relacionados con bienes culturales. Estos convenios establecen marcos legales y principios comunes que trascienden las fronteras nacionales.

- a) **Convención de la UNESCO de 1970:** La Convención de la UNESCO de 1970 sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales establece marcos para la prevención del tráfico ilícito de bienes culturales y fomenta la restitución de objetos culturales a sus países de origen en caso de exportación ilegal. Aunque no es retroactiva, sirve como un estándar ético y legal para los esfuerzos de restitución posteriores a su adopción.⁶⁸
- b) **Convención de UNIDROIT de 1995:** Complementa la Convención de la UNESCO de 1970 proporcionando un marco legal más detallado para la restitución de bienes culturales robados y la devolución de bienes culturales exportados ilegalmente. Esta convención se centra en mejorar la cooperación internacional y establece principios para la devolución de objetos culturales robados, incluidos aquellos adquiridos de buena fe⁶⁹.
- c) **Convenios de La Haya de 1954:** Aunque no es un caso judicial, la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 y sus protocolos han servido como referencia en debates legales sobre la restitución de bienes culturales. Esta convención establece normas para la protección de patrimonio cultural durante conflictos armados y ha sido citada en discusiones sobre la obligación de restituir bienes culturales tras su saqueo en guerras.⁷⁰

72. La adhesión a estos convenios internacionales refleja el compromiso de los países con la protección del patrimonio cultural mundial y proporciona un marco esencial para la determinación coherente de la ley aplicable en litigios complejos que involucran bienes culturales.

⁶⁸ “Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales”, *UNESCO*, París (Francia), 14 de noviembre de 1970. Disponible en <https://es.unesco.org/about-us/legal-affairs/convencion-medidas-que-deben-adoptarse-prohibir-e-impedir-importacion>.

⁶⁹ “Convención sobre los bienes culturales robados o ilegalmente exportados”, *UNIDROIT*, Roma, 24 de junio de 1995. Disponible en <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention>.

⁷⁰ “Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y Reglamento para la aplicación de la Convención”, *UNESCO*, La Haya (Países Bajos), 14 de mayo de 1954, disponible en <https://es.unesco.org/about-us/legal-affairs/convencion-proteccion-bienes-culturales-caso-conflicto-armado-y-reglamento>.

2. Ley aplicable y bienes del patrimonio histórico español

73. En el contexto de los bienes pertenecientes al patrimonio histórico español, la determinación de la ley aplicable reviste una importancia particular debido a la necesidad de preservar y proteger estos bienes de relevancia cultural e histórica.

- a) **Ley de Patrimonio Histórico Español**⁷¹: Esta ley constituye el marco legal primordial para la protección, conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico en España. Incluye disposiciones específicas sobre la clasificación, tratamiento y transacción de bienes culturales, y juega un papel crucial en la determinación de la ley aplicable en litigios relacionados con estos bienes. En otras palabras, la legislación española sobre la protección del patrimonio histórico y cultural incluye disposiciones relevantes para la restitución de bienes culturales. Esta ley establece el marco dentro del cual se pueden reclamar bienes culturales que han sido ilegalmente exportados o robados.
- b) **Restricciones en la exportación y comercio**: La ley establece restricciones significativas en la exportación y comercio de bienes del patrimonio histórico, asegurando que su venta, transferencia o exportación cumpla con las normativas nacionales. Esto es crucial para casos que involucran la venta internacional de bienes culturales españoles.
- c) **Protección de bienes inmuebles y muebles de valor cultural**: La ley no solo se ocupa de los bienes inmuebles, como edificios y monumentos, sino también de bienes muebles de valor cultural, incluyendo obras de arte, manuscritos y otros objetos históricos. La determinación de la ley aplicable en litigios sobre estos objetos se rige en gran medida por estas normativas.
- d) **Restitución de bienes culturales**: En casos de expoliación o apropiación ilícita de bienes culturales, la ley proporciona un marco para su restitución. Esto es relevante en litigios internacionales donde se busca la devolución de bienes culturales a España.
- e) **Interacción con normas internacionales**: Aunque la Ley de Patrimonio Histórico es clave, su aplicación debe considerarse junto con las obligaciones internacionales de España, especialmente en relación con tratados y convenciones sobre protección del patrimonio cultural.

74. La ley aplicable en casos que involucran bienes del patrimonio histórico español refleja un esfuerzo por equilibrar la protección legal de estos bienes con los principios de justicia y equidad, asegurando su preservación para futuras generaciones.

3. Ley aplicable y bienes del patrimonio histórico de otros países

75. La determinación de la ley aplicable a bienes pertenecientes al patrimonio histórico-artístico o cultural de otros países en litigios internacionales es una cuestión compleja, que requiere una cuidadosa consideración de una variedad de factores legales, culturales y éticos, asegurando un enfoque equilibrado y justo en la resolución de litigios.

4. Ley aplicable y bienes culturales robados o exportados ilícitamente

76. La determinación de la ley aplicable en casos de bienes culturales robados o exportados ilícitamente es una cuestión de suma importancia, dada la necesidad de proteger el patrimonio cultural y combatir el tráfico ilícito de bienes.

- a) **Principio de *lex originis***: En muchos casos, la ley del país de origen del bien cultural (= *lex originis*) se considera fundamental. Esta ley rige la protección y el estatus legal de los

⁷¹ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, *BOE* núm. 155, de 29 de junio de 1985.

bienes culturales y es crucial para decidir sobre reclamaciones de restitución y repatriación de bienes robados o exportados de manera ilícita.

- b) **Convenciones internacionales:** La Convención de la UNESCO de 1970 y la Convención de UNIDROIT de 1995 juegan un papel clave. Estos tratados establecen normativas internacionales para la restitución de bienes culturales robados y la devolución de bienes exportados ilícitamente, ofreciendo un marco para la determinación de la ley aplicable en estos casos.
- c) **Jurisdicción del país de descubrimiento o recuperación:** En situaciones donde los bienes han sido descubiertos o recuperados en un país diferente al de origen, la ley de este país puede ser relevante, especialmente para medidas cautelares y procesos iniciales de reclamación.
- d) **Derechos de propiedad y transacciones de buena fe:** Los litigios a menudo involucran la evaluación de los derechos de propiedad y la protección de adquirentes de buena fe⁷². Esto requiere equilibrar la ley del país de origen con las normas sobre la adquisición de bienes y los derechos de propiedad en el país donde se encuentra el bien.

77. La ley aplicable en casos de bienes culturales robados o exportados ilícitamente debe abordarse con un enfoque que respete los tratados internacionales, proteja el patrimonio cultural y garantice la justicia y equidad en el manejo de estas disputas sensibles.

IV. Especial referencia a la regulación del comercio internacional de bienes culturales y UE

78. La regulación del comercio internacional de bienes culturales dentro de la Unión Europea es un área de creciente importancia dada la necesidad de proteger el patrimonio cultural y asegurar un comercio justo y legal de estos bienes.

79. La Unión Europea ha implementado varias regulaciones para controlar y regular el comercio de bienes culturales. Estas incluyen medidas para prevenir el tráfico ilícito, establecer criterios uniformes para la exportación e importación, y facilitar la restitución de bienes culturales robados o exportados ilícitamente.

80. Además, la UE requiere licencias de exportación para ciertos bienes culturales, asegurando que su salida de los Estados miembros se realice legalmente y con conocimiento de su importancia cultural. Estas licencias ayudan a prevenir la exportación ilegal y a mantener un registro de los bienes culturales que cruzan fronteras.

81. La Unión Europea mantiene y promueve el uso de bases de datos de bienes culturales robados, como la base de datos de INTERPOL, para asistir en la identificación y recuperación de bienes. Esto facilita la cooperación transfronteriza entre autoridades nacionales y organismos de aplicación de la ley. También fomenta la cooperación entre Estados miembros para la recuperación y restitución de bienes culturales. Esto incluye el apoyo a iniciativas para devolver bienes culturales a sus países de origen y la colaboración en investigaciones y procesos judiciales.

82. Las regulaciones de la UE se alinean y complementan las disposiciones de tratados internacionales como la Convención de la UNESCO de 1970. Esto asegura un impacto coherente y refleja un compromiso con la protección del patrimonio cultural⁷³, la lucha contra el tráfico ilícito y la promoción de un comercio legal y ético de bienes culturales.

⁷² En el proceso de restitución, también se consideran los derechos de adquirentes de buena fe. Esto implica evaluar las circunstancias de la adquisición y determinar soluciones justas y equitativas que respeten tanto los derechos del país de origen como los del actual poseedor.

⁷³ La restitución de bienes culturales desde y hacia los Estados miembros refleja el compromiso de la UE con la protección del patrimonio cultural y la promoción de un mercado de arte y antigüedades responsable y legal.

1. Restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado Miembro

83. La restitución de bienes culturales que han sido ilegalmente sacados del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea es un aspecto crucial en la protección del patrimonio cultural y el combate al tráfico ilícito de bienes.

84. La Unión Europea ha establecido un marco legal específico que facilita la restitución de bienes culturales sacados ilegalmente de un Estado miembro. Este marco incluye directrices y procedimientos para identificar, reclamar y retornar dichos bienes a su país de origen dentro de la UE.⁷⁴

85. La restitución implica una estrecha cooperación entre los Estados miembros, lo que incluye el intercambio de información, asistencia en investigaciones y procedimientos judiciales, y apoyo en la identificación y recuperación de los bienes culturales.

86. La UE promueve el uso de sistemas de alerta y bases de datos, como el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) y la base de datos de INTERPOL, para buscar, rastrear y recuperar bienes culturales robados o exportados ilegalmente.

87. Los procedimientos para la restitución de bienes culturales incluyen mecanismos legales para presentar reclamaciones, pruebas de la salida ilegal de los bienes y procesos para facilitar su retorno seguro y efectivo.

2. Exportación de bienes culturales

88. La exportación de bienes culturales desde los Estados miembros de la Unión Europea está sujeta a regulaciones específicas que buscan equilibrar la libre circulación de bienes con la protección del patrimonio cultural. A continuación, tratamos algunas de ellas:

- a) **Regulaciones de la UE sobre Exportación de Bienes Culturales:** La Unión Europea ha implementado un conjunto de regulaciones que establecen criterios claros y procedimientos para la exportación de bienes culturales. Estas normativas buscan prevenir la salida ilegal de bienes de valor cultural y garantizar que su exportación se realice de manera controlada y legal.⁷⁵
- b) **Licencias de Exportación:** Uno de los mecanismos clave son las licencias de exportación. Para bienes culturales de cierta importancia, se requiere una licencia para su exportación fuera de las fronteras de la UE. Estas licencias son emitidas por las autoridades competentes de cada Estado miembro y buscan asegurar que los bienes culturales sean exportados de acuerdo con la ley.
- c) **Criterios para la Emisión de Licencias:** Los criterios para la emisión de licencias de exportación incluyen la evaluación del valor histórico, artístico o arqueológico del bien. Se considera su relevancia para el patrimonio cultural del Estado miembro y la necesidad de su preservación dentro de la UE.
- d) **Control y Vigilancia en las Fronteras:** La UE promueve un control efectivo en sus fronteras para detectar y prevenir la exportación ilegal de bienes culturales. Esto implica la cooperación entre aduanas, policía y autoridades culturales.

⁷⁴ Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) N° 1024/2012, DOUE L 159/1, de 28de mayo de 2014.

⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA, "Normas de la UE para la protección del patrimonio cultural Importación y exportación de bienes culturales", disponible en https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-controls/cultural-goods_en.

- e) **Cooperación Internacional en la Protección del Patrimonio Cultural:** La regulación de la exportación de bienes culturales también implica la cooperación con organizaciones internacionales y otros países fuera de la UE, especialmente en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.
- f) **Equilibrio entre Protección del Patrimonio y Movilidad Cultural:** Las regulaciones buscan un equilibrio entre la protección del patrimonio cultural y la promoción de la movilidad y el intercambio cultural. Esto reconoce la importancia de la circulación de bienes culturales para la educación, la cultura y la ciencia.

89. Las normativas de la UE sobre la exportación de bienes culturales reflejan un compromiso con la protección del patrimonio cultural y la promoción de un comercio de arte y antigüedades legal y responsable.

3. Importación de bienes culturales

90. Como veremos a continuación, la importación de bienes culturales en la Unión Europea es un área regulada con especial atención, dada su importancia para la protección del patrimonio cultural, el combate al tráfico ilícito de bienes y asegurar que el intercambio cultural se realice de manera responsable y legal.

- a) **Regulaciones de la UE sobre importación de bienes culturales:** La UE ha establecido normativas específicas para la importación de bienes culturales, con el objetivo de garantizar que estos bienes ingresen al territorio de la UE de manera legal y transparente. Estas regulaciones buscan prevenir la entrada de bienes culturales robados o exportados ilícitamente de sus países de origen⁷⁶.
- b) **Verificación de la legalidad en la importación:** Las autoridades aduaneras de los Estados miembros de la UE están facultadas para verificar la legalidad de los bienes culturales importados. Esto incluye la comprobación de la documentación adecuada que demuestre la legalidad de su exportación del país de origen.
- c) **Cooperación con países Fuera de la UE:** La UE coopera estrechamente con países fuera del bloque en materia de importación de bienes culturales. Esto incluye el intercambio de información y la colaboración en investigaciones relacionadas con el tráfico ilícito de bienes culturales.
- d) **Restricciones y controles en la importación:** Existen restricciones y controles específicos sobre la importación de ciertos bienes culturales, especialmente aquellos que tienen un alto valor histórico, artístico o arqueológico. Estas medidas son esenciales para proteger el patrimonio cultural global.
- e) **Responsabilidad de importadores y comerciantes:** Los importadores y comerciantes de bienes culturales tienen la responsabilidad de asegurarse de que su importación cumpla con las leyes de la UE y del país de origen. Esto incluye la debida diligencia para verificar el origen y la legalidad de los bienes.
- f) **Promoción de un comercio ético y legal:** Las regulaciones de la UE sobre la importación de bienes culturales reflejan un compromiso con la promoción de un comercio ético y legal. Esto fomenta un mercado de arte y antigüedades que respeta el patrimonio cultural y combate el tráfico ilícito.

⁷⁶ Reglamento (UE) 2019/880 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a la introducción y la importación de bienes culturales, *DOUE* L 151/1, de 7 de junio de 2019.

Caso *Cassirer*⁷⁷

91. *Arte, Derecho y Comercio Internacional* pueden resultar *a priori* disciplinas esencialmente opuestas. Mientras que la primera, el Arte, evoca conceptos como creatividad, belleza y emoción; la segunda, el Derecho, despierta sensaciones de rigidez, firmeza y frialdad. No obstante, la realidad es muy diferente, y lo legal convive en el mundo de las musas de manera cotidiana en lo que se conoce como Derecho del arte.

92. La emoción espiritual que supone el estudio de la esencia íntima del Derecho, inagotable y excelsa fuente de vida, y la emoción real del roce con la obra bella, con el Arte mismo. Un Arte que –como decía ORTEGA– no es cosa usadera, normal y de hora fija. Y el Derecho, que no es, ni más ni menos, que esa fuerza libre «que ayuda al hombre en su camino fatigoso que asciende de la tierra al cielo»⁷⁸.

93. Estudiar Derecho y Arte es atacar desde dos lados diversos el mismo problema, bajo el perfil de la función y la estructura. «El Arte, como el Derecho, sirven para ordenar el mundo. El Derecho, como el Arte, tienden un puente desde el pasado al futuro». Eterna hermosura del Derecho que nos arrastra a atacar un problema sin solución, sin principio ni fin, lleno de peligro y dificultades; pero hermoso, en el que juegan y se entrecruzan con raíces profundas, de tierra y vida, los conceptos de lo bello, lo justo, lo verdadero y lo bueno.

94. Es posible imaginar, pues, que el Derecho tiene su poesía, su belleza, su arte, su lenguaje, y que el Arte o la poesía tiene su Derecho, su justicia, su orden, su ley.

95. Derecho y Arte ordenan el mundo; pero no sólo lo ordenan, sino lo enriquecen. El poeta que canta la naturaleza o el artista que crea su obra no hace sino ejecutar con sus leyes ese enriquecimiento. Así también el legislador que ordena o el magistrado que juzga enriquecen al mundo de bien, de justicia, de verdad.

96. Por tanto, Derecho y Arte coinciden en ese enriquecimiento humano a través de sus normas buscando Justicia en las relaciones humanas y Belleza como esplendor del orden creado. Y el jurista interpreta el Derecho para ser justo y el artista interpreta su arte para conseguir algo bello. Uno y otro crean Derecho y Arte.

97. Si algo define al mundo del Arte es su carácter internacional. Por ello, no es raro que en los juicios donde hay obras de por medio, las partes involucradas residan en países diferentes, generando conflictos de jurisdicción y de determinación de la ley aplicable importantes.

98. El litigio en torno al cuadro “Rue St. Honoré, après midi, effect de pluie” de Camille Pissarro, valorado en 13 millones de euros y actualmente en posesión de la Fundación Thyssen-Bornemisza, es un buen ejemplo de ese trinomio Arte-derecho-Comercio internacional, ya que plantea una serie de preguntas cruciales en el contexto del Derecho internacional privado y de la protección jurídica internacional del patrimonio histórico-artístico y cultural⁷⁹.

⁷⁷ Vid. en general, A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Arte y Derechos Humanos*, Editorial COLEX, S.L., A Coruña (España), 2023; y A. ORTEGA GIMÉNEZ, (Dir.), *Arte, Derecho y Comercio Internacional*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022; y, en particular, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “TRIBUNA: Arte, Derecho y Comercio Internacional. A propósito del litigio sobre el cuadro «Rue ST. Honoré, Après midi, effet de pluie», del pintor impresionista francés Camille Pissarro” (artículo de opinión), *IBERLEY. El valor de la confianza*, Editorial COLEX, A Coruña, 6 de febrero de 2024. Disponible en: <https://www.iberley.es/revista/tribuna-arte-derecho-y-comercio-internacional-proposito-litigio-cuadro-rue-st-honore-apres-midi-effet-pluie-pintor-impresionista-frances-camille-pissarro-923>

⁷⁸ Vid. M. GALLEGO MORELL, “El Derecho y sus relaciones con el Arte”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 2ª época, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), Facultad de Derecho, 1993; y, A. ORTEGA GIMÉNEZ, (Dir.), *Arte, Derecho y Comercio Internacional*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

⁷⁹ No es éste el único caso sobre la materia donde la realidad supera la ficción. Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, “*The Monuments Men* o cómo evitar la destrucción de miles de años de cultura de la humanidad”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ Y L.S. HEREDIA SÁNCHEZ

99. Hagamos un poco de historia⁸⁰: “Rue St. Honoré, après midi, effect de pluie” fue propiedad de la familia Cassirer desde principios del siglo XX, cuando lo adquirieron a un agente de Pissarro. Con la llegada de los nazis al poder en Alemania, éstos adquirieron el cuadro por un precio irrisorio a cambio de permitir a la judía alemana millonaria, Lilly Cassirer, abandonar Alemania, junto a su familia, rumbo a Reino Unido.

100. Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, la familia Cassirer buscó el cuadro, pero no pudo encontrarlo, a pesar de que estuvo oculta en una colección privada de San Luis (Misuri) desde 1952 hasta 1976. La pintura, que se creía destruida durante la guerra, fue adquirida en 1976 por el barón Hans Heinrich Thyssen a la galería neoyorquina Septhen Hahn por 300.000 dólares, desconociendo éste el origen irregular del despojo de su propiedad a la familia Cassirer, siendo adquirido con posterioridad el cuadro por la Fundación Thyssen Bornemisza, que lo compró en 1993, como parte de la Colección Thyssen, propiedad del trust Favorita Trustees Limited –del barón Thyssen–, compuesta por 775 cuadros, entre los que se encontraba estaba valiosa pintura, y por los cuales España pagó 350 millones de dólares.

101. La familia Cassirer inició un litigio, en California, lugar de su domicilio, con la finalidad de recuperar el cuadro y, en mayo de 2019 el juez John F. Walker, del Distrito Central de California, falló a favor de la Fundación Thyssen-Bornemisza. En aplicación del Derecho civil español, conforme a la figura de la usucapión la Fundación era la propietaria del cuadro puesto que, fuese cual fuese el título de adquisición, se había convertido en legítima propietaria de la obra por prescripción adquisitiva. Esta figura viene prevista en el artículo 1955 del Código Civil español, el cual dispone que se “prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición”. Es decir, independientemente de cómo hubiese adquirido el cuadro, la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza se habría convertido en legítimo propietario del mismo por su posesión no interrumpida durante seis años. En dicho fallo, el mismo juez expresó el punto clave de cuestión de competencia: «Es indiscutible que los nazis robaron el cuadro a Lilly. Bajo la ley de California y el derecho anglosajón, los ladrones no pueden vender una propiedad a nadie, incluyendo a un comprador de buena fe. Sin embargo, como este Tribunal estableció, la Ley de California y el derecho anglosajón no son de aplicación en este caso. En vez de eso, el Tribunal debe aplicar la Ley Española. Y bajo la Ley Española, la Fundación Thyssen-Bornemisza es la propietaria legal del cuadro, añadió en su sentencia, en el caso David Cassirer y otros contra la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza. La decisión fue recurrida por la familia, a la que se unieron la Comunidad Judía de Madrid y la Federación de Comunidades Judías de España, representadas por Bernardo M. Cremades Jr., del despacho B. Cremades & Asociados en Madrid, personándose como terceros interesados (*amicus curiae*). En la parte contraria, también la Abogacía del Estado español intervino en el proceso del lado de la Fundación.

102. Tras varias instancias, el Tribunal Supremo de EEUU, dictó una resolución, a principios del año 2022, por la que da marcha atrás, al decidir que en el caso del cuadro expoliado por los nazis debería haberse aplicado un foro diferente conforme a la ley estadounidense considerando que «Un Estado o un elemento extranjero en una demanda de la FSIA (Ley de Inmunidad de Soberanía Extranjera) es responsable igual que lo sería una parte privada. Eso significa que debe aplicarse la norma estándar de elección de ley. En un litigio sobre derecho de propiedad como éste, esa norma estándar es la del Estado del foro (en este caso, California), no ninguna derivada del derecho común federal. Por tanto, se cambiaba de

(Dir.), A. CASTELLANOS CABEZUELO (Coord.), *Arte, Cine, Derecho y Comercio internacional*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 219-236; o A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Derecho internacional privado en estado puro y la reconciliación con el pasado histórico y artístico, a propósito de La Dama de oro”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ Y L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (Dir.), A. CASTELLANOS CABEZUELO (Coord.), *Arte, Cine, Derecho y Comercio internacional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 249-272.

⁸⁰ Vid. S. PÉREZ, “David Cassirer apelará la decisión de otorgar al Thyssen un Pissarro robado por los nazis”, *Agencia EFE*, S.A., Madrid, 11 de enero de 2024. Disponible en: <https://efe.com/cultura/2024-01-11/david-cassirer-apelara-la-decision-de-otorgar-al-thyssen-un-pissarro-robado-por-los-nazis-2>.

criterio y si, la resolución de los tribunales inferiores determinó que era de aplicación la Ley española (conforme al derecho común federal) el Tribunal Supremo de EEUU determina que no resulta de aplicación dicha norma común federal sino que, por el contrario, se aplica un régimen legal que determina que, la Ley de aplicación, será la del Estado de California, que contiene un régimen jurídico de adquisición de la propiedad diferente al español, con lo que, probablemente, la familia podría recuperar el cuadro al no haberse producido la adquisición del mismo, por parte de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, por el mero transcurso del tiempo teniendo la posesión. No obstante, el pasado 9 de enero de 2024, tres jueces de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de EE.UU. decidieron que para determinar la propiedad del cuadro se apliquen las leyes españolas, y no las de California. “La aplicación de las leyes de California perjudicaría de forma significativa los intereses del Gobierno español, mientras que la aplicación de las leyes españolas sólo perjudicaría de forma relativamente mínima los intereses del Gobierno de California”, explicaron los jueces. “Bajo el test de elección de ley de California, por lo tanto, decidimos que la ley española se aplique para determinar la propiedad de la pintura. Y en virtud del artículo 1955 del Código Civil español, la Colección Thyssen-Bornemisza ha adquirido la propiedad preceptiva de la pintura”, concluyó el tribunal. Por ello, los representantes legales de Cassirer solicitarán a la totalidad de los jueces que componen la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de EE.UU., 11 en total, que revisen la sentencia de los tres magistrados.

103. Es evidente que, el interesante supuesto que ha sido expuesto de forma somera, pone en evidencia la disparidad de litigios privados internacionales que se plantean con objeto de la propiedad de bienes muebles culturales y, por supuesto, la complejidad de los mismos y la importancia de la determinación de la competencia judicial internacional para conocer el asunto (= marco jurídico de referencia; los foros de competencia judicial internacional en litigios sobre bienes muebles en general; y los foros de competencia judicial internacional en litigios sobre recuperación de bienes culturales), así como de la determinación de la ley aplicable (= marco jurídico de referencia; la ley aplicable y bienes del Patrimonio histórico español; la ley aplicable y bienes del Patrimonio histórico de otros países; y la ley aplicable y bienes culturales robados o exportados ilícitamente) para la resolución del litigio.

1. Argumentos de las partes y del juicio y argumentos del reclamante

104. En el caso del litigio por la obra “Rue Saint-Honoré por la tarde, efecto de lluvia” de Camille Pissarro, las partes involucradas han presentado argumentos legales y éticos complejos. Esta sección desglosa los argumentos de cada parte en el contexto del caso Cassirer vs. Fundación Colección Thyssen-Bornemisza.

105. Los herederos Cassirer, en su lucha por recuperar la obra de Pissarro, articulan un argumento compuesto por varias capas legales y morales, enfatizando tanto el derecho como la justicia inherente a su reclamación.

106. Los Cassirer subrayan la clara línea de propiedad que vincula la obra con su familia, establecida bien antes de la usurpación nazi. La documentación histórica, incluyendo registros de propiedad y catálogos de arte, sirve para fundamentar este vínculo indiscutible.

107. Argumentan que la expropiación de la obra formó parte de un acto más amplio de violación de derechos humanos por parte del régimen nazi. Insisten en que la restitución de bienes culturales saqueados es una cuestión de justicia internacional, que busca remediar, en alguna medida, los horrores del Holocausto.

108. Se apela a tratados como la Convención de la UNESCO de 1970 y la Convención UNIDROIT de 1995, argumentando que estos acuerdos internacionales respaldan el retorno de obras de arte a sus legítimos propietarios o herederos cuando han sido objeto de expropiación ilegal.

109. Dudas sobre la Diligencia Debida: Los Cassirer cuestionan la supuesta adquisición de buena fe por parte del museo, sugiriendo que una investigación adecuada sobre la procedencia de la obra habría revelado su historia de expropiación. Argumentan que existían suficientes indicios para poner en duda la legalidad de la posesión de la obra por parte del museo.

110. Más allá de los argumentos legales, los Cassirer enfatizan el imperativo moral de restituir obras de arte saqueadas a las víctimas del Holocausto y sus descendientes. Este enfoque se basa en el reconocimiento de la restitución como un acto de justicia histórica y reparación.

111. La restitución se presenta no solo como una corrección de una injusticia individual sino también como un acto simbólico de reconocimiento y reparación hacia todas las víctimas del saqueo nazi, contribuyendo a la memoria histórica y la educación sobre el Holocausto.

2. Argumentos del poseedor actual

112. La Fundación Colección Thyssen-Bornemisza argumenta su derecho a mantener la posesión del cuadro de Pissarro basándose en varios pilares fundamentales del derecho, tanto a nivel nacional como internacional.

113. El museo sostiene que adquirió la obra de arte de buena fe, sin conocimiento de su histórico, basando su defensa en la Presunción de Legitimidad. Argumenta que, en el momento de la compra, se realizaron las debidas diligencias conforme a los estándares del mercado del arte y que no había evidencia accesible que pusiera en duda la legitimidad de la obra.

114. La fundación apela a la doctrina de la buena fe presente en el Código Civil Español, que protege los derechos de los poseedores legítimos de bienes adquiridos sin conocimiento de reclamaciones previas. Este principio, argumentan, les confiere el derecho a retener la obra, dado el tiempo transcurrido y la falta de reclamaciones durante décadas.

115. El museo también señala que, según la ley española, existen plazos de prescripción que limitan el tiempo durante el cual se pueden presentar reclamaciones sobre la propiedad de bienes. Argumentan que el extenso período desde la adquisición del cuadro hasta la presentación de la demanda por parte de los Cassirer excede estos plazos, invalidando la reclamación.

116. Aunque reconoce los tratados internacionales como la Convención de la UNESCO de 1970 y la Convención UNIDROIT de 1995, la fundación sostiene que su adquisición y posesión del cuadro se alinean con las disposiciones de estos tratados, dado que se consideraron de buena fe en el momento de la adquisición.

117. Además, el museo destaca la importancia de mantener el cuadro accesible al público como parte de su colección. Argumentan que su posesión ha permitido que la obra sea disfrutada, estudiada y preservada como un bien cultural significativo para el beneficio de la sociedad.

118. Finalmente, la fundación cuestiona la jurisdicción de los tribunales estadounidenses para decidir sobre una disputa que involucra un bien situado en España y una entidad española, argumentando que las cortes españolas serían el foro apropiado para tales litigios.

3. Análisis de conflictos de leyes

119. El 9 de enero de 2024, el Tribunal de Apelación de EE.UU. dictaminó que se aplica la ley española, aunque se apliquen las normas de elección de ley de California. El tribunal llegó a esta conclu-

sión utilizando la Ley de Interés Gubernamental⁸¹. Según este planteamiento, el tribunal debe determinar en primer lugar que las dos leyes en conflicto, la española y la californiana, son diferentes. Porque la ley española en la que se basa el demandado es el artículo 1.955 del Código Civil español, que estipula que: “El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe. También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición”.

120. Por lo tanto, según la ley española, “tres años de posesión ininterrumpida de buena fe” son suficientes para obtener el título, aunque la ley de California no adopta expresamente la doctrina de la posesión adversa para dos muebles (por ejemplo, obras de arte) y, “Los ladrones no pueden transmitir un buen título a nadie, ni siquiera a un comprador de buena fe”. Además, la legislación californiana amplía a seis años el plazo de prescripción de las reclamaciones relacionadas con la devolución de bienes robados, reclamación que Cassirer presentó sólo cinco años después de descubrir la colección en un museo madrileño.

121. Como ambas jurisdicciones, de España y California, tienen un interés legítimo en aplicar sus respectivas leyes sobre la propiedad de bienes personales robados, el tribunal debe determinar qué intereses de la jurisdicción se verían más perjudicados si sus políticas se subordinaran a las de otro Estado”. O sea, a qué jurisdicción debería otorgarse el poder legislativo superior en las circunstancias del caso.

122. Los factores a considerar en este análisis eran “el estado actual de la ley, la localización de las transacciones y acciones relevantes y la medida en que las leyes de la jurisdicción imponen decisiones similares a las leyes de otra jurisdicción, o se ajustan a las leyes de otra jurisdicción, de modo que la aplicación de las leyes de la otra jurisdicción sólo perjudicaría parcialmente (y no completamente) los intereses del estado cuya ley no se aplica”.

123. En cuanto al primer factor, el tribunal declaró que no le corresponde juzgar qué ley es mejor. Aun así, frente al supuesto arcaísmo de la norma española, que dice que la propiedad se adquiere tras seis años de posesión, y se ve privada de su independencia de carácter durante tres años, el tribunal respondió que el demandado confió en la posesión de buena fe durante tres años.

124. En cuanto al segundo factor, el Tribunal de Apelación razonó que, según varios precedentes del Tribunal Supremo de California, “una jurisdicción tiene ordinariamente un interés preponderante en regular la conducta que se produce dentro de sus fronteras” y resuelve en territorio español, mientras que “si no hay conducta californiana, se justifica una visión moderada de los intereses de California en facilitar la recuperación de uno de sus residentes”. En el caso que nos ocupa, “el único contacto de California con el litigio fue incidental a la residencia del demandante allí”.

125. En cuanto al tercer factor, y también en consonancia con la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo de California, un tribunal debe examinar si las leyes de una jurisdicción se acomodan a los intereses de otra jurisdicción o imponen deberes impuestos por la otra jurisdicción. Las leyes de un Estado son más fácilmente anulables si la no aplicación de sus leyes sólo perjudica parcialmente los intereses políticos de la jurisdicción cuyas leyes no se aplican. En este caso, la deficiente aplicación de la ley por parte de California sólo perjudicaría parcialmente los intereses de California en la disuasión de las *robocalls* y en la devolución de obras de arte robadas a las víctimas de *robocalls*, lo que proporciona un apoyo adicional para limitar el alcance extraterritorial de la ley californiana a este litigio.

⁸¹ Vid. I. KUNDA, “US Ninth Circuit rules in favor of Spain in a decades-long case concerning a painting looted by the Nazis”, *Conflict of Laws.net Views and News in Private International Law*, 17 de enero de 2024, disponible en <https://conflict-of-laws.net/author/ivana-kunda>.

126. Por otra parte, la aplicación de la ley española sólo perjudicaría parcialmente los intereses de California en facilitar la recuperación de obras de arte robadas a residentes en California. La ley californiana presupone que una persona cuya obra de arte es robada puede perder en última instancia la capacidad de reclamar su propiedad: es decir, a menos que esa persona presente una reclamación en el plazo de seis años desde que descubrió la ubicación de la obra de arte.

VI. Reflexiones finales

127. En la era de la globalización, la protección jurídica del patrimonio histórico-artístico y cultural enfrenta desafíos sin precedentes. El Derecho internacional privado español, en sinergia con las normativas de la Unión Europea y los tratados internacionales, desempeña un papel crucial en la salvaguarda de estos bienes invaluable. Sin embargo, la dinámica cambiante del comercio de arte y las crecientes incidencias de tráfico ilícito exigen una adaptación y fortalecimiento constantes de estas regulaciones.

128. Es cierto que el tráfico ilícito es un fenómeno delictivo existente desde la antigüedad. Desde la fascinación por el arte y la cultura hasta el simple medio para llegar a la consecución de otro hecho delictivo, nuestra historia está plagada de casos en los que el patrimonio artístico y cultural se ha visto afectado. El notable aumento del robo de bienes culturales propició una mayor seguridad en el tráfico de bienes y la Convención de la UNESCO de 1970 reguló la forma de importación y exportación de bienes culturales. El Convenio UNIDROIT de 1995 elaboró un listado de bienes inventariados y establece un plazo de tres años para interponer la demanda de restitución de un bien.

129. A los expolios que generalmente se producían en el pasado, hoy día, se añade el hecho de que Internet ofrece un instrumento valioso a los traficantes, permitiendo que el tráfico ilícito de bienes culturales sea más rápido, más fácil e incluso más difícil de combatir para las autoridades. Sin embargo, Internet también se puede utilizar en contra de los traficantes. Internet hace que las comunicaciones sean más rápidas y fáciles. Hoy, cuando se roba un objeto, pueden publicarse alertas en todo el mundo rápida y fácilmente. Ahora bien, la función de Internet no se acaba aquí: se han creado muchas bases de datos y soportes lógicos para señalar los objetos robados y ayudar a localizarlos en el mercado cuando los ladrones tratan de revenderlos.

130. Las organizaciones internacionales han dado pasos muy tímidos para abordar el tráfico ilícito de bienes culturales y las soluciones planteadas pecan por su ambición de falta de realismo, además de considerar aspectos que siendo importantes no abonan en un aspecto fundamental, a saber, la progresiva presencia de las autoridades judiciales derivada de una desigual incorporación de figuras penales.

131. Las normas de protección de los bienes culturales precisan de la distinción de dos situaciones: el caso del conflicto armado y los tiempos de paz. Existe una vía para la restitución de los bienes culturales que cuenta con la interposición de medidas cautelares como forma de protección.

132. En materia de protección, los acuerdos internacionales velan por la seguridad efectiva del patrimonio a efectos de publicidad, en la realidad, existen casos que, aunque hay normas reguladoras de la protección de determinado bien, los Estados no se encargan de hacerlas efectivas. Las normas internacionales en materia de restitución pueden ser entendidas como un instrumento que asegure la devolución del objeto a su legítimo propietario, si bien pueden parecer efectivas, todo el procedimiento que conllevan, así como la prueba fehaciente que demuestre la titularidad del bien y el tráfico ilícito de la misma, hacen que el proceso sea lento y costoso.

133. Lo deseable en estas situaciones es la cooperación entre Estados en los casos particulares que puedan presentarse por el tráfico ilícito de bienes culturales así, evitando la interposición de una

demanda y todo el proceso que conlleva la misma, el problema obtendría una solución más específica y que supondría un beneficio para ambas partes.

134. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado conflictual, se han configurado varias alternativas jurisdiccionales a las que puede recurrir el propietario originario (Estado, comunidad o individuo) para reclamar la restitución internacional de un bien cultural del que ha sido despojado ilícitamente. Las dos alternativas de *lege lata* presentadas se basan en la regla *fórum rei sitae*, que otorga competencia a los tribunales de Estados donde se encuentran los bienes. La escogencia entre una u otra alternativa dependerá, por supuesto, del caso concreto, especialmente del Estado donde el bien se encuentre y si en él son aplicables las respectivas normas.

135. Más allá, estas alternativas tienen limitaciones, tanto en su contenido como en la forma en que se han configurado. No solo se trata de las dificultades que derivan de ciertos requisitos, como la necesidad de que el bien cultural de que se trate encuadre dentro de la definición legal de cada instrumento normativo, que sea reconocida a nivel nacional la capacidad procesal del propietario originario (por ejemplo, la comunidad indígena), que se respeten los plazos de prescripción establecidos o que se asegure la inmunidad de jurisdicción y de ejecución a los Estados. Además, se trata de que, mediante la competencia de los tribunales del país donde se encuentran los bienes, y la consecuente aplicación de su legislación en tanto *lex fori*, no se asegure suficientemente el respeto de las normas de protección del patrimonio cultural existentes en los países de origen.

136. Mirando hacia el futuro, se prevé que la cooperación internacional se intensifique, especialmente en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La implementación de tecnologías avanzadas, como la digitalización y las bases de datos globales, promete mejorar la trazabilidad y la transparencia en el comercio de bienes culturales. Asimismo, es imperativo fomentar una mayor conciencia y educación sobre la importancia del patrimonio cultural, incentivando un enfoque colaborativo entre países, instituciones y el sector privado.

137. En un plano ético, las pautas existentes para la restitución del arte a menudo cojean en términos de fuerza vinculante. En jurisdicciones como España, la ausencia de un marco jurídico firme no solo ha obstaculizado los esfuerzos de restitución, sino que también ha proyectado una sombra sobre la percepción internacional del país en cuanto a su compromiso con la justicia en el patrimonio cultural⁸².

138. La revisión y actualización periódica de las leyes nacionales, alineadas con los estándares internacionales, serán esenciales para abordar las lagunas legales y los retos emergentes. Es crucial que se establezcan mecanismos más eficientes y justos para la restitución y repatriación de bienes culturales, equilibrando los intereses legales con consideraciones éticas y morales.

139. La resolución de este conflicto de leyes requiere un equilibrio delicado entre principios jurídicos divergentes, consideraciones éticas sobre la restitución de bienes culturales y el respeto a los tratados internacionales. La forma en que se resuelva podría sentar un precedente importante para futuros casos de restitución de arte y bienes culturales en contextos internacionales.

140. En definitiva, el futuro de la protección del patrimonio histórico-artístico y cultural en el ámbito del Derecho internacional privado español requiere un enfoque multidimensional, que integre regulaciones robustas, cooperación internacional, avances tecnológicos y una fuerte conciencia cultural. La cooperación judicial en materia de tráfico ilícito de bienes culturales se encuentra condicionada en la

⁸² A. ALVARES-GARCIA JÚNIOR, “Un enfoque integrador para la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural y los derechos en el ámbito del Derecho Internacional Privado”, en *Bitácora Millennium DiPr*, n° 18, 2023, p. 21. Disponible en: <https://www.millenniumdipr.com/ba-112-un-enfoque-integrador-para-la-proteccion-del-patrimonio-historico-artistico-y-cultural-y-los-derechos-humanos-en-el-ambito-del-derecho-internacional-privado>.

actualidad por la ausencia de un marco normativo específico que exige a su vez una mínima armonización de las legislaciones penales de los estados en un marco lo más global posible y el establecimiento de medidas que garanticen el embargo de los bienes en circulación. Solo a través de estos esfuerzos colectivos podremos asegurar que nuestro rico legado cultural se preserve y respete para las generaciones futuras, manteniendo vivo el diálogo entre nuestro pasado histórico y el mundo contemporáneo.

Libertad de elección de Ley aplicable al contrato internacional en el Derecho internacional privado colombiano*

Freedom of choice of law applicable to the international contract in Colombian private international law

JORGE OVIEDO ALBÁN*

Universidad de La Sabana

ORCID ID: 0000-0003-2174-4765

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8970

Resumen: El presente artículo analiza la libertad de elección de ley aplicable al contrato internacional en el Derecho Internacional Privado colombiano. En la primera parte, se hace referencia a las diferentes tesis existentes en la doctrina en relación con la interpretación de las normas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio. Posteriormente, se identifican las decisiones judiciales que han interpretado las reglas de Derecho Internacional Privado colombianas concluyendo que es posible escoger la ley que regulará el contrato internacional. En un segundo y tercer punto se describen las reglas sobre arbitraje internacional y sobre compraventa internacional de mercaderías, para concluir que existe un sistema jurídico en Colombia favorable a la libertad de elección de ley aplicable al contrato internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado colombiano, arbitraje internacional, compraventa internacional de mercaderías, contratos internacionales.

Abstract: This article analyzes the freedom of choice of law applicable to international contracts in Colombian Private International Law. In the first part, reference is made to the different theses existing in the doctrine in relation to the interpretation of the norms contained in the Civil Code and the Commercial Code. Subsequently, the judicial decisions that have interpreted the Colombian rules of Private International Law are identified, concluding that it is possible to choose the law that will regulate the international contract. In a second and third point, the rules on international arbitration and on the international sale of goods are described, to conclude that there is a legal system in Colombia favorable to the freedom of choice of law applicable to international contracts.

Keywords: Colombian private international law, international arbitration, international sale of goods, international contracts.

Sumario: I. Introducción. II. Las reglas conflictuales en el Código Civil y de Comercio y la posibilidad de pacto de ley aplicable. III. Las decisiones judiciales favorables al pacto de ley aplicable al contrato internacional. IV. El pacto de ley aplicable en las normas sobre arbitraje internacional. V. El pacto de ley aplicable en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. VI. Consideraciones conclusivas.

*Este artículo tiene como antecedente el que bajo el título “Sobre el pacto de ley aplicable al contrato internacional en el derecho colombiano” se publicó en Boletín del Centro de Estudios de Derecho Comparado, N. 9, (2023), en vlex. La presente versión ha sido ampliada y para su preparación se han consultado y actualizado fuentes bibliográficas.

**Profesor de Derecho Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Colombia). Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Centro de conciliación y arbitraje empresarial de la Superintendencia de Sociedades (Colombia). Doctor en Derecho y Magister en Derecho Privado por la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá).

I. Introducción

1. En el Derecho Internacional Privado contemporáneo se admite como regla general para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, en los que haya diferentes elementos extranjeros como puntos de contacto con distintos ordenamientos nacionales, a la autonomía de la voluntad, en un doble alcance: material y conflictual¹. Según la autonomía material, las partes pueden determinar el contenido del contrato, ante lo cual habrá que reconocer la naturaleza supletiva de las normas respectivas, salvo los límites impuestos por las leyes imperativas. Conforme a la autonomía conflictual, las partes pueden escoger la ley que regirá el contrato². Esto facilita la realización de los intereses materiales de los contratantes en el sentido de permitir escoger las reglas que resulten más adecuadas para satisfacer sus intereses y necesidades. Además, genera seguridad jurídica preventiva, cumple una función profiláctica de eliminación de conflictos entre las partes y permite una adecuada administración de justicia³.

2. La autonomía conflictual fue reconocida en un fallo de la *Cour de Cassation* francesa de 5 de diciembre de 1910 en el caso *American Trade Company* contra *Quebec Steamship* en el que se aceptó que los contratos, en cuanto a su formación, efectos y condiciones, se rigen por la ley que hayan escogido las partes, lo que permitió que posteriormente la doctrina y legislaciones europeas la aceptaran. Igualmente en los Estados Unidos, conforme aparece señalado en la Sección 186 del *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, las partes son libres para determinar la ley aplicable a contratos internacionales⁴.

3. Actualmente es considerada una de las reglas básicas aceptadas por el Derecho Internacional Privado contemporáneo de contratos⁵, tal como lo establece el considerando 11 del Reglamento Roma I: “la libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”, y también en la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, de la Organización de Estados Americanos, en la que se afirma:

“La autonomía de la voluntad es uno de los pilares del derecho de la contratación moderna y goza de un gran nivel de aceptación en el derecho internacional privado. La base de este principio es que las partes de un contrato están en las mejores condiciones para determinar qué derecho es el que se adapta

¹ P. A. De Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, en José Carlos Fernández Rozas; Rafael Arenas García; Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., Iustel, Madrid, 2020, p. 359.

² A.L. Calvo Caravaca; J. Carrascosa González, Javier, “Contratos internacionales I”, en A. L. Calvo Caravaca; J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 2973. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 117. M.D. Ortiz Vidal, *Ley aplicable a los contratos internacionales y eficiencia conflictual*, Comares, Granada, 2014, p. 56.

³ Calvo Caravaca; Carrascosa González, *op. cit.*, p. 2975. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 120 - 122. Ortiz Vidal, *op. cit.*, pp. 73 - 74.

⁴ P. Mayer; V. Heuzé; B. Remy, *Droit International Privé*, 12^e édition, LGDJ, Paris, 2019, pp. 516 - 517. A. Aljure Salame, *El contrato internacional*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2011, p. 55.

⁵ B. AUDIT; L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, 8^e édition, LGDJ, Paris, 2018, p. 854. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 618. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 56. S.L. FÉLDSTEIN DE CÁRDENAS, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 63 y 71 - 73. J.M. JACQUET; P. DELEBECQUE; L. USUNIER, *Droit du commerce international*, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2021, p. 242. En el Reglamento Roma I, la libertad de elección de ley aplicable al contrato internacional está consagrada en el artículo 3.1. En las leyes de Derecho Internacional Privado adoptadas en diversos países latinoamericanos en las últimas cuatro décadas se consagra tal posibilidad. Así los artículos 2095 del Código Civil de Perú de 1984; 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998; 4º de la Ley 5393 sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales de Paraguay, de 2015; 45 de la Ley 19920 de Derecho Internacional Privado de Uruguay, de 2010; 2651 del Código Civil y Comercial argentino (Ley 26.994) de 2014; 74 y 75 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá (Ley 7) de 2014; 58 de la Ley 544-14 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana de 2014. De igual manera, el artículo 7º de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México el 17 de marzo de 1994 en la quinta Conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - V).

mejor para regir su transacción, en lugar de dejar dicha determinación al árbitro, en caso de contienda. Ello fortalece la certeza jurídica que se requiere para estimular las transacciones comerciales (...)⁶.

4. De igual forma, los Principios de La Haya sobre elección del Derecho aplicable en materia de contratos internacionales, establecen en sus artículo 2º y 3º una amplia posibilidad de pacto, no solamente a favor de leyes estatales, sino también de instrumentos de Derecho no estatal o *soft law*:

“Artículo 2. Libertad de elección

1. Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes.
2. Las partes pueden elegir:
 1. (a) el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato y
 2. (b) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato.
3. La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad a la celebración del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros.
4. No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su operación”.

“Artículo 3. Normas de Derecho

Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro⁷.

5. Ahora bien, pese a la que al parecer es la tendencia en el contexto internacional, en Colombia todavía no se tiene claridad acerca de si es posible pactar o no la ley aplicable al contrato internacional. Sin que el objetivo de este artículo sea entrar en el análisis de las diversas posturas que existen sobre el particular, lo que se busca sostener es que tal pacto sí es viable, teniendo no solo como fundamento la interpretación propuesta de las reglas vigentes, sino también las decisiones judiciales que lo han aceptado.

II. Las reglas conflictuales en el Código Civil y de Comercio y la posibilidad de pacto de ley aplicable

6. El Código Civil vigente en Colombia adoptó la regla *locus regit actum*, toda vez que se ha interpretado el artículo 20 inc. 2º y el artículo 21 de dicho estatuto, para señalar que la validez y el régimen de formación del contrato la determina la ley del lugar de celebración⁸. Pero en cuanto a la ley aplicable a los efectos del contrato, se entiende, tanto en Derecho Civil como Comercial, que rige la ley del lugar de ejecución. La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 15 de diciembre de 1900 interpretó además que el inciso 3º de dicha norma es el que sujeta a la ley colombiana los efectos de los contratos celebrados en país extraño con el propósito de cumplirse en Colombia⁹. Así dijo puntualmente la Corte en el fallo referido:

⁶ Comité Jurídico Interamericano, *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*, Organización de Estados Americanos, 2019, p. 119.

⁷ HCCH, Hague conference on private international law, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, 2016, p. 18.

⁸ A. Zapata de Arbeláez, “El régimen jurídico de los contratos internacionales en Colombia”, en A. Zapata de Arbeláez (comp.), *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 20.

⁹ Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1900, M.P. Carmelo Arango, G. J., t. XV, nº 748 – 749, p. 121. Un análisis de esta sentencia puede verse en: A. Zapata de Arbeláez, “La ley aplicable al contrato internacional”, en L. V. García Matamoros y A. Agustín Aljure Salame (eds.), *Teoría general del Derecho Internacional Privado*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2016, pp. 195 - 196. D. Rojas Tamayo, *El derecho aplicable al contrato. Estudio comparado, crítico y prospectivo en Derecho Internacional Privado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 135 - 137.

“La forma de los contratos, o sean las solemnidades o los requisitos externos para su validez, no debe confundirse con los efectos de dichos contratos; la forma dice relación a los elementos constitutivos del acto, y los efectos son los derechos y obligaciones que produce. A la forma se refiere el inciso 2 del artículo 20, cuando habla de “los contratos celebrados válidamente en país extraño”, de donde se deduce rectamente, que según ese inciso 2, para saber si un contrato es válido sólo hay que atender a la ley vigente en el lugar y tiempo que se celebra, con las pocas excepciones que más adelante establece el mismo Código; y el inciso 3 es el que se sujeta a la ley colombiana los efectos de los contratos celebrados en país extraño con el propósito o la intención de cumplirse en Colombia (...)”¹⁰.

Por su parte, el artículo 869 del Código de Comercio, establece que:

“La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”.

7. Debe indicarse que un destacado sector de la doctrina colombiana no admite la validez del pacto de ley extranjera en el Derecho colombiano¹¹. Así, en relación con el citado artículo 869 del Código de Comercio¹², SUESCÚN MELO considera que cuando la norma dispone que los contratos celebrados en el extranjero y ejecutados en Colombia se rigen por ley colombiana, reconociendo el principio *lex loci solutionis*, se trata de una disposición de observancia imperativa, de forma que no cabe en este aspecto la autonomía de la voluntad privada¹³. La única posibilidad admitida por el autor de validez del pacto de ley extranjera, sería en los eventos en que las partes decidieren someter sus diferencias a un tribunal arbitral, puesto que la Ley 315 de 1996 (vigente al momento de publicación del texto del autor) permitía en el artículo 2° que las partes determinen el derecho aplicable al fondo de la controversia¹⁴, igual a como lo hace el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012, que corresponde al actual estatuto arbitral. Por su parte, ANTONIO ALJURE también considera que el artículo 869, por su redacción, debe entenderse como una norma de observancia imperativa¹⁵.

8. De manera contraria a estas posturas, se puede asumir que según las citadas normas las partes pueden pactar la ley que regirá el contrato internacional, con los siguientes argumentos:

- a) Según el artículo 20 del Código Civil, los bienes situados en el territorio nacional en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, disposición que se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Ahora, la norma agrega que: “pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos en que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión”, por lo cual puede inferirse que si el contrato tiene por objeto bienes sobre los cuales no tenga interés o derecho la Nación, sí admiten el valor de la autonomía conflictual, es decir: las partes pueden pactar la ley del contrato¹⁶.
- b) Por otro lado, según lo dispone el artículo 869 del Código de Comercio, el contrato celebrado en el exterior para ser cumplido en el país, en cuanto a su ejecución se regirá por la ley colombiana, sin que la norma establezca una prohibición en torno a la posibilidad para las

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, 15 de diciembre de 1900, cit.

¹¹ Cfr. J. Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, t. II, 2ª ed., Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, 2003, p. 152 y Aljure Salame, *op. cit.*, p. 97. En un trabajo anterior me he referido ya a este asunto. Cfr. J. Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, 21 (2012), pp. 117 - 157, esp. pp. 130 a 135. Sobre la discusión en la doctrina nacional acerca de la posibilidad o no de pactar ley del contrato internacional, véase: C. Madrid Martínez, *La contratación internacional en el Derecho Internacional privado colombiano. Perspectiva comparada*, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2021, pp. 181 - 195.

¹² La norma establece: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país se regirá por la ley colombiana”.

¹³ Suescún Melo, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴ Suescún Melo, *op. cit.*, p. 152.

¹⁵ ALJURE SALAME, *op. cit.*, p. 97.

¹⁶ Zapata de Arbeláez, “La ley aplicable al contrato internacional”, cit., p. 21.

partes de escoger ley extranjera, razón por lo cual se puede sostener que sí es posible pactar en contra de lo dispuesto en dicho artículo.

- c) Además, ello resulta de una interpretación sistemática del artículo 869 con el artículo 1328 del Código de Comercio. La primera disposición se encuentra ubicada en la parte general de obligaciones y contratos del Libro IV de dicho Código. La segunda, se encuentra establecida en las normas sobre el contrato de agencia comercial, y dispone que los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas, pero agrega la norma que: “toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. La razón entonces, para optar por la solución positiva, se basa en argumentar que si tratándose de agencia comercial el legislador prohibió el pacto de ley extranjera, significa que en todos los demás casos lo permite, por lo cual el artículo 869 no es de observancia imperativa¹⁷.

Todo lo anterior se sustenta además en lo establecido por el artículo 1602 del Código Civil, según el cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (...)”.

- d) Una razón adicional es la que ha sostenido la profesora ADRIANA ZAPATA, que consiste en afirmar que admitir la validez del pacto de ley extranjera en los contratos celebrados en Colombia solamente en los casos en que se pacte arbitraje como medio de solución de controversias, significaría un trato discriminatorio carente de fundamento frente a los contratos cuyas controversias se sometan a la jurisdicción estatal¹⁸. Además, cabe agregar, el artículo 1328 tiene naturaleza especial por la materia regulada en el capítulo donde está ubicado, que es el contrato de agencia comercial, por lo que no podría entenderse que quedó derogado tácitamente por la ley arbitral que a pesar de ser posterior, no es una regla especial frente a la regulación sobre agencia, de forma que tratándose de contratos de agencia comercial sometidos a arbitraje internacional, la ley arbitral tiene como límite el artículo 1328¹⁹.

¹⁷ En este sentido también H. M. MEDINA CASAS, “La ley aplicable al contrato”, en F. Mantilla Espinosa; F. Terner Barrios (dirs.), *Los contratos en el Derecho Privado*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2007, p. 376. Sobre el artículo 1328 del Código de Comercio colombiano vale la pena destacar que la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SC8453-2016, referida al trámite de reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero, señaló que esta norma es de “orden público interno” y no de “orden público internacional”. Aunque la decisión de la Corte no se refirió a la posibilidad de pactar ley extranjera como aplicable al contrato de agencia internacional, señaló la Corte en las consideraciones del fallo: “Ha distinguido la doctrina que existen dos tipos de normas imperativas, aquellas que se consideran de «orden público de dirección» y las de «orden público de protección». Mientras en las primeras, cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad, las segundas fueron destinadas por el legislador a proteger un determinado sector, agremiación o grupo, y por ende, no representan los valores y principios fundamentales o esenciales del Estado, en los cuales se inspira su ordenamiento jurídico.

Solamente las de «orden público de dirección» interesan al derecho internacional privado para integrar el concepto de «orden público internacional» del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

(...)

El artículo 1328 del Código de Comercio invocado por la opositora en este trámite, pertenece al segundo grupo mencionado de las normas de orden público interno, pues si bien es imperativa u obligatoria y por ende, no puede ser desconocida ni derogada por una convención de los contratantes, fue creada en un contexto histórico – económico en el que el legislador consideró necesario brindar protección al gremio de los agentes nacionales.

(...) Aunque, ciertamente, restringe la aplicación de normas foráneas a los contratos de agencia ejecutados en territorio nacional, en tanto no corresponde a una disposición que involucre los intereses, principios y valores fundamentales del Estado colombiano no puede considerarse como parte del «orden público internacional» que puede aducirse como causal para denegar el reconocimiento del laudo cuya copia debidamente legalizada se aportó con la demanda, el cual, como también se exige de la ley o de una decisión judicial extranjera, no introduce «un elemento de intolerable desequilibrio en el seno del ordenamiento jurídico del foro» (CSJ SC, 19 Jul. 1994, Rad. 3894)”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de junio de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez, SC8453-2016, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>. Pueden verse comentarios a esta decisión en S. TALERÓ RUEDA, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, p. 781.

¹⁸ A. Zapata de Arbeláez, “El régimen de los contratos internacionales en Colombia”, en A. Zapata de Arbeláez (comp.), *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances III*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 36.

¹⁹ Algunos autores han sostenido que el artículo 1328 del Código de Comercio cede ante la ley arbitral: C. UMAÑA TRUJILLO, “El arbitraje y la agencia mercantil: los efectos de los laudos arbitrales extranjeros frente a las normas sobre agencia mercantil”.

III. Las decisiones judiciales favorables al pacto de ley aplicable al contrato internacional

9. Pese a las diferentes posiciones doctrinales sobre el punto, se encuentra algunas decisiones judiciales que se han pronunciado a favor de admitir el valor de la cláusula de ley aplicable en un contrato. La primera de ellas corresponde a una sentencia en la que se resolvió una acción de tutela interpuesta contra una decisión del Tribunal Superior de Bogotá. En esta se había confirmado lo decidido por un juzgado civil del circuito de la misma ciudad, que rechazó de plano una demanda interpuesta contra una sociedad domiciliada en Colombia y otras dos en Estados Unidos con el fin de obtener una condena por indemnización de perjuicios a causa del incumplimiento de un contrato de compraventa, aduciendo falta de competencia territorial toda vez que la solución del conflicto debía someterse al imperio de la ley bajo la cual “fueron creados los contratos”, puesto que en la primera orden de compra de manera expresa se había pactado que la ley aplicable sería la del Estado en el cual fue escrita y en la segunda se incluyó una cláusula según la cual “este contrato se considerará celebrado en el Estado de Alabama, y sus disposiciones, interpretaciones y cumplimiento se regirán por las leyes de dicho Estado”.

10. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión del juzgado, argumentando que “no podían aplicarse exclusivamente las normas procesales colombianas”. El Tribunal negó el amparo interpuesto por el demandante contra dicha decisión, mediante providencia que fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia. La Corte acogió la acción de tutela y reconoció que se había incurrido en vía de hecho, pues se confundió el pacto de ley aplicable con el de juez competente. Además, señaló que las cláusulas incluidas en las órdenes de compra no establecían el juez competente para conocer las controversias suscitadas entre las partes, aceptando que las cláusulas se referían era al derecho sustancial que debe “gobernar la relación” y no el juez o tribunal competente para dirimir los conflictos entre ellas. Cabe destacar que la Corte no se manifestó contraria al pacto de ley aplicable a la relación contractual, dando a entender que lo acepta²⁰.

11. En cumplimiento de lo decidido en esta Sentencia de tutela el Tribunal Superior de Bogotá revocó el Auto apelado del juzgado civil del circuito y ordenó la admisión de la demanda. En las consideraciones dijo expresamente: “(...) a la flexibilidad del ordenamiento jurídico colombiano, que tolera el sometimiento de ciertos contratos a otros regímenes jurídicos, no se le apareja la declinación de la jurisdicción (...)”²¹.

12. También en Auto del Tribunal Superior de Bogotá de 1 de abril de 2016 mediante el cual se resolvió un recurso de apelación contra una decisión de un juzgado civil del circuito de Bogotá por falta de jurisdicción en un proceso en el que se demandó el incumplimiento de un contrato de compraventa de acciones de una sociedad, se consideró que es posible que las partes pacten la ley aplicable en un contrato celebrado entre sociedades con domicilio en diferentes países, y solo a falta de pacto, es que el juez debe proceder a determinar dicha ley aplicable. Además, en apoyo del Auto de 30 de abril de 2002 ya citado, distinguió entre el tema de la ley aplicable y el juez competente. El auto revocó la decisión impugnada para que en su lugar se admitiera la demanda²².

en E. Silva Romero (dir.), F. Mantilla Espinosa (coord.), *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005, p. 358, y F. CUBEROS DE LAS CASAS, “Agencia comercial: entre la comparación y la exégesis”, en *Revista de Derecho Privado*, 35, (2005), pp. 28 a 29. Esta misma postura fue asumida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá mediante Auto de 10 de marzo de 2010, exp. 2007-75201. Sobre esta postura MEDINA indica: “Si bien interesante, no compartimos esta posición, pues en nuestro concepto la disposición especial que prohíbe el pacto de ley no puede ser derogada de forma tácita por una norma general que regula aspectos diferentes a los específicos del contrato de agencia. La derogatoria tácita exige unidad de materia entre las dos disposiciones que se analizan, lo cual no ocurre en este asunto”. H. M. MEDINA, “Ley aplicable a la agencia internacional”, en *Asuntos Legales*, disponible en <http://www.asuntoslegales.com.co>.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de abril de 2002, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, ref. exp. T. 1100122030002002-0109-01, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>.

²¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, auto de 30 de abril de 2002, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez, Ref. Ordinario de Ace Seguros S.A. contra G.S.A. y otros.

²² Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, 1 de abril de 2016, M.P. María Patricia Cruz Miranda, ref. Proceso ordinario de

13. De igual forma, en las consideraciones de una sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, aunque en opinión “*obiter dicta*”, se reconoció expresamente la libertad que tienen las partes para pactar las normas aplicables (haciendo referencia a los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales) al señalar que: “indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa (...)”, como también la posibilidad del juez de acudir a ellos para “interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos”²³.

14. El caso tuvo que ver con lo siguiente: se presentó demanda para que por proceso ordinario se revisara un contrato de mutuo para préstamo de vivienda, al considerar los demandantes que por circunstancias imprevistas se hizo más gravosa la deuda. El juez de primera instancia y el Tribunal de apelaciones negaron las pretensiones, lo que fue ratificado por La Corte Suprema en casación, al no admitir que en el caso en cuestión hubiera imprevisión. En las consideraciones, la sentencia de casación hace un importante recuento histórico - comparativo sobre la teoría de la imprevisión, sus requisitos, etc., y también menciona la forma como está consagrada en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, los Principios de Derecho Europeo de Contratos y además, aunque sin decirlo expresamente, parece asumir que el artículo 79 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías también la incorpora²⁴.

15. En relación a la opinión expresada sobre el fallo citado en una versión en inglés de este artículo, en su excelente libro el profesor ROJAS TAMAYO hace una anotación crítica a ello, al señalar: “(...) una sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia hizo creer a algunos que la elección del derecho no estatal había quedado claramente consagrada. (...) Sin embargo, el valor de esta decisión es muy discutible (...) El pasaje transcrito constituye sin duda un *obiter dictum* (...)”²⁵. De todas maneras, la crítica del profesor ROJAS no resulta pertinente, toda vez que precisamente en el artículo citado se dijo y se destacó que era una opinión *obiter dicta* de la Corte²⁶. El acápite indicado se titula: “Resumen del caso y las consideraciones *obiter dicta* de la Corte Suprema de Justicia”, y además se anota que: “Ahora bien, es cierto que estas consideraciones expresadas en la sentencia no afectan en nada la parte resolutive de la misma, pero de todas formas, si resulta relevante para las discusiones que han existido en el Derecho colombiano en torno a la escogencia de la ley aplicable al contrato internacional, y de hecho, puede esperarse que a partir de la misma se inicie una nueva etapa en la jurisprudencia colombiana sobre el particular”²⁷.

IV. El pacto de ley aplicable en las normas sobre arbitraje internacional

16. En el Derecho colombiano, la posibilidad de pactar la ley aplicable al contrato se encuentra también contenida en el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012, por la cual se adoptó el régimen aplicable al arbitraje nacional e internacional²⁸. Dicha norma, que se encuentra en el capítulo sobre arbitraje internacional, dispone:

Ashville Development Limited contra Francisco Pérez y otros. De todas maneras, en las consideraciones, el Auto del Tribunal cita la Convención de Roma de 1980 la que califica como de “aplicación universal”. La referencia a dicha Convención es geográfica y temporalmente descontextualizada.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ref. 11001-3103-040-2006-00537-01, disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co>.

²⁴ Sobre esta sentencia, Cfr.: J. Oviedo Albán, “Los principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012”, en *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 3 (2013), pp. 7 - 22.

²⁵ Cfr. Rojas Tamayo, *op. cit.*, p. 352.

²⁶ Cfr. Oviedo Albán, “Los principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional ...”, *cit.*, p. 9.

²⁷ Cfr. J. Oviedo Albán, “Unidroit Principles as rules applicable to international contracts: With regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012”, en *Uniform Law Review*, 2014, p. 1. El título del apartado respectivo dice: “Summary of the case and the Supreme Court of Justice’s *obiter dicta* considerations”.

²⁸ Sobre este asunto, con mayor amplitud: J. Oviedo Albán, *Contratación y arbitraje internacional*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, pp. 183 - 193.

“Artículo 101. Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes.

El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

17. El citado artículo 101 del estatuto arbitral colombiano consagra la mencionada posibilidad, al establecer que las partes pueden escoger las normas de derecho conforme a las cuales el tribunal deba decidir el fondo del litigio. Una primera advertencia que cabe hacer, es que este pacto se refiere propiamente a las reglas conforme a las cuales deberá ser dirimida la controversia y no a las que rijan el pacto arbitral. Con base en esta norma, las partes podrían pactar la aplicación tanto de “leyes estatales”, o lo que es lo mismo: el ordenamiento jurídico de un Estado, como de “normas de Derecho” que no tengan tal carácter, como podría ser lo que se conoce como “instrumentos de *Soft Law*”, como es el caso de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales²⁹. Esta disposición normativa concuerda con lo establecido en el artículo 21 (versión 2012 y 2021) del Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: “las podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia (...)”.

18. Sobre ello indican DERAIS y SCHWARTZ, que: “Las “normas jurídicas” es una expresión evidentemente amplia que durante las últimas décadas ha ganado espacio en el vocabulario del arbitraje internacional. (...) desde que se promulgó la Ley Modelo, la frase “normas jurídicas” ha tendido a interpretarse de manera más amplia y también ha ganado en aceptación (...)” y, como bien afirman, se considera que esta expresión incluye las normas jurídicas que pertenezcan al derecho transnacional, a la *lex mercatoria*, o a los Principios de UNIDROIT³⁰.

19. Cabe recordar sobre el particular, el comentario oficial al preámbulo de los Principios de UNIDROIT, en el que refiriéndose a la posibilidad para los contratantes de pactar que el contrato se rija por ellos, o bien de aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes, se advierte la limitación que encuentra la libertad para escoger ley aplicable en los ordenamientos jurídicos que se refieren a leyes nacionales, de manera tal que la referencia a los Principios es normalmente considerada como una incorporación al contrato, lo cual no excluye que el derecho aplicable deba determinarse según las reglas de conflicto³¹. Por el contrario, se señala expresamente que tal posibilidad sí está abierta en el arbitraje:

“La situación es otra si las partes acuerdan someter al arbitraje las controversias surgidas del contrato. Los árbitros no se encuentran necesariamente ligados a un ordenamiento jurídico en particular. Esto es obvio en los casos en que sean autorizados por las partes a decidir como amigables componedores (*ex aequo et bono*). Aún en ausencia de este supuesto, suele estar permitido que las partes elijan normas o “reglas de derecho” diferentes al derecho nacional en la que los árbitros deben fundamentar sus decisiones (...).

De acuerdo con este enfoque, las partes quedan en libertad para elegir los Principios como el derecho aplicable al cual los árbitros deben resolver las controversias. Así, los Principios se aplicarán con

²⁹ Cfr. A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje privado internacional”, en A. L. Calvo Caravaca; J. Carrascosa González (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. III, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 4645 - 4646. N. BLACKABY; C. PARTASIDES; A. REDFERN; M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 204 - 212. G.B. BORN, *International arbitration: law and practice*, 2nd edition, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn, 2016, pp. 260 - 262.

³⁰ I. Derains; E. Schwartz, A., *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Universidad del Rosario; Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2011, p. 352.

³¹ J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 165.

exclusión a cualquier otra legislación nacional con excepción de las normas de carácter imperativo que sean aplicables al contrato”³².

20. Ahora bien, de todas maneras, se debe señalar que el artículo 101 en comento no impide que las partes puedan escoger un ordenamiento jurídico de un estado como ley del contrato. En este caso, la norma precisa que, si ello hubiere ocurrido, se entenderá que la indicación es al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. La elección de la ley aplicable al contrato puede ser expresa, cuando de manera concreta los contratantes señalan la ley específica que habrá de regir el acuerdo. Tal acuerdo podrá referirse a una ley que en su totalidad regirá el contrato o también podría darse la posibilidad de fraccionar la ley del contrato, pactando que diferentes partes del mismo se registrarán por distintas leyes, lo que se conoce como *dépeçage*.

V. El pacto de ley aplicable en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

21. La libertad de pacto también se encuentra reconocida en el artículo 6° de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías³³. La disposición citada permite que en aquellos casos en que la Convención sea la ley del contrato, las partes puedan determinar el contenido y además excluirla, para obviamente escoger la ley que regirá en defecto de la Convención. La norma establece:

“Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

22. De acuerdo con esto puede afirmarse que las normas de la Convención, —salvo el caso expreso contemplado en el artículo 12 al que se refiere la norma— son de naturaleza dispositiva, es decir, las partes pueden acordar en el contrato la exclusión de la totalidad o alguna(s) de sus normas, o variar los efectos de las mismas, asumiendo que la Convención sea la ley aplicable al contrato, es decir: deberá tratarse de una operación de compraventa internacional que entre dentro del campo de aplicación de la misma³⁴.

23. Igualmente, las partes podrán excluir la aplicación de la Convención de forma expresa o tácita, total o parcial, lo que podría hacerse antes, al momento o después de la celebración del contrato³⁵.

VI. Consideraciones conclusivas

24. Con base en el anterior marco conceptual y normativo, puede afirmarse que el efecto de un pacto contractual de ley aplicable significa que toda la relación jurídica establecida entre las partes queda amparada por las normas convenidas por los contratantes. Esto quiere decir que la formación del contrato, sus efectos, interpretación, cumplimiento, incumplimiento, eventual transferencia a terceros, anulación y extinción, se deberá regir por las normas elegidas por los contratantes, que como bien se ha señalado en doctrina especializada: “se trata de una elección genérica e incondicional del Derecho de obligaciones de un determinado sistema jurídico estatal”. Adicionalmente, también se refiere a que el

³² Preámbulo (comentario), Principios UNIDROIT (2016), Ibáñez – Unidroit, Centro de Estudios de Derecho Comparado, Bogotá, 2019, p. 4.

³³ La Convención sobre Compraventa Internacional fue adoptada en Colombia por Ley 518 de 1999.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA, “Artículo 6”, en L. Díez - Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 92. M.J. BONELL, “Art. 6. Parties autonomy”, en C. M. Bianca; M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 54 - 55. F. FERRARI, *Fuentes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías*, Miriam Anderson, Lorenzo Bairati (trads.), Barcelona, 2009, pp. 100 - 103.

³⁵ J. ADAME GODDARD, *El contrato de compraventa internacional*, Mc. Graw Hill, México, 1994, p. 60. M. Bridge, *The International Sale of Goods*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 608 - 609.

juez o tribunal que hubiere de dirimir las eventuales controversias surgidas entre las partes con ocasión de su relación contractual deba aplicar la ley escogida por los contratantes.

25. En la doctrina al identificar las funciones que cumple la ley del contrato, se afirma que: “con carácter general, esas funciones son tres: conferir fuerza vinculante al acuerdo y fijar las condiciones de su existencia; establecer el marco imperativo del contrato, dentro del que opera la autonomía de los contratantes; y suministrar los criterios de interpretación y el régimen supletorio del contrato en lo no previsto por las partes”³⁶.

26. Así también se ha señalado por doctrina especializada en arbitraje internacional, al afirmar que las expresiones “ley aplicable” al contrato, “derecho de fondo”, “derecho aplicable”, se refieren al ordenamiento jurídico específico por el que se rige la interpretación y validez del contrato, los derechos y obligaciones de los contratantes, como también el cumplimiento y las consecuencias derivadas del incumplimiento³⁷.

27. Pese a algunas posiciones doctrinales que se han pronunciado en contra, puede asumirse que en Derecho contractual colombiano, salvo la excepción sobre la agencia comercial, es posible pactar la ley aplicable al contrato internacional. De esta manera, hay congruencia entre la interpretación dogmática de las reglas de derecho internacional privado vigentes, con las normas arbitrales y también las contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

³⁶ Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, cit., p. 271.

³⁷ Blackaby; Partasides; Redfern; Hunter, *op. cit.*, p. 185.

Anti-arbitration injunctions en el Derecho inglés

Anti-arbitration injunctions under English law

JAVIER PÉREZ FONT

Doctor en Derecho (UPNA/USAL), LLM (Distinction)
International Commercial and Maritime Law (Swansea University)

ORCID ID: 0000-0002-1554-5420

Recibido: 10.05.2024 / Aceptado: 27.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8971

Resumen: En las jurisdicciones *common law* existe la facultad de adoptar medidas destinadas a instar a una persona a que desista del inicio o continuación de un procedimiento arbitral abusivo. Dada su compleja relación con el principio *kompetenz-komptenz* y el principio de mínima intervención, los tribunales ingleses han delimitado jurisprudencialmente una serie de situaciones en que cabe dicha adopción, las cuales, según la reciente sentencia del caso *Sodzawiczny*, se pueden agrupar en tres categorías básicas.

Palabras clave: *Anti-arbitration injunctions*, Derecho Inglés.

Abstract: Under the *common law*, Courts have the power to restrain a party from commencing or pursuing an abusive arbitration. Given its complex relationship with the *kompetenz-kompetenz* principle and the principle of minimal curial intervention, English Courts have restricted the use of this power to circumstances which, following the recent decision in the *Sodzawiczny* case, can be grouped into three basic categories.

Keywords: *Anti-arbitration injunctions*, English Law.

Sumario: I. Introducción. II. Primera categoría—la protección de los derechos derivados de un acuerdo y de sus efectos y consecuencias: 1. Introducción; 2. La falta de convenio de arbitraje y el arbitraje no celebrado conforme a lo acordado: A) El caso *Huyton S.A.*; B) El caso *Claxton Engineering Services Ltd.*; C) El caso *Whitworths*; 3. La impugnación del laudo ante quien, de acuerdo con el convenio, carece de competencia para conocer de aquélla. III. Segunda categoría—la falta de jurisdicción substantiva: 1. Introducción; 2. El caso *Weissfisch*; 3. El caso *Albon*; 4. El caso *Am Trust Europe Ltd.* IV. Tercera categoría—el efecto de cosa juzgada y el intento de elusión de los mecanismos de control del laudo: 1. Introducción; 2. El caso *Glasgow and South Western Railway Co.*; 3. El caso *Injazat Technology Capital Ltd.* V. Conclusiones.

I. Introducción

1. De la misma manera que existen medidas personales destinadas a instar a una persona a desistir de iniciar o continuar un procedimiento judicial, que denominamos *anti-suit injunctions*¹, existen

¹ Las *anti-suit injunctions* nacieron para solventar los conflictos entre los *Courts of Equity* y los *Courts of Common Law* (A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanc, 2020, p. 2515). Sobre su razón histórica, ver: T. RAPHAEL, *The anti-suit injunction*, Oxford University Press, 2008, Capítulo 2; W.B. KITTLE, "Courts of law and equity: why they exist and why they differ", *West Virginia Law Quarterly*, Volumen 26, Número 1, 1919, pp. 21-34. Sobre su eficacia en España y la Unión Europea, ver: M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Aranzadi, 2023, párrafos 7.31 y 7.32.

también medidas de índole personal cuya finalidad es instar a una persona a desistir de iniciar o continuar un procedimiento de arbitraje, que denominamos *anti-arbitration injunctions*².

2. Teniendo base en un mismo precepto normativo³, en esencia, los requisitos necesarios para la adopción de ambos tipos de *injunctions* son similares.

En primer lugar, es necesario que el procedimiento respecto del que se solicitan resulte abusivo, a lo que tradicionalmente los tribunales se refieren utilizando expresiones y términos como *oppressive*, *vexatious*, *inequitable*, *an abuse of process* o *unconscionable*⁴.

En segundo lugar, dado que la adopción de las medidas constituye una facultad discrecional del operador jurídico, es preciso que éste llegue a la conclusión de su idoneidad⁵, para lo que resulta preciso la valoración de las circunstancias del caso y de una serie de principios, entre los que destaca el famoso *comity*⁶, que, en el caso de las *anti-arbitration injunctions*, tendrá un papel residual⁷.

3. Así como no cabe duda de que, al igual que puede ocurrir con el judicial, en determinadas ocasiones, el procedimiento arbitral puede resultar abusivo, también resulta pacífico que, teniendo en cuenta sus singulares características y, especialmente, los principios *kompetenz-kompetenz*⁸ y de mínima intervención⁹, el juicio de idoneidad de las *anti-arbitration injunctions* se debe hacer dentro de unas coordenadas especiales, que, en la práctica, han dado lugar a que los órganos judiciales¹⁰, hayan optado por “*elevant el listón*” y circunscribir su estimación a casos extraordinarios¹¹.

² *Nomihold Securities Inc v Mobile Telesystems Finance SA* [2012] 1 Lloyd’s Rep 442, párrafo 27: “*It is not disputed that the court has jurisdiction (...) to grant what have been called ‘anti-arbitration injunctions’, that is to say to make an order that a person does not commence or does not pursue an arbitral reference*”.

³ Artículo 37(1) de la *Senior Courts Act 1981*. En caso de que fuera posible la adopción de *injunctions* respecto a procedimiento arbitral con sede en Inglaterra o Gales, existe la duda de si debería hacerse al amparo de este artículo o del 72 de la ley inglesa de arbitraje (AA96, de aquí en adelante). Ver nota 55.

⁴ Siguiendo a Rix LJ en *Glencore International v Exeter Shipping* [2002] EWCA Civ 528, párrafos 42 y 43, la principal condición para la adopción de unas *injunctions* es la inadmisibilidad del procedimiento respecto del que se solicitan. Tal y como Lord Brandon la definió en *South Carolina Insurance Co v Assurantie Maatschappij ‘De Zeven Provinciën’ NV* [1987] AC 24, se entiende que la iniciación o continuación de un procedimiento es inadmisibile (*unconscionable*) cuando aquél resulte opresivo o temerario (*oppressive or vexatious*). El significado de esta fórmula se explicó por Lord Goff en *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] AC 871, vinculando la inadmisibilidad tanto a la consideración de la jurisdicción que adopta las medidas como foro natural para la litigación de la disputa, como a la injusticia que supondría admitir que el procedimiento continuara o tuviera lugar (p. 897). Como señaló Lord Hobhouse of Woodborough en *Turner v Grovit* [2001] UKHL 65 en esencia un proceso será inadmisibile cuando constituya un abuso del proceso (*abuse of process*) (párrafo 24).

⁵ Atendiendo a la literalidad del artículo 37(1) de la *Senior Courts Act 1981*, es preciso que el operador jurídico llegue a la conclusión de que la adopción de las *injunctions* es justa y conveniente.

⁶ El *comity* es el principio consuetudinario basado en la cortesía sobre el que, según el *common law*, se debe asentar la relación entre los Estados y, por consiguiente, también el reconocimiento mutuo de actos legislativos, administrativos o judiciales (D. GREENBERG, *Jowitt’s Dictionary of English Law*, Sweet & Maxwell, 2023). Ver: L. COLLINS, C. MORSE, D. McCLEAN, *Dicey, Morris & Collins on conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 2023, párrafos 7-002 a 7-019; P. BEAUMONT, P. McELEVAY, *Anton’s Private International Law*, Sweet & Maxwell, 2011, párrafos 2.08-2.15.

⁷ Ver: *Li v Rao* [2018] BCSC 47.

⁸ Reconocido jurisprudencialmente en *Christopher Brown v Genossenschaft Osterreichischer Waldbesitzer* [1954] 1 QB. 8, en la AA96 el principio *kompetenz-kompetenz* se reconoce en el artículo 30. Ver: R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, Informa Law, 2008, pp. 101-118; J. HILL, A. CHONG, *International commercial disputes: commercial conflict of laws in English courts*, Hart Publishing, 2010, párrafo 11.2.14; D. JOSEPH, *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement*, Sweet & Maxwell, 2015, párrafos 13.40-13.45.

⁹ Siguiendo el artículo 5 de la Ley Modelo (LM, de aquí en adelante), el principio de mínima intervención se recoge en el artículo 1(c) de la AA96. Sobre el principio de mínima intervención, ver: S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje*, Volumen IX, Número 1, 2016, pp. 13-44. Sobre su alcance y contenido en el derecho inglés, ver: *Lesotho v Highlands v Impreglio SpA* [2006] 1 AC 221, párrafo 18; *Cetelem SA v Roust Holdings Ltd.* [2005] WLR 3555, p. 3571; R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996... op.cit.*, p. 10; D. SUTTON, J. GILL, M. GEARING, *Russell on arbitration... op.cit.*, párrafo 7-003;

¹⁰ Aunque poco habitual, también existen casos en que las *anti-arbitration injunctions* se han adoptado por órganos arbitrales. Ver, e.g., *The Republic of Mozambique & the Mozambique Ministry of Transport and Communications v Patel Engineering Ltd (India)*, ICC (No. 25334/JPA/AJP, 24 de noviembre de 2022).

¹¹ L. COLLINS, C. MORSE, D. McCLEAN, *Dicey, Morris & Collins... op.cit.*, párrafo 12-158; R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996... op.cit.*, p. 11; D. SUTTON, J. GILL, M. GEARING, *Russell on arbitration... op.cit.*, párrafo 7-063.

El objetivo del presente trabajo es precisamente examinar los supuestos en que, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales ingleses¹², cabe la adopción de las *anti-arbitration injunctions*. Para ello, siguiendo la sistemática de la reciente sentencia del caso *Sodzawiczny*¹³, vamos a englobar los supuestos en tres categorías y examinar los *leading cases* correspondientes a cada una de ellas. Finalmente, a la vista de lo expuesto, se establecerán unas conclusiones.

II. Primera categoría—la protección de los derechos derivados de un acuerdo y de sus efectos y consecuencias

1. Introducción

4. En esta categoría se encuadran situaciones en que las *injunctions* tienen por objeto proteger los derechos de las partes de un acuerdo, así como los efectos y consecuencias derivados del mismo.

De este modo, en primer lugar, encontramos casos en que las medidas se adoptan con el objetivo de proteger el derecho de las partes a someter sus controversias al método de resolución de disputas efectivamente acordado y no a otro incluso aparentemente similar a éste. Así, las *injunctions* se adoptarán porque las partes no suscribieron un convenio de arbitraje o porque, habiendo suscrito uno, el arbitraje promovido no se ajusta realmente a lo acordado.

Asimismo, en segundo lugar, encontramos casos en que la finalidad de las medidas es evitar que se logre eludir efectos y consecuencias inherentes al convenio de arbitraje, lo que tendrá su principal proyección en los supuestos en que, mediante el procedimiento respecto del que se adoptan, se busque que un laudo sea materialmente revisado por quien, de acuerdo con el convenio de arbitraje, carezca de competencia para hacerlo.

2. La falta de convenio de arbitraje y el arbitraje no celebrado conforme a lo acordado

5. Si partimos de la premisa de que las *anti-arbitration injunctions* únicamente caben en casos en que el procedimiento respecto del que se solicitan tiene carácter abusivo, debe reconocerse que no existe mayor abuso que compeler a alguien a someterse a un arbitraje no acordado o, que, habiéndose acordado, no se ajusta a los términos del acuerdo.

6. Lógicamente, en este tipo de situaciones el demandado cuenta con herramientas mediante las que protegerse frente al abuso. Así, dado que no existiría un convenio de arbitraje o no se estaría respetando su contenido, el demandado podría cuestionar la jurisdicción substantiva del órgano arbitral¹⁴, pudiendo éste resolver dicha cuestión en un laudo específico o en el laudo final, que, a su vez, podría ser impugnado ante los órganos judiciales del lugar en que el arbitraje tuviera su sede¹⁵.

El problema es que todas estas actuaciones implican costes, tiempo y, sobre todo, riesgos que se pueden evitar mediante la solicitud de unas *injunctions* ante los tribunales, pues, para la estimación de las mismas, aquéllos irremediabilmente tendrán que pronunciarse sobre la jurisdicción substantiva del órgano arbitral.

Cuanto se acaba de señalar se ilustra nítidamente en los tres casos que se examinan a continuación.

¹² No es Inglaterra la única jurisdicción *common law* en que sus órganos judiciales están facultados a adoptar *anti-arbitration injunctions*. Ver: A.S. BELL, “The rise of the anti-arbitration injunction”, *Judicial Review*, Volumen 14, Número 4, 2021, pp. 287-313; R. GARNETT, “Anti-arbitration injunctions: walking the tightrope”, *Arbitration International*, Volumen 36, 2020, pp. 347-372; S.R. SUBRAMANIAN, “Anti-arbitration injunctions and their compatibility with the New York Convention and the Indian law of arbitration: future directions for Indian law and policy”, *Arbitration International*, Volumen 34, 2018, pp. 185-217.

¹³ *Sodzawiczny v Smith* [2024] EWHC 231 (Comm).

¹⁴ Siguiendo el artículo 30 de la AA96, el concepto de “*jurisdicción substantiva*” engloba tres aspectos: la validez del convenio de arbitraje; la constitución del órgano arbitral conforme a lo acordado; y, la determinación de qué cuestiones son susceptibles de ser sometidas al arbitraje acordado.

¹⁵ Artículo 16 de la LM.

A) El caso *Huyton S.A.*

7. Basándose en el modelo GAFTA 64, cuya cláusula 29 preveía un arbitraje de las disputas en Londres¹⁶, la demandante y la demandada celebraron un contrato de compraventa “*FOB Constanza*”, de acuerdo con el cual la primera compraba a la segunda 30.000 toneladas de trigo rumano a 175 dólares la tonelada.

Por otro lado, la demandante había celebrado previamente un contrato de compraventa “*C&FFO Port Sudan*” con otra empresa¹⁷, conforme al que se comprometía a vender a ésta trigo de cualquier origen a 225 dólares por tonelada.

Como consecuencia de estos contratos y a fin de cumplir con sus obligaciones como comprador y vendedor respectivamente, la demandante celebró entonces un contrato de fletamento para cubrir el transporte del trigo desde Constanza hasta Sudán.

A partir de ese momento surgieron diferentes problemas (el incumplimiento del plazo de plancha en el momento de efectuar la carga y, como consecuencia de ello, una reclamación del porteador de una indemnización; la consideración de que el trigo entregado no cumplía con las calidades previstas en el contrato; etc.) que cristalizaron en la desconfianza entre las partes y la reticencia de la demandante a efectuar el pago del precio.

Finalmente, la demandante se ofreció a pagar el precio convenido, pero bajo la condición de que la demandada debía renunciar al sometimiento a arbitraje de determinadas cuestiones vinculadas al incumplimiento del plazo de plancha y a los gastos bancarios derivados de la transacción, lo que la demandada aceptó, aunque dejando claro que lo hacía a regañadientes¹⁸.

Recibido el pago, la demandada comunicó a la demandante que no se sentía vinculada por el acuerdo alcanzado y, como consecuencia de ello, instó el comienzo del arbitraje de las cuestiones a cuya arbitrabilidad había supuestamente renunciado.

A la vista de ello, la demandante solicitó ante los tribunales ingleses la adopción de unas medidas que instaran a la demandada a desistir del arbitraje iniciado en Londres, por considerar que, a raíz del acuerdo alcanzado, el convenio de arbitraje había devenido inexistente y, por tanto, no cabía el sometimiento de dichas cuestiones al mismo.

La demandada, por su parte, señalaba que, en la medida en que el acuerdo alcanzado era el resultado de una coacción (*duress*), debía considerarse nulo de pleno derecho y, por ello, el convenio de arbitraje previsto en el contrato de compraventa seguía siendo válido, eficaz y operativo.

8. El problema que planteaba esta argumentación de la demandada es que, para poder ser estimada, era necesario satisfacer una elevada carga de prueba, pues no solamente era necesario demostrar que había existido una presión ilegítima por parte de la demandante, sino que, además, dicha presión le había inducido significativamente a aceptar el acuerdo ofrecido por ella¹⁹.

Teniendo esto en cuenta, si bien sí consideró probado que la demandante se había negado indebidamente al pago del precio, el *High Court* no consideró demostrado que dicha conducta constituyera una intimidación invalidante del acuerdo alcanzado²⁰.

Como consecuencia de ello, al haberse renunciado válidamente al arbitraje, no cabía la celebración de éste y, por tanto, se estimó oportuno la adopción de las *injunctions*²¹.

¹⁶ En la última de las versiones del modelo, que entró en vigor el 1 de enero de 2022, el arbitraje se prevé en la cláusula 24.

¹⁷ Este tipo de contrato es una variante del contrato “*C&F*” al que se adiciona la obligación de descarga de la mercancía (“*Free out*”) a su llegada al puerto de destino.

¹⁸ De hecho, el demandado aceptó en dos ocasiones la oferta y, en ambas ocasiones, dejó claro que lo hacía a disgusto. Así, el 6 de febrero de 1996, tras señalar que le parecía completamente absurda la propuesta del demandante, añadía: “*Due to your breach of contract we are left in an impossible position. We must accept that we have no real choice but to accept your terms for obtaining payment*”. A la vista de ello, al día siguiente, el demandante pidió al demandado confirmación de que aceptaba la oferta, a lo que éste respondió señalando que lo hacía “*with the greatest possible reluctance*”.

¹⁹ *Huyton S.A. v Peter Cremer GmbH & Co.* [1999] 1 Lloyd’s Rep 620, pp. 629 y 630.

²⁰ *ibidem*, p. 635.

²¹ *ibidem*, pp. 635 y 642.

B) El caso *Claxton Engineering Services Ltd.*

9. Este caso tiene su origen en una demanda presentada ante los tribunales ingleses por el impago de 19 facturas correspondientes a diversos encargos que el demandado realizó a favor del demandante, a la que el primero respondió impugnando la jurisdicción de dichos tribunales, lo que puso de relieve la existencia entre las partes de la clásica batalla de formularios: mientras el demandado alegaba que la relación jurídica se regía por sus términos y condiciones, que preveían el arbitraje de las disputas en Hungría, el demandante decía que regían sus términos y condiciones, que incorporaban un acuerdo de sumisión a favor de los tribunales ingleses.

Siguiendo la doctrina del *last shot*²², Gloster J dictaminó que, dado que el demandante había comunicado al demandado que en lo sucesivo regirían sus términos y condiciones, al no haberlos rechazado expresamente el demandado, dichos términos y condiciones debían regir los pedidos concluidos a partir de esa fecha. Por ello, concluyó que, salvo en relación con una de las facturas, en el resto de los encargos no existía un convenio de arbitraje, sino un acuerdo de sumisión conforme al que los tribunales ingleses eran los únicos competentes para conocer de las disputas entre las partes²³.

10. Descontento con esta decisión, el demandado instó entonces el comienzo de un arbitraje en Hungría, lo que llevó al demandante a solicitar a los tribunales ingleses la adopción de medidas que le instasen a desistir de dicho arbitraje.

A la vista de lo decidido por Gloster J sobre la inexistencia del convenio de arbitraje, Hamblen J estableció que la adopción de unas *anti-arbitration injunctions* cabe en circunstancias excepcionales en que el demandante es capaz de demostrar que la continuación del procedimiento arbitral respecto del que se solicitan resulta inadmisibile por suponer una vulneración de los derechos de aquél²⁴.

Siendo así, en la medida en que ya se había establecido que no existía entre las partes un acuerdo de arbitraje, sino uno de sumisión a favor de los tribunales ingleses, Su Señoría concluyó que el comienzo del arbitraje en Hungría constituía una infracción de los términos del acuerdo de sumisión y, en consecuencia, una vulneración del derecho del demandante a que las disputas se dirimiesen ante los tribunales ingleses²⁵. Por ello, debían adoptarse las medidas solicitadas.

C) El caso *Whitworths*

11. En este caso²⁶, las partes mantenían un acuerdo conforme al cual la demandada debía suministrar periódicamente a la demandante almendra que se ajustara a los índices de calidad previstos en un acuerdo marco, que, asimismo, disponía que, salvo cuando se dispusiera lo contrario, las transacciones entre las partes se regirían por lo previsto en las condiciones generales de contratación de la demandante, que preveían el arbitraje de las disputas en Londres.

²² Generalmente, ante la clásica batalla de formularios, los tribunales ingleses tienden a considerar que los términos que rigen la relación jurídica existente entre las partes son aquéllos contenidos en el último de los documentos que una de las partes haya enviado a la otra y que ésta no haya rechazado. En esencia, la premisa sobre la que se asienta esta solución es que, al remitir un nuevo documento con unos términos y condiciones nuevos, el remitente está haciendo una contraoferta al destinatario, quien, al no rechazarla y continuar con la ejecución del contrato, la acepta implícitamente. Por ello, Lord Denning MR en *Butler Machine Tool Co. Ltd v Ex-Cell-O Corporation* [1979] 1 WLR 401 se refirió al remitente de ese último documento como “*the man who fires the last shot*” (p. 404). No obstante, debe tenerse en cuenta que, como demuestra el propio fallo del caso *Butler*, las circunstancias del caso pueden determinar que no se apliquen los términos y condiciones previstos en el *last shot*. Así, en *Teddata Interconnections Ltd v Amphenol Ltd* [2009] EWCA Civ 1209, la Corte de Apelación defendió que no deberían aplicarse aquéllos cuando resultara probado que la voluntad de las partes era que rigieran otros términos y condiciones (párrafos 11 y 25). En línea con ello, *e.g.*, en *TRW Ltd v Panasonic Industry Europe GmbH & Other* [2021] EWCA Civ 1558, la Corte de Apelación reconoció que la relación jurídica existente entre las partes se regía por el primero de los documentos intercambiados entre ellas y no por los sucesivos, pues aquél incorporaba una cláusula que blindaba dicha relación frente a la doctrina del *last shot*.

²³ *Claxton Engineering Services Ltd v TXM Olaj-Es Gazkutato* [2010] EWHC 2567 (Comm), párrafos 53-56.

²⁴ *Claxton Engineering Services Ltd v TXM Olaj-Es Gazkutato* [2011] EWHC 345 (Comm), párrafo 34.

²⁵ *ibidem*, párrafo 35.

²⁶ *Whitworth Ltd. v Synergy Food Ingredients and Processing B.V.* [2014] EWHC 4239 QB (Comm).

A raíz de la entrega de una serie de lotes contaminados con trazas de cacahuete, la demandante se vio obligada a retirar de forma urgente sus productos de una cadena de hipermercados, lo que le generó importantes daños y perjuicios, que, amparándose en unas cláusulas de sus condiciones generales de contratación, en lugar de reclamar, optó por compensar con ciertas cantidades que adeudaba a la demandante.

A partir de ese momento se desató un conflicto entre las partes, ya que la demandada sostenía que no regían las condiciones generales de contratación de la demandante, sino las suyas y, en consecuencia, no cabía la compensación efectuada. Así, dado que sus condiciones generales de contratación preveían el arbitraje de las disputas en Ámsterdam, la demandada instó el comienzo del arbitraje en esta ciudad.

A la vista de ello, la demandante solicitó la adopción de unas *anti-arbitration injunctions*, que fueron concedidas de forma cautelar.

12. A pesar de ello, la demandada ignoró esta decisión y continuó el arbitraje en los Países Bajos, lo que llevó a la demandante a solicitar la adopción de medidas de índole penal, tales como la imposición de multas y, muy especialmente, la pena de prisión para el director ejecutivo de la demandada.

Habiéndose impuesto las multas y suspendido el procedimiento relativo a la petición de pena de prisión, la demandada continuó con el arbitraje y, por ello, la demandante formuló ante las autoridades inglesas diferentes pretensiones, entre las que se encontraban las tres siguientes:

- a) Una declaración definitiva sobre la improcedencia del arbitraje en los Países Bajos;
- b) Una declaración definitiva sobre la arbitrabilidad de las disputas en Londres; y,
- c) La adopción de unas medidas que impidieran a la demandada buscar el reconocimiento y ejecución del laudo que pudiera adoptarse en los Países Bajos en Inglaterra, *i.e.*, la adopción de unas *anti-enforcement injunctions*²⁷.

13. En un análisis lógico, Cooke J consideró que la procedencia o no de las dos primeras cuestiones pasaba irremediablemente por determinar qué condiciones generales de la contratación regían: si lo hacían las de la demandante, las disputas debían ser sometidas a arbitraje en Londres; en cambio, si lo hacían las de la demandada, las disputas debían ser sometidas a arbitraje en Ámsterdam.

Su Señoría concluyó que, dado que el único documento que constaba expresamente aceptado por ambas partes era el acuerdo marco²⁸, que contenía una remisión general a las condiciones generales de contratación de la demandante, eran éstas las que debían regir la relación entre las partes y, como consecuencia de ello, cabía declarar que las disputas únicamente podían ser sometidas a arbitraje en Londres, así como elevar a definitivas las *injunctions* adoptadas cautelarmente²⁹.

Por el contrario, no se estimó la tercera de las pretensiones, pues se consideró que, teniendo en cuenta la fase en que se encontraba el procedimiento, resultaba anticipado adoptar unas *anti-enforcement injunctions*, especialmente cuando ni existía el laudo, ni se esperaba que llegara a existir, pues para ello se acababan de elevar a definitivas las *anti-arbitration injunctions*³⁰.

3. La impugnación del laudo ante quien, de acuerdo con el convenio de arbitraje, carece de competencia para conocer de aquélla

14. Como es sabido, la elección de la sede determina la localización jurídica del arbitraje y, por tanto, el sometimiento del mismo a las normas del Estado en que se encuentra dicha sede (*lex loci arbitri*)³¹.

²⁷ Respecto a las *anti-enforcement injunctions*, ver: T.M. YEO, “Foreign judgments and contracts: the anti-enforcement injunction” en A. DICKINSON, E. PEEL, *A conflict of law companion*, Oxford, 2021, pp. 251-272.

²⁸ *Whitworth Ltd. v Synergy Food Ingredients and Processing B.V.* [2014] EWHC 4239 QB (Comm), párrafos 45, 47 y 56.

²⁹ *ibidem*, párrafos 60, 61 y 66.

³⁰ *ibidem*, párrafo 68-73.

³¹ G. BORN, *International Commercial Arbitration (Volumen II)*, Kluwer Law International, 2014, p. 2052; A. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law, 1981, p. 350.

Como en el resto de normas de un ordenamiento jurídico, dentro de la *lex loci arbitri* encontraremos normas imperativas, que se aplicarán al arbitraje con independencia de qué hayan acordado las partes al respecto, y normas dispositivas, que no se aplicarán en la medida en que entren en conflicto con lo que las partes hayan acordado³².

15. Entre las normas dispositivas de las normativas sobre arbitraje de los Estados encontraremos generalmente el número de instancias que compondrán aquél, que por regla general será una única instancia³³.

Por otro lado, con carácter general, entre las normas imperativas de las normativas hallaremos las relativas a la supervisión del arbitraje por parte de las autoridades judiciales del Estado en que el arbitraje tenga su sede, que tendrá su máxima proyección en la competencia exclusiva de aquéllas para controlar la validez de los laudos que se adopten durante el arbitraje³⁴.

Cuanto se acaba de señalar supone que, entre las consecuencias que acarrea un convenio de arbitraje, se encuentra el que los laudos derivados de aquél ni deben ser impugnados ante las autoridades judiciales de un Estado diferente de aquel en que el arbitraje tuvo sede, ni deben ser impugnados ante un órgano arbitral no previsto en el convenio de arbitraje.

16. Por ello, los tribunales ingleses consideran que la impugnación de un laudo ante las autoridades de un Estado diferente de aquel en que el arbitraje tuvo su sede puede ser considerado como un abuso³⁵ y, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, puede dar lugar a la adopción de unas *injunctions*³⁶, que, aunque tienen por finalidad proteger una de las consecuencias del convenio de arbitraje, al tener

³² A este respecto, *e.g.*, la AA96 es muy clara, pues de la combinación de sus artículos 2(1) y 4(1) se desprende que las disposiciones enumeradas en el *Schedule 1* se aplicarán obligatoriamente a todos los arbitrajes con sede en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, teniendo el resto una naturaleza dispositiva. En el caso de que el ordenamiento jurídico de referencia no prevea una enumeración como la prevista en la AA96, a fin de determinar si la norma en cuestión tiene una naturaleza dispositiva o imperativa, habrá que atender en especial a su redacción (*e.g.*, la utilización de imperativos, la inclusión de término “*podrá*” o fórmulas potestativas similares, etc.) Ver, J.F. POUDET, S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, párrafo 115.

³³ No debe confundirse la doble instancia con la posibilidad de instar la anulación del laudo ante las autoridades judiciales, ya que, como acertadamente ha reconocido el Tribunal Constitucional en relación con la acción de anulación prevista en el artículo 40 de la LArb, que es análoga a la prevista en el artículo 34 de la LM, en cuanto único mecanismo de control judicial frente al laudo, la acción de anulación “*tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas pueda ser interpretada de modo que subverta esta limitación*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero, ECLI:ES:TC:2021:17).

³⁴ En línea con lo señalado en la nota 32, *e.g.*, de las tres vías de impugnación del laudo previstas en la AA96, mientras las contempladas en los artículos 67 y 68 tienen un carácter imperativo, la establecida en el artículo 69 tiene carácter dispositivo. De este modo, un laudo adoptado en el seno de un arbitraje con sede en Inglaterra no podrá ser impugnado ante los tribunales ingleses al amparo del artículo 69 cuando las partes hayan excluido dicha posibilidad de su arbitraje. A tal efecto, tal y como han destacado los tribunales, será preciso que se hayan utilizado fórmulas o términos claros y precisos, no siendo para ello suficiente expresiones como “*el laudo será final y obligatorio*” [*Shell Egypt West Manzala GmbH & Shell Egypt West Qantara GmbH v Dana Gas Egypt Limited* [2009] EWHC 2097 (Comm), párrafos 36-39; *Essex County Council v Premier Recycling Ltd* [2006] EWHC 3594 (TCC), párrafos 24-26].

³⁵ En *Noble Assurance Company & Shell Petroleum Inc. v Gerling-Konzern General Insurance Co.* [2007] EWHC 253 (Comm) –un caso en el que la demandante solicitaba la adopción de unas medidas destinadas a impedir a la demandada continuar con unos procedimientos judiciales iniciados en Estados Unidos mediante los que, en esencia, buscaba la revisión de un laudo adoptado en Londres–, el *High Court* concluyó que la elección de Londres como sede del arbitraje conllevaba la elección implícita de los tribunales ingleses como los únicos competentes para supervisar el arbitraje (párrafo 46) y, en consecuencia, para conocer de las impugnaciones de los laudos que se pudieran adoptar en él (párrafo 87). Siendo así, los procedimientos judiciales iniciados en Estados Unidos podían ser considerados abusivos (párrafo 88).

³⁶ Como se ha señalado, el carácter abusivo del procedimiento respecto del que se solicitan las *injunctions* es el antecedente necesario para que éstas puedan ser adoptadas, lo que no significa que siempre que se constate que el procedimiento es abusivo se adopten las medidas. Así, *e.g.*, en *Noble Assurance Company*, pese a concluir que los procedimientos estadounidenses constituían un abuso, Toulson LJ no adoptó las *injunctions* solicitadas, pues consideró que la finalidad que éstas perseguían se podía obtener de igual manera con una medida menos gravosa (párrafos 103 y 109). En cambio, en *C v D* [2007] EWHC 1541 (Comm) –un caso en el que la demandante solicitaba unas *injunctions* que impidieran a la demandada iniciar un procedimiento ante las autoridades estadounidenses destinado a que se revisara un laudo adoptado en Londres–, Cooke J sí consideró apropiado adoptar las medidas solicitadas por la demandante.

por objeto un procedimiento judicial, en mi opinión, no pueden ser consideradas como unas auténticas *anti-arbitration injunctions*.

Por ese motivo, en cambio, sí estimo que pueden ser consideradas como tales las medidas adoptadas respecto a impugnaciones del laudo ante órganos arbitrales no contemplados en el convenio de arbitraje, supuesto éste en el que, como evidencia el caso *Sheffield United Football Club Ltd*³⁷, las autoridades inglesas han concluido que el procedimiento de arbitraje derivado de la impugnación constituye un abuso y, por tanto, respecto del cual cabe la adopción de unas *anti-arbitration injunctions*.

III. Segunda categoría—la falta de jurisdicción substantiva

1. Introducción

17. En esta categoría vamos a encontrar supuestos en que el demandante no cuestiona la existencia del convenio de arbitraje, pero sí la jurisdicción substantiva del órgano arbitral ante el que el demandado ha hecho valer o pretende hacer valer sus pretensiones.

Como veremos a continuación, los tribunales ingleses se muestran extraordinariamente reacios a adoptar *anti-arbitration injunctions* en estos supuestos, ya que, con base en el principio *kompetenz-kompetenz*, le corresponde al órgano arbitral determinar su jurisdicción substantiva, sin perjuicio lógicamente de que dicha decisión pueda ser objeto de impugnación ante los órganos judiciales³⁸ y de que la falta de jurisdicción substantiva pueda hacerse valer como motivo para que se anule el laudo³⁹ o se deniegue su reconocimiento y ejecución⁴⁰.

2. El caso *Weissfisch*

18. En este caso, el demandante buscaba ante los tribunales ingleses la adopción de unas medidas que impidieran continuar un arbitraje que se había iniciado en Suiza y cuyo objeto eran una serie de disputas que aquél tenía con su hermano, las cuales ambos se habían comprometido a someter a arbitraje en el país helvético ante el demandado.

La argumentación del demandante era que, en la medida en que el acuerdo de arbitraje nacía de un fraude concertado entre su hermano y el demandado, no solamente el acuerdo era inválido, sino que además debían adoptarse unas medidas mediante las que se instase al demandado a renunciar a continuar con el arbitraje y evitar así que pudiera declarar válido el acuerdo de arbitraje en cuya celebración fraudulenta había tomado parte. Como decía el demandante: el demandado no podía ser juez y parte al mismo tiempo.

19. A pesar de la lógica en que se asentaba el razonamiento del demandante, la Corte de Apelación no estimó su petición, aunque sí admitió que en casos excepcionales sería posible adoptar las medidas solicitadas respecto a un arbitraje con sede en el extranjero⁴¹.

³⁷ *Sheffield United Football Club v West Ham United Football Club* [2008] EWHC 2855 (Comm). En este caso, el demandante solicitó unas *injunctions* respecto a un procedimiento que, al amparo de las normas de la FIFA, el demandado había iniciado ante el TAD mediante el que aspiraba a que éste actuara como órgano de apelación en relación con un laudo adoptado en Londres en el seno de un arbitraje celebrado conforme a las normas de la federación inglesa de fútbol. Teare J concluyó que, contrariamente a lo que defendía el demandado, no cabía la aplicación de las normas de la FIFA al arbitraje celebrado y que, por tanto, éste debía regirse por lo previsto en las normas de la federación inglesa y la *lex loci arbitri*. Así, dado que las normas de la federación inglesa no preveían un arbitraje de doble instancia, cabía considerar que, como consecuencia de la elección de Londres como sede del arbitraje, los únicos competentes para supervisar un laudo adoptado en el seno de un arbitraje celebrado al amparo de dichas normas federativas eran los órganos judiciales ingleses. Por ello, el procedimiento iniciado ante el TAD era abusivo y, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, debían adoptarse las medidas solicitadas.

³⁸ Ver artículo 16(3) de la LM.

³⁹ Ver artículo 34(2) de la LM.

⁴⁰ Ver apartados (i), (ii) y (iv) del artículo 36(1)(a) de la LM, que, a su vez, corresponden con los motivos previstos en los apartados (a), (c) y (d) de la CNY.

⁴¹ *Weissfisch v Julius* [2006] EWCA Civ 218, párrafo 33.

El razonamiento de la Corte de Apelación fue el siguiente: pudiendo ser cierto que el acuerdo no fuera válido por ser fruto de un fraude concertado entre el demandado y el hermano del demandante, no concurrían las circunstancias excepcionales que motivarían la adopción de las medidas solicitadas, pues, en el eventual supuesto de que el demandado actuando como árbitro avalara la validez del convenio, nada impediría al demandante:

Impugnar dicha decisión ante las autoridades judiciales suizas; y,

Hacer valer la incorrección de dicha decisión ante el resto de las autoridades judiciales del mundo cuando se solicitase el reconocimiento y ejecución internacional de los laudos que se adoptasen en dicho arbitraje.

3. El caso *Albon*

20. En este caso, a raíz de una disputa concerniente a un acuerdo para la importación y exportación de vehículos, el demandante presentó una demanda contra el demandado ante los tribunales ingleses.

Amparándose en una cláusula de arbitraje prevista en un supuesto contrato celebrado con el demandante, el demandado respondió a la demanda de una manera doble: por un lado, instando el comienzo de un arbitraje en Malasia con el mismo objeto; y, por otro lado, impugnando la jurisdicción de los tribunales ingleses para conocer de la disputa por existir un convenio de arbitraje. El problema residía en que el demandante alegaba que no había firmado el contrato que contenía la cláusula de arbitraje y, que, por tanto, su firma en él había sido falsificada.

En la medida en que la falta de autenticidad de la firma conllevaría la falta de validez del convenio de arbitraje y, en consecuencia, de jurisdicción substantiva del órgano arbitral, con base en el principio *kompetenz-kompetenz*, debería ser aquél el que examinase la cuestión; sin embargo, al hacer valer el convenio para impugnar la competencia de los tribunales para conocer de la demanda, surgía la necesidad de que el órgano judicial examinase si el convenio era válido, eficaz y operativo. De esta situación, por tanto, derivaba el riesgo de que sobre la validez del convenio y, consiguientemente, sobre quién tenía jurisdicción para conocer de la disputa, se adoptasen dos decisiones irreconciliables.

21. Con este riesgo en mente, la Corte de Apelación consideró que, mientras no se resolviese la declinatoria, la continuación del procedimiento de arbitraje resultaba abusiva, ya que podía acarrear gastos, alegaciones y revelaciones de información que podían resultar innecesarios de constatar que la firma no era genuina⁴².

Por ello, aun reconociendo que en relación con la adopción de *anti-arbitration injunctions* hay que ser todavía más cuidadoso que con las *anti-suit injunctions*⁴³, la Corte de Apelación avaló la decisión del órgano de primera instancia de adoptar medidas que instaran al demandado a no continuar el arbitraje en Malasia mientras no se resolviera por el tribunal inglés la declinatoria y, por consiguiente, la cuestión planteada en ésta sobre la autenticidad de la firma.

4. El caso *AmTrust Europe Ltd*

22. En este caso, la demandante y la demandada habían suscrito dos acuerdos: por un lado, uno de corretaje, que incorporaba una cláusula de sumisión a favor de los tribunales ingleses; y, por otro lado, otro posterior de exclusividad en la comercialización de los productos de la demandante en el mercado italiano, que incluía una cláusula de arbitraje en Italia.

Una disputa surgió entre las partes, pues la demandada argumentaba que tenía derecho a una comisión derivada del contrato de corretaje y, mientras ésta no se abonase, ella no abonaría la prima que estaba obligada a abonar en virtud del acuerdo de exclusividad, pretendiendo así compensar una deuda con la otra.

⁴² *Albon v Naza Motor Trading* [2007] EWCA Civ 1124, párrafo 14.

⁴³ *ibidem*, párrafos 16 y 17.

La demandante negaba el derecho de la demanda a una comisión y a compensar ninguna deuda. Por ello, comunicó a la demandada que, salvo que desistiera de su comportamiento, se daría por extinguido el contrato de corretaje.

Ante esta comunicación, la demandada instó el comienzo del arbitraje previsto en el acuerdo de exclusividad; sin embargo, la demandante defendía que, conforme al contrato de corretaje, el conocimiento de las cuestiones surgidas correspondía a los tribunales ingleses.

Por ello, la demandante solicitó cautelarmente a los tribunales ingleses que, por un lado, se requiriese a la demandada a efectuar un depósito en una cuenta específica y, por otro lado, se adoptasen unas *injunctions* respecto al procedimiento arbitral iniciado en Italia.

23. Habiendo desistido la demandante de la pretensión de que se adoptaran las *injunctions*, en primera⁴⁴ y segunda instancia⁴⁵ los tribunales ingleses concluyeron que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podía resultar cuestionable que las cuestiones surgidas entre las partes no entraran dentro del ámbito de aplicación del acuerdo de sumisión; sin embargo, no entraron al fondo del asunto, ya que, a fin de resolver la petición de la orden de depósito, bastaba con determinar si ella entraba dentro del ámbito del contrato de corretaje y, por tanto, del acuerdo de sumisión previsto en éste, lo que así se estimó y, en consecuencia, se ordenó a la demandada a depositar cautelarmente la cantidad reclamada.

24. Estando así las cosas, la demandada continuó con el procedimiento de arbitraje y, ante ello, la demandante solicitó de nuevo la adopción de las *anti-arbitration injunctions*, a lo que se oponía la demandada.

El problema principal de esta nueva demanda surgía de los efectos vinculantes que podían tener los pronunciamientos sobre el convenio de arbitraje y la jurisdicción substantiva del órgano arbitral que hubieran emitido los tribunales al conocer de la petición de la orden de depósito, pues si aquéllos hubieran mantenido que no existía un convenio o que los árbitros carecían de jurisdicción para conocer de las acciones que se habían planteado ante ellos, el tribunal podía verse vinculado a dichos pronunciamiento y, en consecuencia, verse obligado a considerar el arbitraje iniciado en Italia como abusivo.

25. Por ello, no resulta extraño que, a lo largo de su fallo, Smith J recuerde en reiteradas ocasiones que en el procedimiento previo los tribunales hicieron un examen cautelar de la cuestión, sin concluir en momento alguno que no existiera un convenio de arbitraje, ni que el órgano arbitral careciera de jurisdicción substantiva para conocer de las cuestiones que se habían planteado ante él⁴⁶.

Establecida esta premisa, Su Señoría aceptó que, siguiendo el caso *Donohue*⁴⁷, cabe la adopción de *anti-arbitration injunctions* cuando se solicitan respecto de un procedimiento de arbitraje en el que indubitadamente se plantean cuestiones que entran en el ámbito de aplicación de un acuerdo de sumisión o sobre el que previamente ya exista una transacción entre las partes o una resolución arbitral o judicial⁴⁸.

Asimismo, siguiendo el caso *Weissfisch*, Su Señoría recordó que la adopción de *injunctions* cuando el arbitraje tiene su sede en un Estado extranjero únicamente cabe en casos extraordinarios, pues al haberse acordado un arbitraje de este tipo, no solamente se acepta que, con base en el principio *kompetenz-kompetenz*, sea el órgano arbitral el que tenga la competencia principal para decidir sobre su jurisdicción substantiva, sino que, además, también se acepta que la competencia exclusiva para supervisar dicha decisión corresponde a los órganos judiciales del lugar donde el arbitraje tenga su sede⁴⁹.

Teniendo esto en cuenta, dado que no resultaba indubitado que las cuestiones sometidas al arbitraje iniciado en Italia entraban dentro del ámbito del acuerdo de sumisión previsto en el contrato de corretaje, Smith J desestimó la solicitud de la demandante.

⁴⁴ *AmTrust Europe Ltd v Trust Risk Group SpA* [2014] EWHC 4169.

⁴⁵ *AmTrust Europe Ltd v Trust Risk Group SpA* [2015] EWCA Civ 437.

⁴⁶ *AmTrust Europe Ltd v Trust Risk Group SpA* [2015] EWHC 1927 (Comm), párrafos 11, 12 y 19.

⁴⁷ *Donohue v Armco Inc* [2001] UKHL 64, párrafo 35.

⁴⁸ *AmTrust Europe Ltd v Trust Risk Group SpA* [2015] EWHC 1927 (Comm), párrafo 25.

⁴⁹ *ibidem*, párrafo 26.

IV. Tercera categoría—el efecto de cosa juzgada y el intento de elusión de los mecanismos de control del laudo

1. Introducción

26. En esta categoría encontramos supuestos en que las *anti-arbitration injunctions* tienen por objeto impedir el sometimiento a arbitraje de una cuestión sobre la que ya exista una resolución vinculante para las partes.

De este modo, el carácter abusivo resulta del hecho de que se pretenda someter a arbitraje cuestiones sobre las que las partes ya hayan transigido o sobre las que ya haya recaído una decisión arbitral o judicial.

2. El caso *Glasgow and South Western Railway Co.*

27. En este *leading case*, la demandante y los demandados habían suscrito en 1900 un contrato de acuerdo con el cual éstos se comprometían a construir una línea ferroviaria a cambio de 243.090 libras. A esta cuantía se podrían añadir los importes correspondientes a los trabajos accesorios que se requirieran para construir la línea, que debían ser calculados conforme a las reglas previstas en el contrato. Éste, a su vez, incluía una cláusula de arbitraje de las disputas ante el señor Strain.

Al momento de finalización de las obras, la demandante había abonado el importe acordado y 28.880 libras más por los trabajos accesorios realizados.

En noviembre de 1907 los constructores presentaron una demanda ante los tribunales escoceses reclamando a la demandante un total de 106.688 libras, argumentando que habían tenido lugar trabajos accesorios que no se habían abonado.

Tras una larga batalla judicial, el 1 de marzo de 1915 la Cámara de los Lores emitió una orden en la que:

- a) Acordaba la remisión del caso a las autoridades escocesas;
- b) Instaba a éstas a absolver a la demandante; y,
- c) A su vez, declaraba que esta absolución no impediría a los demandados someter al arbitraje previsto en el contrato dos cuestiones específicas: por un lado, una relativa a los trabajos de construcción de un puente y de desviación de una tubería de agua; y, por otro lado, otra concerniente a los daños y perjuicios que le hubiera podido ocasionar la demora por parte de la demandante a la hora de facilitar unos planos necesarios para la ejecución de los trabajos.

En cumplimiento de esta orden, el 13 de mayo de 1915 las autoridades escocesas absolvieron a la demandante, pero reconocieron el derecho de los demandados a someter al arbitraje acordado las dos cuestiones señaladas por la Cámara de los Lores en su orden.

28. A consecuencia de ello, los demandados presentaron ante el señor Strain una demanda por un total de 98.580 libras, que, con la excepción de 9.750 de las mismas, correspondían a trabajos ya incluidos en la demanda en relación con la cual se había dictado la absolución.

Por ello, en agosto de 1916 la demandante solicitó a los tribunales escoceses la adopción de unas medidas que instaran a los demandados a desistir del arbitraje de aquellas cuestiones sobre las que ya había sido absuelta.

En primera instancia, las autoridades escocesas estimaron la petición de la demandante; sin embargo, en segunda instancia la rechazaron al considerar que, al no fundamentarse la demanda arbitral en el mismo fundamento jurídico que la demanda de 1907, no cabía apreciar que la absolución dictada en 1915 impidiera la celebración del arbitraje sobre las cuestiones planteadas en éste.

En tercera instancia, la Cámara de los Lores consideró que el análisis de la cuestión por parte del órgano de segunda instancia era erróneo, ya que el objeto de la absolución había sido precisamente

declarar que la demandante no tenía obligación de abonar los gastos reclamados por los demandados en la demanda de 1907 y, por ello, con independencia de que se basara en otro fundamento jurídico, debía considerarse que, en la medida en que entrase en conflicto con la orden de 1915, la pretensión planteada ante el árbitro ya había sido resuelta y, por tanto, no cabía la celebración de un arbitraje sobre la misma.

Por ello, cabía la adopción de las medidas solicitadas por la demandante y, como consecuencia de ello, debía dejarse sin efecto la resolución adoptada en segunda instancia⁵⁰.

3. El caso *Injazat Technology Capital Ltd.*

29. El 22 de septiembre de 2006 la demandante, el demandado, un tercero y una compañía dubaití llamada Broadlink suscribieron un acuerdo según el cual, a cambio de 3.000.000 de dólares, la primera suscribiría el 35% de las acciones de la segunda. Este pago se realizaría en tres plazos, que, a su vez, estaban condicionados a la verificación de unas garantías.

El mismo día, por su parte, la demandante, Broadlink y los proveedores de garantías suscribieron un acuerdo que, al igual que establecía el acuerdo de suscripción de acciones, preveía el sometimiento de las disputas a arbitraje en Londres ante un único árbitro y conforme a las reglas de la Cámara Internacional de Comercio.

Poco después de celebrar estos acuerdos, la demandante realizó los dos primeros pagos; sin embargo, se negó a realizar el tercero de ellos, pues consideró que no se estaban ofreciendo las garantías comprometidas.

En agosto de 2007 Broadlink declaró su quiebra, por lo que el 20 de octubre de 2008 la demandante presentó una demanda arbitral en la que reclamaba a los avalistas el reembolso de las cantidades abonadas, ya que, según argumentaba, la celebración de los acuerdos y los consiguientes pagos se debían a la información tergiversada que los avalistas le habían facilitado.

Celebrado el arbitraje, se concluyó que los avalistas habían facilitado información falsa sobre la rentabilidad de Broadlink, que, al tiempo de suscribirse los acuerdos, ya era insolvente. Por ello, el 25 de julio de 2011 se dictó un laudo condenando a los avalistas al reembolso de las cantidades abonadas y al pago de daños y perjuicios.

Ante la falta de cumplimiento del laudo por parte de los avalistas, la demandante instó la ejecución del mismo en California, que era el lugar donde aquéllos tenían su domicilio.

30. Estando así las cosas, el 30 de marzo de 2012 el demandado presentó una demanda arbitral ante la Cámara Internacional de Comercio. Asimismo, en nombre de Broadlink, el 22 de octubre de 2012 presentó otra demanda instando un arbitraje en el distrito financiero internacional de Dubái.

Considerando que estos procedimientos arbitrales tenían como única finalidad frustrar la ejecución del laudo en Estados Unidos, la demandante solicitó ante los tribunales ingleses la adopción de unas *injunctions* respecto a aquéllos.

31. Estimando que las cuestiones planteadas por el demandado en su primera demanda arbitral, por un lado, habían sido ya resueltas en el laudo de 25 de julio de 2011 y, por otro lado, no entraban dentro del ámbito de las cláusulas de arbitraje previstas en los acuerdos de 22 de septiembre de 2006, Flaux J concluyó que el procedimiento instado ante la Cámara Internacional de Comercio era abusivo y tenía como único objetivo frustrar el procedimiento de ejecución de dicho laudo en Estados Unidos⁵¹.

Similar conclusión alcanzó Su Señoría respecto al segundo de los arbitrajes, ya que éste se instaba en nombre de Broadlink porque así había sido acordado supuestamente mediante una resolución de sus accionistas; sin embargo, según reconocía el demandado, debido a su quiebra, las autoridades dubaitíes ya no reconocían a Broadlink como una compañía, por lo que cabía presumir que la supuesta resolución de sus accionistas carecía de validez⁵².

⁵⁰ *Glasgow and South Western Railway Co. v Boyd & Forrest* 1918 SC (HL) 14.

⁵¹ *Injazat Technology Capital Ltd v Dr. Hamid Najfi* [2012] EWHC 4171 (Comm), párrafo 9.

⁵² *ibidem*, párrafo 13.

Por ello, tomando como referencia lo establecido en *Nomihold Securities*⁵³, Su Señoría consideró que los procedimientos de arbitraje iniciados por el demandado constituían un abuso y, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, estimó oportuno adoptar las *injunctions* solicitadas por la demandante⁵⁴.

V. Conclusiones

32. Como ha quedado reflejado, en esencia, la adopción de las *anti-arbitration injunctions* va a depender de la concurrencia de dos requisitos: por un lado, la existencia actual o potencial de un procedimiento arbitral extranjero abusivo⁵⁵; y, por otro lado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la conclusión de que su adopción resulta idónea.

33. A la vista de lo examinado, se pueden extraer los siguientes supuestos en que se podrá considerar abusivo un procedimiento arbitral:

- a) Cuando no exista un convenio de arbitraje (caso *Claxton Engineering Services Ltd*) o, habiendo existido uno, las partes hubieran renunciado al mismo (caso *Huyton S.A.*);
- b) Cuando exista un convenio de arbitraje, pero el procedimiento no se ajuste a lo acordado por las partes (caso *Whitworths*);
- c) Cuando, no habiéndose acordado expresa o implícitamente un arbitraje de doble instancia, mediante el procedimiento se busque la revisión material de un laudo adoptado por otro órgano arbitral (caso *Sheffield United Football Club Ltd*);
- d) Cuando el órgano que conozca del procedimiento carezca de jurisdicción substantiva, bien sea porque el convenio de arbitraje es inválido (casos *Weissfisch* y *Albon*), bien sea porque las cuestiones sometidas a su conocimiento no resultan residenciables en el ámbito objetivo del convenio (caso *AmTrust Europe Ltd*); y,
- e) Cuando el objeto del procedimiento sea una cuestión respecto de la que las partes ya hayan transigido, o ya exista una decisión vinculante para las partes, bien sea ésta judicial (Caso *Glasgow and South Western Railway Co.*) o arbitral (Caso *Injazat Technology Capital Ltd.*).

34. Por otro lado, la adopción resulta idónea únicamente en casos excepcionales, ubicándose el umbral especialmente alto cuando el fundamento para su adopción es la ausencia de jurisdicción substantiva.

⁵³ *Nomihold Securities Inc v Mobile Telesystems Finance SA* [2012] 1 Lloyd's Rep 442. En este caso, el demandante y el demandado habían suscrito dos acuerdos que incluían cláusulas de arbitraje ante la LCIA. Al surgir una disputa en relación con el segundo de los acuerdos, se inició un arbitraje que finalizó mediante la adopción de un laudo que condenaba al demandado al pago de más de 175 millones de dólares. Al instarse ante los tribunales ingleses la ejecución de dicho laudo, al amparo del primero de los acuerdos, el demandado solicitó el comienzo de un arbitraje ante la LCIA, respecto del cual la demandante solicitó unas *injunctions*, a las que se oponía el demandado alegando que al amparo de la normativa vigente no cabía la adopción de dichas medidas. Smith J dictaminó que, contrariamente a lo que aducía el demandado, los tribunales ingleses tenían la facultad de adoptar las medidas solicitadas por el demandante en una serie de supuestos (párrafo 27) –los examinados a lo largo de este trabajo–, pero que el ejercicio de dicha facultad debía circunscribirse a casos extraordinarios (párrafos 56 y 57). Por ello, dado que consideraba que en el caso no concurrían circunstancias extraordinarias, Su Señoría no estimó oportuna la adopción de las medidas solicitadas (párrafo 66).

⁵⁴ *Injazat Technology Capital Ltd v Dr. Hamid Najfi* [2012] EWHC 4171 (Comm), párrafo 23.

⁵⁵ La posibilidad de que se adopten *anti-arbitration injunctions* respecto a procedimientos con sede en Inglaterra y Gales no resulta pacífica. En *Elekrim SA v Vivendi Universal SA (No. 2)* [2007] 2 Lloyd's Rep 8, siguiendo lo comentado en los casos *Weissfisch* y *Cetelem*, Aikens J asumió inicialmente que la facultad cabía (párrafo 51), aunque, en su razonamiento posterior (párrafos 67-79), parece más partidario de lo contrario. En *Fiona Trust & Holding Corporation and Other v Privalov & Others* [2007] 2 Lloyd's Rep 267, Longmore LJ parece contemplar que su adopción únicamente cabría a través del artículo 72 de la AA96, que, a su vez, no podría aplicarse cuando existiera un convenio de arbitraje válido (párrafo 34). Por el contrario, en *China Petroleum Technology and Development Corp v LG Caltex Gas Co Ltd* [2000] 12 WLUK 91, Smith J se muestra partidario de su adopción, pero únicamente en casos excepcionales (página 15). Similar conclusión alcanza Jackson J en *J. Jarvis & Sons Ltd v Blue Circle Dartford Estates Ltd* [2007] EWHC 1262 (TCC), que, a su vez, considera que su adopción sería al amparo del artículo 37(1) de la *Senior Courts Act 1981* (párrafo 40). Ver: T. RAPHAEL, *The anti-suit injunction... op.cit.* párrafos 11.07-11.17.

Esta forma de proceder resulta lógica y representa un equilibrio entre la facultad de actuar frente a abusos y, al mismo tiempo, respetar el principio *kompetenz-kompetenz*, así como las consecuencias inherentes a la elección de la sede del arbitraje.

Siendo así, el cauce ordinario para cuestionar la falta de jurisdicción substantiva debe ser su impugnación ante el órgano arbitral que esté conociendo del procedimiento y, subsidiariamente, ante las autoridades judiciales del lugar donde el arbitraje tenga su sede. No obstante, cuando ello resultara extraordinariamente oneroso o existiera el riesgo de que produjera efectos perjudiciales significativos o de difícil reparación, sería adecuado adoptar las *injunctions*.

Y el Reglamento de filiación lo hizo: primera propuesta legislativa europea de concreción de los criterios de la residencia habitual en menores*

And the cross-border parenthood Regulation did it: first European legislative proposal to specify the criteria for habitual residence in minors EU

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

ORCID ID: 0000-0001-6340-0528

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 02.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8972

Resumen: En el momento del homenaje al gran maestro Calvo Caravaca quien suscribe debe honrar la ayuda y apoyo de quien nos abre el camino reflexionando sobre la obra académica que me ha unido a Cuadernos de Derecho Transnacional y a su figura. Desde que un reconvertido Doctor en Derecho Civil amante del derecho europeo y procesal llegó al área de Derecho Internacional Privado contó con la complicidad del profesor Calvo y del Profesor Carrascosa. Desde aquel primer encuentro en Murcia en mayo de 2016, varias de mis reflexiones académicas publicadas en CDT apostaban por la recepción de los criterios para concretar la residencia habitual de los menores en los Reglamentos Europeos. Y por fin, el Reglamento de filiación lo hizo: ha aportado la primera propuesta legislativa europea de concreción de los criterios de residencia habitual en los menores. Sirva mi reflexión al respecto como muestra de agradecimiento y homenaje al gran profesor Calvo Caravaca, a nuestro querido Alfonso.

Palabras clave: Residencia habitual, criterios en menores, Reglamento de filiación, presencia física, relaciones personales.

Abstract: When it comes to honor the great teacher Calvo Caravaca, the undersigned must underline the help and support of the person who paved the way for us and made us reflect on the academic work that has led me to Cuadernos de Derecho Transnacional and to his person. Since a converted Doctor in Civil Law, a lover of European and procedural law, came to the area of Private International Law, counted on the complicity of Professor Calvo and Professor Carrascosa. Since that first meeting in Murcia in May 2016, several of my academic reflections published in Cuadernos de Derecho Transnacional focused on the reception of the criteria to define the habitual residence of minors in the European Regulations. And finally, the Regulation on cross-border parenthood achieved this goal: it provided the first European legislative proposal to define the criteria for habitual residence for minors. My reflection on this matter serves as a token of gratitude and tribute to the great Professor Calvo Caravaca, to our beloved Alfonso.

Keywords: habitual residence, criteria in minors, Regulation on cross-border parenthood, physical presence, personal relationships.

*El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Todas las páginas web citadas han sido consultadas el 15 de diciembre de 2021.

Sumario: I. Experiencias de un reconvertido, el Profesor Calvo, conocimiento y cercanía. II. El porqué de un tema, ¿reiteración o innovación? III. Y el Reglamento de filiación lo hizo, estado de la cuestión. 1. La situación legislativa y jurisprudencial. 2. El resumen de una doctrina. 3. La necesidad de una definición. IV. El Reglamento de filiación y la residencia habitual. 1. Contenido básico. 2. La residencia habitual en la determinación de la competencia. 3. La residencia habitual como punto de conexión de la ley aplicable. V. Motivos el cambio de posición del legislador europeo. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento. 2. Consolidada jurisprudencia previa, criterios asentados. 3. La importancia y conflictividad del objeto de la regulación. VI. Criterios concretados. 1. La presencia física en el Estado. 2. El tipo de presencia física en el Estado. 3. Las circunstancias personales específicas del hijo o hija. 4. Las relaciones familiares y sociales. VII. Criterios no valorables. VIII. Conclusiones.

I. Experiencias de un reconvertido, el Profesor Calvo, conocimiento y cercanía

1. Quien escribe estas líneas le debe al Profesor Calvo Caravaca y a Javier Carrascosa un aterrizaje a la disciplina del Derecho Internacional Privado suave, amigable y lleno de visión de futuro, y es de justicia agradecerlo. Cuando uno llega a una disciplina más o menos novedosa espera ilusionado un mundo nuevo. Pero todas las actividades humanas, y desde luego la universitaria, pueden mostrar varias caras. La del trabajo conjunto, unido y generoso o la de la competitividad llena de sospechas al recién llegado. La llegada de quien suscribe al DIPr fue afortunadamente la primera, y el profesor Calvo, junto a muchos otros compañeros y compañeras, claro está, ayudó mucho a esto. Comencé a impartir la docencia en Derecho Internacional Privado a finales de 2012 como profesor a tiempo parcial, a finales de 2013, a tiempo completo. Mi primera salida a una jornada exclusiva sobre docencia en la disciplina se produjo a las jornadas de innovación educativa de la Universidad de Murcia, el 26 de mayo de 2016. Pues bien, como recepción al reconvertido recién llegado, los anfitriones me “regalaron” una cena previa a las jornadas con los Profesores de DIPr, Alfonso Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González y Andrés Rodríguez Benot, todos ellos catedráticos. Quien conoce el DIPr se puede imaginar la escena del recién llegado en su primera relación con la disciplina y cenando con semejantes maestros... Fue una cena inolvidable, seguida de una jornada de innovación educativa de gran interés docente y de unos días de convivencia para recordar. No se podía tener mejor inicio.

2. A partir de ahí he desarrollado una parte de mi actividad profesional acudiendo y proponiendo comunicaciones en los Congresos de DIPr de la Universidad Carlos III y publicando trabajos de investigación en Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT), y varios de ellos han sido sobre este tema que nos trae aquí hoy, el concepto de residencia habitual¹. Estos encuentros y revista gozan de un prestigio inigualable en la disciplina, como demuestran algunos de los últimos trabajos realizados al respecto², y han permitido a quien escribe y al resto de investigadores en DIPr hacer mostrar nuestros trabajos y evolucionar como académicos. Todo este amigable ecosistema de desarrollo profesional se le debe al profesor Calvo Caravaca y al equipo de investigadoras e investigadores que han trabajado con él y que ha formado, y por ello quien suscribe rinde homenaje al gran maestro en estas páginas, con el último paso evolutivo legislativo de la residencia habitual en menores.

¹ Solicitando disculpas por la necesaria autocita, el último de estos trabajos sobre la residencia habitual en los supuestos de matrimonios, en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida en varios Estados, solo hay una residencia habitual, *CDT* (marzo 2022), Vol. 14, Nº 1, pp. 422-443, y anteriormente, también en; L. A. PÉREZ MARTÍN, “Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. Comentario de la Sentencia de 24 de julio de 2019 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Girona, *CDT* (marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 657-672.

² Ranking de la Conferencia de Decanas y Decanos de las Facultades de Derecho de España sobre revistas jurídicas por especialidades en el que se puede apreciar el lugar que ocupa CDT; *vid en*, <https://ad8716085f.clvaw-cdnwnd.com/13d6f4b9e15814f28646c25a696df0e3/200000059-2552025524/Ranking%20Revistas2.pdf?ph=ad8716085f>.

II. El porqué de un tema, ¿reiteración o innovación?

3. Hemos defendido en diversos trabajos que es necesario que la legislación europea concretase el concepto de la residencia habitual y los criterios por medios de los cuales debía fijarse. Todo ello desde 2018³. Hasta ahora, solo el Reglamento europeo de sucesiones había concretado en sus considerandos 23 y 24 cuáles eran los criterios de concreción de la residencia habitual, y el legislador europeo no había vuelto a hacerlo. Sin embargo, en diciembre de 2012 la Comisión ha publicado su propuesta de Reglamento de filiación y en ella ha fijado en un considerando del Reglamento los criterios por medio de los cuales se debe establecer la residencia habitual de los menores⁴.

4. Una vez se ha producido aquello por lo que tanto hemos abogado y sobre lo que ciertamente dudábamos que ocurriese, entendíamos que era muy oportuno poder reflexionar sobre el porqué de esta inclusión y sobre los propios criterios propuestos en la propuesta de Reglamento. No creemos que estemos ante una reiteración de nuestro tema anteriormente trabajado, todo lo contrario. Estamos ante una gran innovación legislativa, digna de ser destacada y estudiada incluso aunque el Reglamento de filiación pueda no ser aprobado en el futuro. Ya existe una propuesta, negro sobre blanco, de la existencia de unos criterios de determinación de la residencia habitual en menores y debe ser analizada. Y qué mejor momento en el del homenaje a un maestro como el profesor Calvo. Por otro lado, este es un tema de gran actualidad, que sigue provocando diversos y numerosos trabajos que lo estudian en el ámbito de la ciencia jurídica⁵. Así pues, estudiemos esta innovación. Para ello dividimos nuestro estudio en dos partes. En la primera exponemos brevemente el estado del arte del tema, y resumimos los aspectos básicos del Reglamento. En la segunda reflexionamos del porqué de ese cambio legislativo justo ahora y analizamos los criterios.

III. Y el Reglamento de filiación lo hizo, estado de la cuestión

5. En nuestra opinión concretar los criterios y definir el concepto de la residencia habitual son pasos diferentes de la institución jurídica. Sin embargo, estos dos pasos, independientes entre sí, están absolutamente interrelacionados, y ambos deben darse, y de hecho creemos que ambos empiezan a darse y a aceptarse, aunque sea de forma implícita. Los criterios son aquellos hechos de la vida que nos determinan dónde está la residencia habitual, y el concepto los define de forma general y a la vez los informa, y creemos consolidada la visión de la jurisprudencia y la doctrina europea definiéndolo como el centro de vida e intereses de la persona.

1. La situación legislativa y jurisprudencial

6. Hasta el momento el legislador europeo nunca ha definido el concepto de residencia habitual, y es admitido que lo ha hecho de forma voluntaria, para que se concrete caso a caso por la jurisprudencia⁶.

³ En *CDT*, por ejemplo, en L. A. PÉREZ MARTÍN, “El interés superior de los niños y niñas, de nuevo sobre la necesidad de creación de un concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019, sección decimosegunda de la Audiencia Nacional”, *CDT* (octubre 2020), Vol. 12, N° 2, pp. 1119-1127. Anteriormente, y de forma transversal en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *AEDIPR*, T. XVIII, 2018, pp. 469 a 494, pp. 487 a 491.

⁴ Se puede consultar la propuesta en: https://commission.europa.eu/document/928ae98d-d85f-4c3d-ac50-ba13ed981897_en

⁵ Solo en los últimos números de *CDT*, por ejemplo, los trabajos que han analizado la residencia habitual, muchos de ellos como objeto central del estudio, han sido: 6 trabajos de 2019, 6 de 2020, 11 de 2021, 6 en 2022, 4 en 2023 y 3 en 2024.

⁶ *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *CDT*, marzo 2020, vol. 12, n° 1, pp. 97-117, pp. 110; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Crisis familiar, responsabilidad parental y alimentos: revisando las cuestiones generales de un divorcio transnacional”, *CDT*, marzo 2020, Vol. 12, N° 1, pp. 784-794, p. 787R. ESPINOSA CALABUIG y L. CARBALLO PIÑEIRO, “Child Protection in European Family Law”, en T. PFEIFFER, Q. LOBACH y T. RAPP, ed. *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding*, Heidelberg University Publishing, Heildeberg, 2021, pp. 49-90, p. 66.

Solo el Reglamento de sucesiones, de 2012, si bien no definió el concepto⁷, sí que fue el primero que concretó en sus considerandos 23 y 24 los criterios para fijar la residencia habitual del causante. Sin embargo, el Reglamento Bruselas II ter, de 2019, que regula tanto las crisis matrimoniales como la responsabilidad parental, a pesar de aportar nuevas definiciones y de fijar la residencia habitual como criterio inicial y central para establecer la competencia en materia de crisis familiares y de menores, en ningún momento aportó ni una definición ni los criterios para establecerla⁸. No conocemos la motivación del legislador europeo para no aportar esta definición, ya que nunca nos la señaló, pero esta posición cambió con la propuesta de Reglamento de filiaciones.

7. Esta concreción la ha afrontado la jurisprudencia. Numerosos han sido los casos en los que el TJUE ha debido pronunciarse, en concreto en casos sobre menores. Desde 2009 hasta ahora, en 9 supuestos⁹. Este número acredita la importancia del asunto y la dificultad de la resolución de los casos que surgen en el devenir diario de la filiación en situaciones de internacionalidad y con ello la necesidad de concretar criterios y definir el concepto. Hay dos sentencias más que han resuelto sobre la residencia habitual, una de matrimonios y otra en sucesiones¹⁰.

2. El resumen de una doctrina

8. En lo relativo a la residencia habitual en menores la posición del TJUE está consolidada, y la doctrina la ha asumido como propia¹¹. El Tribunal ha expuesto que en las instituciones jurídicas en las que no existe una definición legal y el legislador europeo no se remite al Derecho de los Estados miembros para regularlas, se debe realizar una interpretación autónoma y uniforme del concepto en el ámbito del derecho europeo, aplicable en toda la Unión¹².

9. En cuanto a los criterios que deben emplearse para fijar esta residencia habitual, a partir de la sentencia de 2 de abril de 2009, *caso A*¹³, seguida por las siguientes resoluciones, los hechos a valorar son los de la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado. También la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, sus conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Algunos supuestos han ido concretando esta doctrina general con puntualizaciones. Por ejemplo, que la presencia física del menor es criterio inicial imprescindible sin el que no se puede considerar que tiene residencia en la UE, aunque no es un criterio suficiente, debiendo concretar el tipo de residencia que se tiene¹⁴. O que en la valoración entre criterios, la nacio-

⁷ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, N° 19, 2015, pp. 15-35, p. 19.

⁸ Y pudo hacerlo, porque en 62 ocasiones se nombra la residencia habitual en la propuesta de la Comisión, 56 en el texto de las modificaciones y 6 en la exposición de motivos, y en ninguna de ellas se cita la conveniencia o no de aportar una definición.

⁹ Son las STJUE; 2 abril 2009, caso A, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225; 22 diciembre 2010, caso *Mercredi*, asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829; 9 octubre 2014, caso M, asunto C-376/14, ECLI:EU:C:2014:2268; 8 junio 2017, caso *OL*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436; 28 junio 2018, caso *HR*, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513; 17 octubre 2018, caso *UD*, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835; 12 de mayo de 2022, caso *LJ y JJ*, asunto C-644/20, ECLI:EU:C:2022:371; 1 de agosto de 2022, caso *MPA*, asunto C-501/20, ECLI:EU:C:2022:619; 14 de julio de 2022, caso M, C-572/21, ECLI:EU:C:2022:562.

¹⁰ En crisis matrimoniales, la sentencia de 25 de noviembre de 2021, caso *IB-FA*, asunto C-289/20, ECLI:UE:C:2021:955. En sucesiones, la sentencia de 16 de julio de 2020, caso *EE*, asunto C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569.

¹¹ Vid. N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, octubre 2021, Vol. 13, N° 2, pp. 819-828, p. 822.

¹² Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 70/2, 2018, pp. 30 y 31.

¹³ Asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225. El 23 de febrero de 2005, los servicios sociales del municipio de L (Suecia) asumieron la guarda inmediata de los menores A y B nacidos en 1999 y 2001, de nacionalidad finlandesa. El 1 de marzo de 2005 la madre se traslada a Finlandia. Cuando se fue a ejecutar la resolución sueca en Finlandia la madre se negó. Finalmente, el TJUE estimó que la residencia habitual era la de Suecia.

¹⁴ Sentencia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

nalidad y los orígenes de los menores decaen frente a una mayor presencia física en otro Estado que no es el de su nacionalidad¹⁵.

3. La necesidad de una definición

10. No podemos continuar este trabajo sin exponer nuestros motivos para apostar por esta definición. Buena parte de la doctrina es contraria a que se cree un único concepto de residencia habitual en el Derecho Internacional Privado europeo¹⁶. Otros autores afirman que, si bien no debe existir un concepto concreto de residencia habitual, sí es necesario que se concreten los criterios para establecerla como hace el Reglamento de filiaciones¹⁷.

11. Los juristas debemos estudiar las instituciones jurídicas sin olvidar que somos teóricos, pero que nuestras teorías se deben aplicar en la práctica. Y si en esta aplicación nuestra labor puede aportar seguridad jurídica a los operadores estaremos cumpliendo una de las funciones del Derecho. Más en asuntos de gran litigiosidad¹⁸. Estos conflictos provocan grandes dilaciones en la determinación del Estado competente para conocer el asunto y por ello en el simple acceso de los casos al procedimiento que intente resolverlo. Y este hecho es más grave aún que se produzca en un concepto autónomo de derecho europeo que regula a los menores¹⁹. Ante esta institución es necesario que el legislador le otorgue al ciudadano y al jurista práctico, sea defensor o juzgador, instrumentos y herramientas con las que aplicarla y concretarla. Con esto evitaría los aspectos más negativos de su carácter fáctico afectado por la transnacionalidad. Una institución sin concreción y compleja de aplicar en los supuestos más difíciles se convierte en una institución oscura y poco útil para el ciudadano. Esta institución, así configurada, favorece los retrasos en el acceso a la justicia, una peor tutela judicial efectiva, la posibilidad de que aparezca el *Forum Shopping* con la única finalidad de alargar los procesos, o situaciones de litispendencia²⁰, que siempre perjudican a la parte más débil²¹.

12. Por otro lado, para aportar la definición existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial admitida por la doctrina de un concepto teórico general, “el centro habitual de vida e intereses” de las

¹⁵ Sentencia de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.

¹⁶ Opinan que esta definición es especialmente difícil y en nada beneficiaría en los supuestos de los menores, M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, T. XIV-XV, 2014-2015, pp. 489 a 522, p. 519; I REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, n°1, pp. 877-888; I ANTÓN JUÁREZ, “La residencia habitual del cónyuge en un divorcio transfronterizo: ¿Una residencia habitual múltiple podría preservar la seguridad jurídica? A propósito de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, C-289/20 IB C. FA”, *CDT*, marzo 2022 Vol. 14, n°1, pp. 578-590, p. 586.

¹⁷ Vid. B. HESS, “Towards a Uniform Concept of Habitual Residence in European Procedural And Private International Law?”, *Polski Proces Cywilny*, 4/2021, pp. 523-542, pp. 540-541.

¹⁸ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS en “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, N° 21, año II, mayo de 2014, pp. 5 a 22, p. 17.

¹⁹ También lo opina J. CARRASCOA GONZÁLEZ en “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 305 a 323, p. 315.

²⁰ Vid. J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitarias” *REEI*, diciembre 2019, n° 38, pp. 1-80.

²¹ Los Tribunales que dudan de su competencia ni siquiera entran a aplicar medidas cautelares y dejan la situación conyugal “congelada” hasta el conocimiento de la competencia judicial internacional, lo que paraliza durante años la adopción de guarda y custodia, de régimen de visitas, de alimentos, de relaciones con el resto de la familia y un largo etcétera. Vid. A. DEL SER LÓPEZ y D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la “residencia habitual del menor” y estudio de la “competencia residual”, *Aranzadi Unión Europea*, n° 19, octubre 2019, pp. 49-74, pp. 57-61; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/111”, *CDT*, octubre 2020, Vol. 12 N° 2, pp. 706-723, p. 710; R. LAMONT, “Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law”, *Journal of Private International Law*, octubre 2007, Vol. 3 No. 2, pp. 261-281, p. 274; M. ZHANG, “Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law”, *Maine Law Review*, 2018, Vol 70, n° 2, pp. 160 a 197, p. 177

personas y criterios en menores. Además, tenemos un Reglamento, el de sucesiones, y una propuesta de Reglamento, el de filiación, que han concretado los criterios. Uniendo todos estos factores creemos que estamos en un momento ideal para, de una vez por todas, apostar por esta definición²², que no debe ser una definición cerrada, cuantitativa, estableciendo un tiempo concreto de estancia²³, sino abierta, con criterios concretos a valorar caso a caso. Esta definición permitiría servir mejor a la defensa del interés superior del menor²⁴, otorgando a los operadores jurídicos previsibilidad y seguridad jurídica desde su configuración teórica a la resolución de los casos prácticos concretos.

IV. El Reglamento de filiación y la residencia habitual

1. Contenido básico

13. En este estudio cuyo objeto es el concepto de residencia habitual en el Reglamento de filiaciones no podemos centrarnos en el contenido de una propuesta que ya ha despertado gran debate doctrinal no exento de críticas²⁵. Por ello solo citaremos muy brevemente sus aspectos generales y sus contenidos directamente relacionados con la residencia habitual. El Reglamento es complejo por la propia naturaleza de la materia regulada y su amplio ámbito de aplicación²⁶. El aspecto material de la filiación es competencia de los Estados miembros y afecta claramente a su concepción de la sociedad y por ello de su identidad nacional. El Reglamento regula la determinación de la filiación ab initio y la reclamación a lo largo de la vida de la persona, así como su impugnación²⁷. La determinación puede ser por ministerio de la ley, por adopción o por gestación por sustitución. Estamos ante una propuesta legislativa amplia, con 99 considerandos y 72 artículos. Regula la competencia judicial en sus artículos 6 a 15, la ley aplicable en los preceptos 16 a 23, y demuestra que el inicio del mismo es la doctrina de la sentencia Pancherevo y el auto Rzecznik y falta de reconocimiento pleno de la filiación reconocida en un Estado de la Unión en todos ellos²⁸ ya que el reconocimiento de documentos entre Estados está regulado en nada menos que 20 artículos, del 24 al 43. En los artículos 44 y 45 se regula la validez de

²² En esta línea, favorable a la defensa de la existencia de una definición de la residencia habitual, *vid.* M. A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, pp. 799 a 820, p. 814.

²³ Al respecto, *vid.* E. CLIVE, “The concept of Habitual Residence”, *Juridical Review*, 1997, pp. 137 a 143, p. 142.

²⁴ En el caso de los niños y las niñas ese interés se plasma, entre otros aspectos, en la necesidad de acceder a la tutela judicial efectiva sin demoras indebidas. Sobre el interés superior del menor, *vid.* L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, “El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos”, *BMJ*, año LXXIII, julio 2019, núm. 2.221, pp. 1 a 89; M. P. GARCÍA RUBIO, “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”, en VARIOS, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho, homenaje al profesor Dr. José Carlos, Fernández Rozas*, Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 1175 a 1090.

²⁵ Se puede apreciar un excelente análisis sobre el Reglamento en los trabajos desarrollados por el Grupo de Marburg: “Comments on the European Commission’s Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood”. En: <https://jimdo-storage.global.ssl.fastly.net/file/92b8b532-f0ad-4068-8792-4a9e3fa16891/Marburg%20Group%20Comments%2010%20Mai%202023.pdf>.

²⁶ En cuanto al ámbito de aplicación material, el mismo no queda muy claro. El considerando 24 recoge que “A efectos del presente Reglamento, la filiación puede ser biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley”. Solo regula la filiación transfronteriza (art. 3.1), pero como suele ser habitual en los Reglamentos europeos no se define qué se entiende por tal. La adopción está inicialmente fuera del ámbito de regulación, pero solo la internacional, y sí se regula la interna que pueda tener después una relación con otro Estado miembro. *Vid.* A. DURÁN AYAGO, “La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido”, *CDT* (octubre 2023), Vol. 15, N°2, PP. 1400-1409; E. RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *CDP*, 6, pp. 148-180.

²⁷ No podemos entrar en un aspecto debatido y esencial en el Reglamento, como es que la inicial exclusión de la filiación de terceros Estados pretendía evitar los problemas que puede provocar la gestación por sustitución proveniente de los mismos. En todo caso se debe valorar que la misma se puede producir, por ejemplo, en Portugal y que el Reglamento debe tener vocación de regular la situación si en el futuro se admite en otros Estados miembros.

²⁸ Siendo un tema conocido no podemos detenernos en él. Los analizamos ambos en nuestro trabajo L. A. PÉREZ MARTÍN, “Doctrina del TJUE en Pancherevo y Rzecznik: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *AEDIPr*, T. XXII, 2022, PP. 483-514. VII, 2017, pp. 799 a 820, p. 814.

los documentos auténticos no vinculantes. Finalmente, en este interés de lograr la identificación de la filiación de forma homogénea en toda la Unión, crea el Certificado Europeo de Paternidad, regulado en los artículos 46 a 57 regulando con amplitud varias disposiciones finales en los artículos 58 a 72.

2. La residencia habitual en la determinación de la competencia

14. Siguiendo los anteriores Reglamentos aprobados por la Unión Europea en la materia, como son los de regímenes económicos familiares o las crisis familiares y responsabilidad parental, la residencia habitual de los menores es el criterio inicial para determinar la competencia judicial internacional en el ámbito de la determinación de la filiación. Para justificarlo, el considerando 39 cita con claridad que “la competencia debe determinarse en función del criterio de proximidad. Por consiguiente, cuando sea posible, la competencia debe recaer en el Estado miembro de residencia habitual del hijo o de la hija”²⁹. Este es el lugar que mejor atiende a su interés superior³⁰. Sin embargo, como señala el considerando, en la intención de facilitar el acceso del hijo o de la hija a la justicia en un Estado miembro, también concede la competencia alternativa a una cantidad de foros significativos, como son los del Estado miembro de su nacionalidad, al Estado miembro de residencia habitual del demandado, al Estado miembro de residencia habitual de cualquiera de los progenitores, al Estado miembro de nacionalidad de cualquiera de los progenitores o al Estado miembro de nacimiento del hijo o de la hija. No podemos detenernos en su análisis, aunque el último de los criterios puede ser considerado exorbitante³¹.

3. La residencia habitual como punto de conexión de la ley aplicable

15. Los criterios para determinar la ley aplicable a la filiación han sido con claridad uno de los aspectos de la propuesta de Reglamento más cuestionados. Desde luego que quizás lo más llamativo del texto es el resultado final del artículo 17 y los criterios de la ley aplicable, más en relación al segundo progenitor. Establece como primer criterio para determinar la ley aplicable a la determinación de la filiación de nuevo la ley de la residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento. Si esta residencia habitual no pudiese determinarse, la ley del Estado de nacimiento del hijo o de la hija. El apartado segundo del artículo recoge que cuando la ley aplicable con arreglo al párrafo primero dé lugar a la determinación por parte de un solo progenitor, podrá aplicarse para la determinación de la filiación de la otra persona progenitora la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los dos progenitores, o la ley del Estado del nacimiento del hijo o de la hija.

V. Motivos del cambio de posición del legislador europeo

16. El legislador europeo no nos señala en la propuesta de Reglamento de filiaciones los motivos que le han llevado a incluir los criterios de determinación de la residencia habitual en este texto normativo cuando no lo hizo en el Reglamento Bruselas II ter³². Creemos que tres pueden ser los motivos que

²⁹ Criterio de proximidad esencial para determinar la Competencia Judicial. *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias. STJUE de 15 de febrero de 2017, asunto C-499/15: W y V”, *La Ley Unión Europea*, Nº 47, abril de 2017, pp. 1 y ss.

³⁰ *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional e menores (versión refundida): principales novedades”, *REDI*, Vol. 73/2, 2021, pp. 229-260, p. 234.

³¹ Lo expusimos con más detenimiento, y a ese trabajo nos remitimos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “La competencia judicial internacional en la propuesta de Reglamento de filiación: de los criterios razonables a los claramente exorbitantes”, *La Ley UE*, nº 121, Año XI, enero de 2024, pp. 1-20.

³² Para un estudio transversal del Reglamento y su finalidad de renovación del derecho de familia y filiaciones europeo, *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 69/1, enero – junio 2017, pp. 139-165.

llevaron a dar este salto evolutivo. El propio amplio ámbito de aplicación del Reglamento, la existencia de la jurisprudencia anteriormente señalada, o la importancia y controvertido del tema en debate. No se trata más que de una opinión, o quizás elucubración, pero a falta de posición clara del legislador, este es nuestro análisis.

1. Ámbito de aplicación del Reglamento

17. El Reglamento tiene un ámbito de aplicación muy amplio y delicado, competencia en la regulación de su derecho material de los Estados miembros. Hasta ahora el legislador había regulado sobre la responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter, dejando fijada la competencia inicial en el Estado de su residencia habitual en el artículo 7. Hasta ahora nunca había regulado la ley aplicable en ningún aspecto de la relación de filiación. El Reglamento regula la determinación de la filiación ab initio, la reclamación a lo largo de la vida de la persona, así como su impugnación. La determinación puede ser biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley, lo que provoca que regule la filiación natural, la adopción interna, la obtenida por reproducción asistida e incluso, posiblemente, la obtenida por gestación por sustitución³³. Como vemos, son aspectos especialmente delicados para la vida de una persona, regulados en el derecho material de los Estados y que afecta lleno a situaciones en las que la filiación reconocida en un Estado no es reconocida en otro, con clara relación con el interés superior de niños y niñas. El legislador ha podido pensar que esta regulación requiere mayor concreción aún que el de la responsabilidad parental, y dado los conflictivos supuestos de gestación por sustitución en la UE y de reconocimiento de la filiación de personas del mismo sexo el legislador, ahora sí, ha querido aportar más seguridad jurídica a las partes³⁴.

18. Esta mayor seguridad se une a la que consideramos como absolutamente insuficiente de la jurisprudencia del TJUE para reconocer la filiación de las personas del mismo sexo en toda la Unión que ha propuesto en Pancharevo y Rzeckhnik, que a nuestro juicio pone en cuestión el ejercicio de los derechos europeos a la plena libertad de circulación, a la intimidad familiar y a la no discriminación³⁵. EL Tribunal solo reconoce de manera instrumental los documentos sobre la filiación respecto a dos personas del mismo sexo emitidos en un Estado para poder circular en otro, sin reconocer en absoluto ningún otro derecho vinculado a la filiación, jurisprudencia a juicio de la propuesta legislativa y de las asociaciones defensoras de los derechos de las familias arcoíris, insuficiente.

2. Consolidada jurisprudencia previa, criterios asentados

19. El momento de madurez de la doctrina del TJUE sobre los criterios para determinar la residencia habitual puede haber sido otro motivo importante. Es admitida la definición que ha propuesto la Jurisprudencia como el “centro habitual de vida e intereses” de la persona, lo que nos ofrece un primer paso en la propuesta de definición³⁶. Y en lo relativo a los criterios, se admite que se debe vincular esta

³³ Como hemos visto esta es una realidad por ahora controvertida, que admiten los considerandos, pero no expresamente el texto, y que aún no ha quedado muy claro. De hecho, el Parlamento ha abogado porque sea incluida (Informe del Parlamento Europeo que puede consultarse en; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/746632/IPOL_STU\(2023\)746632_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/746632/IPOL_STU(2023)746632_EN.pdf)). Como vemos, es un contenido que excede con mucho el reconocimiento de la filiación igualitaria en toda la Unión de la primera frase de la Presidenta de la Comisión en su discurso del Estado de la Unión en septiembre de 2020, *vid.*, en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_20_1655.

³⁴ La previsibilidad en materia de determinación de la competencia es un requisito esencial en la regulación del concepto de residencia habitual. Al respecto, *vid.*, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”, *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 257-274, p. 260.

³⁵ Lo que desarrollamos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Doctrina del TJUE en Pancharevo y Rzeckhnik...” *op. cit.*, pp. 483-514.

³⁶ Admitido así en todos los ámbitos de aplicación regulados por el Derecho europeo. Así, *vid.*, M. J. SÁNCHEZ CANO, “Divor-

residencia habitual al criterio de proximidad, y con ello a dos aspectos esenciales. El primero, la presencia física en un determinado lugar, que es determinante, aunque no suficiente. El segundo, la voluntad de que sea un Estado u otro en el que la persona desarrolle esa vida e intereses de forma más intensa y con una mayor vinculación³⁷. Tras esto, los indicios según la materia y la concreción de los mismos en el ámbito de menores están muy consolidados.

3. La importancia y conflictividad del objeto de la regulación

20. La conflictividad del Reglamento y lo delicado de su ámbito de aplicación pueden haber llevado al legislador a no dejar aspectos sin concretar, en la finalidad de ofrecer mayores certezas en las futuras negociaciones entre Estados miembros para la final aprobación del texto legal. A nadie se le esconde que la Comisión tiene muy en cuenta el carácter político de este Reglamento y la enfrentada posición de los países del Este para el reconocimiento de la filiación homoparental y de la práctica totalidad de los Estados de la Unión para reconocer la gestación por sustitución. Esta situación provocó una clara reacción de los países del Este, en especial Polonia³⁸, y el inicio de una tensión entre la Comisión y algunos Estados que se seguirá manifestando en la futura negociación del Reglamento en la próxima legislatura³⁹. La Comisión tiene la firme intención de lograr el reconocimiento de una misma filiación en toda la Unión. Siendo la residencia habitual de los niños y niñas el criterio inicial para determinar la competencia judicial, dejarlos claros blanco sobre negro puede darle argumentos a la Comisión frente a los Estados contrarios a la regulación en el sentido de evitar el *fórum shopping* de sus ciudadanos buscando Estados más convenientes que no cumplan el principio de proximidad, logrando así una posición negociadora más firme.

VI. Criterios concretados

21. El considerando 40 es un texto completo, que tiene varios tipos de criterios diferente, e incluso cuáles sí deben ser considerados y cuáles no. Comienza el texto señalando que propone estos criterios de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y analizando todas las circunstancias específicas de cada caso. Categorizamos las circunstancias recogidas por el legislador en cuatro tipos de criterios distintos, si bien absolutamente relacionados entre sí. El primer tipo, vinculado a la presencia física del niño o niña en el Estado de que se trate. El segundo, el tipo de presencia física en ese Estado. El tercero, las circunstancias personales específicas del hijo o hija. El último de ellos las relaciones familiares que presenta. Tenemos que tener en cuenta que estos criterios siempre los aplicaremos para saber si el niño o niña tiene residencia habitual en un Estado o en otro cuando haya alternado la residencia entre varios Estados. Si solo ha vivido en uno de ellos no habrá conflicto⁴⁰.

cio en España y cónyuges sin residencia habitual en nuestro país: ¿Cómo han de proceder los tribunales españoles? Comentario del AAP Murcia 11 febrero 2021”, *CDT* (octubre 2022), Vol. 14, N° 2, pp. 904-914, p. 909.

³⁷ *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional”, *CDT* (octubre 2023), Vol. 15, N° 2, pp. 1324-1344, p. 1346.

³⁸ *Vid.* <https://www.europapress.es/internacional/noticia-polonia-avisa-vetara-propuesta-ue-reconocer-filiacion-hijos-parejas-lgtbi-20221209185601.html>, aunque el nuevo gobierno polaco tiene en la actualidad una posición menos combativa.

³⁹ Por los tiempos de lanzamiento de la propuesta del Reglamento, lo complicado de su negociación y por la finalización de la actual legislatura, era obvio que el mismo no vería la luz en este mandato. Desde luego que la configuración el Parlamento en la legislatura 2024-2029, y la consecuente elección de la nueva Comisión marcará el impulso de la legislación en la tensión existente entre Comisión y Parlamento, por un lado, más proclives a lograr una regulación al respecto que algunos Estados del Consejo que pueden paralizarla y finalmente vetarla por la base jurídica del artículo 81.3 del TFUE que exige para su aprobación la unanimidad del Consejo Europeo.

⁴⁰ Siempre afirmamos que estos criterios se dan para aclarar residencias habituales no claras porque el menor ha estado físicamente en varios Estados. Cuando ha vivido en un solo país no hay dudas. Siempre hay una “competición” entre dos Estados (o más) que podrían ser hipotéticamente los de su residencia habitual y alguno de ellos tiene que ganar el debate de la aplicación de los criterios.

1. La presencia física en el Estado

22. Sin presencia física en un determinado Estado el niño o niña no puede tener residencia habitual en el mismo. Este criterio es lógico e imprescindible, y de él debemos partir. Tras esto analizaremos cómo es esa residencia. Es cierto que en el caso de menores puede haber un traslado presente o futuro del menor por cualquier motivo, por el parto, por salud, por asistencia familiar, por obligaciones laborales o económicas. Pero en todo caso, si el menor nunca vivió en un Estado miembro no se puede considerar que haya tenido en él la residencia habitual⁴¹. El Tribunal así lo ha resuelto incluso en un supuesto en el que había acusaciones entre ambos de posibles situaciones de imposición de vivir en un determinado Estado⁴². Consideramos que este criterio es lógico, imprescindible que responde al criterio de proximidad. La residencia habitual es un criterio fáctico, y por lo tanto, en los hechos se debe acreditar que ese niño o niña ha estado físicamente viviendo en dicho Estado⁴³.

23. Esta presencia física debe tener un cierto grado de estabilidad en el tiempo. Esa estabilidad dependerá de la edad del menor y de los motivos que han provocado que el menor haya estado en varios Estados a la vez. Un menor que ha nacido en un lugar y no se ha movido de él siempre tendrá la residencia habitual en dicho sitio, incluso aunque el procedimiento se inicie pocos meses después de su nacimiento. Incluso aunque el menor tenga otra nacionalidad, emplee otra lengua con sus padres, o mantenga las tradiciones de su Estado de origen, si nunca ha vivido en él no se puede argumentar que tiene la residencia habitual en dicho lugar⁴⁴. Un menor que ha nacido en un lugar, ha estado varios meses en dicho país y se desplaza al otro, puede tener presencia física en ambos sitios, lo que nos lleva a valorar el segundo grupo de criterios.

2. El tipo de presencia física en el Estado

24. Una vez que un niño o niña ha estado viviendo en varios Estados debemos analizar cuál ha sido el contenido de dicha vida para poder aclarar cuál es el de su residencia habitual. Y para concretar dicho tipo de residencia habitual o de vida lo que debemos analizar es la integración social en dicho Estado⁴⁵. Para ello estudiamos los “signos externos” de vida del menor, más allá de su presencia física. El primero, la duración y regularidad de la presencia física. Aunque el tiempo no sea el factor básico, no puede olvidarse en absoluto que el tiempo que ha estado en menor en cada uno de los Estados debe ser tenido en cuenta, para añadirlo al resto de criterios. La duración y la regularidad se completan con las condiciones y las razones de la permanencia. Si la permanencia es ocasionada por un motivo puntual, concreto y temporal, un tratamiento médico, unas vacaciones, una visita familiar, el tiempo en el que esté en dicho Estado tendrá menor valor cualitativo que el tiempo de una estancia por motivos más estables que le integren mejor con el lugar, como la vida junto a sus familiares, la escuela a la que acude, su

⁴¹ Sentencia de 8 de junio de 2017, OL, asunto C-111/17, ECLI:EU:C:2017:436. Los padres se desplazan a Grecia por el parto y, a pesar de haberlo acordado previamente, no vuelven a Italia tras el parto, lugar anterior de residencia común porque la madre cambia de opinión. El niño nunca residió en Italia, donde sí lo hicieron los padres.

⁴² Sentencia de 17 de octubre de 2017, asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835. Mujer bangladesí con hijo con un británico que vive en Bangladesh y alega que está allí retenida por sus familiares con la aquiescencia de su marido. El TJUE afirma que ese menor no puede tener residencia habitual en el Reino Unido.

⁴³ *Vid.* S. GOYENECHÉ ECHEVARRÍA, “Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado”, *CDT* (octubre 2022), Vol. 14, N° 2, pp. 1100-1107, p. 1105.

⁴⁴ Sentencia de 28 de junio de 2018, OL, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513. Los padres debatían sobre qué aspectos primaban más, si la estancia física y escolarización en un Estado, Bélgica, o la nacionalidad y la lengua que conocía la menor, y se decantaron por el lugar de la residencia física.

⁴⁵ Hablamos de integración social, no necesariamente de criterios objetivos de tipo jurídico que puedan valorarse, ni al concepto integración del derecho de la nacionalidad, sino al de un derecho civil internacional que aprecia los signos externos de relación del menor con el Estado que es su “centro de vida e intereses”.

actividad habitual extraescolar o con amigos. Para valorar todos estos aspectos es esencial que al inicio del procedimiento se acrediten estas circunstancias⁴⁶.

3. Las circunstancias personales específicas del hijo o hija

25. El tercer grupo de criterios a tomar en cuenta, que siempre tendrán una menor valoración que los dos primeros grupos, se centra en las circunstancias personales del hijo o de la hija. El primero que cita el considerando es la nacionalidad del menor. No creemos que esta inclusión sea acertada en este lugar del considerando. Y esto es así porque el criterio provoca una clara disfunción si lo valoramos antes de las relaciones familiares y sociales. Además, es extraño a la jurisprudencia del TJUE que el legislador señala seguir. En efecto, el Tribunal ha restado valor a la nacionalidad del menor cuando “competía” con su presencia física⁴⁷. Por ello estimamos que la nacionalidad puede ser valorada, pero siempre como último de los criterios, y supeditada a la vida diaria del menor en un Estado. En el último inciso del considerando y con una muy dudosa sistematización, este afirma que es insuficiente para fijar la residencia habitual el hecho de que el hijo o la hija haya nacido en ese Estado miembro y posea su nacionalidad, lo que se combina con esta valoración de la nacionalidad de forma secundaria o subsidiaria respecto al lugar de la residencia física del mismo.

26. Otra de las circunstancias citadas, que sí que consideramos muy acertada porque destaca la integración social de un menor es el de tener en cuenta el lugar y las condiciones de la asistencia a la escuela. Para nosotros, si el menor está en edad de escolarización este criterio es muy importante para decantar cuál es su residencia habitual. La escuela es el centro habitual de actividad de los menores, en especial en los sistemas europeos que exigen legalmente esta formación. Por otro lado, es un lugar de presencia diría y constante a lo largo del año, y el de mayor socialización de los menores hoy en día. El último de los aspectos de estos criterios que cita el legislador debe ser entendido como un criterio transversal que le afecta a todos ellos y es el que señala que la valoración de todos estos criterios debe variar según la edad⁴⁸. Efectivamente, la lengua, la escolarización, la socialización del menor no es la misma a una edad que a otra. Todos los demás criterios deben valorarse diferenciando según la edad de los menores.

4. Las relaciones familiares y sociales

27. El último grupo de criterios se centra en las relaciones familiares y sociales de los niños y niñas. Estas relaciones nos conducen a concretar dónde tienen estos la plasmación práctica de la proximidad con su centro de vida e intereses y dónde su integración personal. Es un criterio especialmente combinable con la escolarización. Si ambas circunstancias están en el mismo Estado, nos debe decantar a pensar en dicho lugar como su residencia habitual⁴⁹.

⁴⁶ Es muy importante valorar trascendencia de la vertiente de derecho procesal probatorio en esta determinación. En gran cantidad de los procedimientos que hemos podido analizar se apreciaba con claridad que los Tribunales no habían resuelto los procedimientos con todos los datos en la mano, ya que las partes no los habían aportado al inicio del procedimiento, y cuando hay que completar los aspectos que “enriquecen” la vida física en un Estado los mismos no constaban en autos.

⁴⁷ Ya citamos que, en la Sentencia de 28 de junio de 2018, OL, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513, los padres debatían sobre si la menor residía en Bélgica, lugar en el que había vivido más tiempo, trabajaban sus dos padres y estaba escolarizada, o en Polonia, país en el que vivían sus abuelos, era nacional y manejaba mejor el idioma por su corta edad, y afirmaron que la misma tenía su residencia habitual en el lugar en el que vivía, no en el que era nacional.

⁴⁸ *Vid.* M. J. SÁNCHEZ CANO, “El sempiterno problema de la determinación de la residencia habitual del menor a los efectos de una sustracción internacional de menores: Una visión desde la SAP de Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre”, *CDT* (octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, pp. 1343-1355, p. 1346.

⁴⁹ Porque con ellos es donde debemos descansar la decisión de resolver una situación compleja sin dudar. El lugar en el que el menor ni está escolarizado ni tiene relación con su familia y amigos difícilmente puede ser el lugar en el que situemos su centro de vida e intereses como menor. Y estas situaciones complejas son en las que más interés debemos tener por aportar luz

28. Una última consideración que hace el legislador para concretar la residencia habitual del menor es la de tener en cuenta la intención de los progenitores de instalarse con su hijo o hija en un Estado miembro determinado, lo que se debería valorar según hechos concretos, como la compra o el arrendamiento de una residencia en el Estado miembro de que se trate. Creemos que dichos criterios deben ser valorados con ciertas reservas y la forma de citarlos es un error. Y no solo porque hayan sido ya descartados por la jurisprudencia acuerdos previos entre los progenitores que finalmente no se ejecutasen por un cambio de opinión de una de las partes en el acuerdo, sino porque puede suponer una contradicción de raíz con el criterio principal de los que recoge el considerando, esto es, la presencia física. Si en el lugar al que aspiran a trasladarse sus padres el menor nunca ha residido no podrá ser en ningún caso su residencia habitual. En dichas circunstancias este criterio ni cumple el principio de proximidad ni el de integración en dicho Estado⁵⁰.

29. Antes de finalizar este apartado queremos señalar algo que no ha destacado el considerando por obvio y por no ser necesario, pero que creemos que conviene destacarlo. Y es que todos estos criterios deben ser tenidos en cuenta en el momento en el que surge el conflicto entre las partes, pero que pueden estar muy afectados por el momento en el que se interpone la demanda en el procedimiento judicial. Si este momento es muy posterior a la ruptura y el cambio de lugar de vida del menor, todos los aspectos que hemos citado pueden ir tomando perfiles diferentes y pueden afectar a la valoración final del juzgador⁵¹.

VII. Criterios no valorables

30. El legislador incluye una gran novedad en la legislación que muy pocas veces ha realizado el TJUE, y es establecer los criterios que no se deben tener en cuenta para concretar la residencia habitual de los niños o niñas⁵². Esta es una opción que nos parece acertada siempre que se centre en criterios que tengan que ver con el menor, y que por lo tanto nos parece positivo realizar, pero no como lo ha enfocado el legislador europeo en esta propuesta. Porque se ha centrado, para regular la filiación, que es un tema especialmente amplio, en la falta de reconocimiento de las filiaciones de padres del mismo sexo en algunos Estados miembros. Y para ello señala que no se debe tener en cuenta para determinar la residencia habitual de los hijos la nacionalidad de la persona que da a luz. La inclusión, desde luego, es absolutamente innecesaria, porque dicha nacionalidad no tiene nada que ver con la residencia habitual del menor⁵³. La misma consideración nos merece que el considerando señale que tampoco se valorará la residencia anterior de la persona que da a luz en el Estado miembro.

a las partes. Un estudio especialmente interesante sobre situaciones complejas en materia de sucesiones lo podemos encontrar en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, Vol. 8, nº1, pp. 47-75, en concreto y señalando supuestos complejos, en pp. 65 a 74.

⁵⁰ Sobre jurisprudencia en los distintos Estados miembros para establecer mayor o menor valor a las posiciones de los padres, *vid.* M. C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 46 y ss.

⁵¹ Sobre los efectos del cambio de residencia del menor, *vid.* L. F. CARRILLO POZO, “Cambio de residencia de un menor durante el proceso y *perpetuatio iurisdictionis*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta de 14 de julio de 2022 asunto C572-21)”, *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 924-935, p. 932. Es contraria a tal valor de los hechos y su consideración como institución fáctica, A. DURÁN AYAGO, “Concreción de la conexión “residencia habitual” en el Protocolo de La Haya sobre alimentos ante un traslado o retención ilícitos según el Reglamento (CE) 2201/2003. Aclaración propuesta por la STJUE de 12 de mayo de 2022, asunto C-644/20, W. J.”, *CDT* (marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 948-959, p. 954.

⁵² Solo la Sentencia de 28 de junio de 2018, OL, asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513, lo hizo.

⁵³ Esta nacionalidad no tiene ninguna relación ni con el principio de proximidad, ni el de integración, ni con la presencia física del niño o niña ni con su escolarización... No tiene ningún sentido incluirla en esta regulación, a salvo el claro condicionamiento del legislador por la situación de los Estados del este en casos como Pancharevo y Rzecznik. Si ni la nacionalidad del hijo tiene gran valor para determinar dónde está la residencia habitual, cuando menos valor tendrá la nacionalidad de la persona que da a luz.

VIII. Conclusiones

31. A pesar de la importancia de la materia, el legislador europeo nunca había concretado hasta el momento los criterios de determinación de la residencia habitual de los menores en ninguna de sus regulaciones, ni sobre la responsabilidad parental, ni sobre alimentos, ni sobre sustracción internacional. Ha sido el Reglamento de filiación el primero que lo ha hecho. Para ello ha seguido inicialmente los criterios jurisprudencialmente establecidos, si bien también ha incorporado algunos criterios propios, creemos que con poca fortuna. Los motivos de esta primera regulación pueden ser la importancia de la materia y tener ya el respaldo de una jurisprudencia del TJUE muy consolidada. Pero también pueden existir motivaciones más políticas, como la conflictividad actual del objeto de la regulación del Reglamento de filiación. En todo caso, y aunque el Reglamento no vea finalmente la luz, es una propuesta que ya existe, negro sobre blanco, y que consideramos un gran avance del legislador europeo.

32. Una vez aportados los criterios, estos deberán ser valorados por los Tribunales caso a caso. Nos parece muy acertado que se destaque que los criterios varían según la edad de los niños y niñas. Los categorizamos en cuatro grupos diferentes interrelacionados entre sí. La presencia física del niño o niña en el Estado de que se trate, el tipo de presencia física en ese Estado, las circunstancias personales específicas del menor, y las relaciones familiares que presenta. Nos parecen más acertados, la presencia física, la regularidad y duración de la misma, las razones de esa permanencia y circunstancias como la escolaridad y sus relaciones familiares y personales. La nacionalidad debe ser tomada en cuenta, aunque con menor intensidad. Creemos poco acertado y que puede llevar a confusión citar la intención de los progenitores de desplazarse a otro Estado sin relacionarlo con la efectiva vida en el mismo. Las referencias a la residencia o la nacionalidad de la persona que da a luz son absolutamente irrelevantes y ni siquiera debieron ser citadas.

33. De cara al futuro estimamos que esta propuesta debería implementarse en todos los Reglamentos europeos, y concretar estos criterios también en las crisis familiares, en las relaciones económicas familiares, en la responsabilidad parental, en la reclamación de alimentos y en la sustracción de menores. Cada ámbito de aplicación y materia puede requerir criterios diferenciados, como lo demuestra el hecho de que los criterios de esta propuesta son diferentes a los de los considerandos 23 y 24 del Reglamento de sucesiones. Si esta propuesta se generalizase los operadores jurídicos tendrían más criterios para determinar dicha residencia habitual y con ello se podría ir configurando los parámetros de la futura definición de ese concepto autónomo de derecho europeo.

La economía social y las ayudas de estado

Social economy and state aids

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales

Universidad de Murcia

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

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 05.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8973

Con reconocimiento y admiración al Profesor Alfonso Luis Calvo Caravaca.

Resumen: Esta contribución tiene por objeto analizar de qué forma la disciplina de ayudas estatales, en particular la noción de ayuda de Estado con arreglo al artículo 107(1) TFUE, las normas sobre compatibilidad de las ayudas ex artículo 107(2) y 107(3) TFUE y las relativas a los servicios de interés económico general ex artículo 106(2) TFUE, permiten la concesión de apoyo financiero a los agentes de la economía social. El artículo se basa para ello especialmente en los cambios operados en el Derecho primario por el Tratado de Lisboa, la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, y la práctica decisoria de la Comisión Europea. Finalmente se incluyen una serie de consideraciones a modo de conclusión.

Palabras clave: Economía social, ayudas de estado, definición, compatibilidad, SIEG.

Abstract: This contribution aims to analyse how the State aid discipline, in particular the notion of State aid under Article 107(1) TFEU, the rules on compatibility of aid under Articles 107(2) and 107(3) TFEU and those on services of general economic interest under Article 106(2) TFEU, allow for the granting of financial support to social economy actors. The article draws in particular on the changes in primary law brought about by the Treaty of Lisbon, the case law of the EU courts and the decision-making practice of the European Commission. Finally, several concluding remarks are included.

Keywords: Social economy, state aid, definition, compatibility, SGEI.

Sumario: I. Introducción. II. La normativa de ayudas estatales y la economía social. III. La compatibilidad de las ayudas estatales. 1. Ayudas estatales exentas de notificación. 2. Ayudas estatales que deben ser notificadas. IV. Servicios de interés económico general. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Hace 33 años, el profesor CALVO CARAVACA publicó, junto al profesor FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, un libro sobre las ayudas de Estado en la entonces Comunidad Económica Europea.¹ Desde entonces, la disciplina de ayudas de Estado en Derecho de la Unión Europea ha evolucionado notablemente. Como señalaba recientemente el profesor CALVO CARAVACA esta evolución ha permi-

¹ A.L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: Análisis y perspectivas*, Murcia, Secretariado de Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea, Secretaría General de la Presidencia, Comunidad Autónoma de Murcia, 1991, 185 p.

tido “no sólo que las ayudas estatales se amolden a los cambios experimentados por el Mercado interior, y por la propia Unión, sino que influyan de manera significativa en los mismos, cobrando recientemente un gran protagonismo en el marco de las transiciones digital y verde, o en respuesta a la agresión de Ucrania por parte de Rusia.”² Esta contribución tiene por objeto analizar cómo la disciplina de ayudas estatales se ha amoldado y es susceptible de influir decisivamente a la economía social.

2. En 2021, la Comisión Europea afirmó que “El apoyo financiero público desempeña un papel importante en la puesta en marcha y el desarrollo de los agentes de la economía social.”³ El Plan de Acción para la Economía Social de la Comisión constataba que la normativa sobre ayudas estatales de la Unión Europea (“UE”) permite, en determinadas condiciones, la concesión de apoyo financiero público a los agentes de la economía social. Sin embargo, el Plan también subrayaba que las autoridades públicas “no siempre aprovechan plenamente esta posibilidad, por ejemplo, en relación con las actividades de las empresas sociales dedicadas a la oferta de trabajo para las personas vulnerables.”⁴

3. En este contexto, conviene recordar que el sistema de control de las ayudas estatales de la UE se basa en una (i) una prohibición general de las ayudas, incluida en el actual artículo 107(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), una serie de excepciones a esta prohibición, consagradas principalmente en los artículos 107.2 y 107.3 del TFUE, y un control previo por parte de la Comisión Europea, lo que significa que, como regla general, los Estados miembros deben notificar a la Comisión, para su aprobación, cualquier proyecto de concesión de nuevas ayudas o de modificación de ayudas existentes con arreglo al artículo 108 (3) TFUE.

4. En las siguientes secciones se analizan las principales particularidades de la normativa de ayudas estatales relativas a la economía social, tanto en sede de definición (artículo 107(1) TFUE) como de compatibilidad (107(2) y (3) TFUE) y de compensación de servicios de interés económico general (106(2) TFUE).⁵

II. La normativa de ayudas estatales

5. El artículo 107(1) TFUE estipula que “Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.” Esta artículo declara por tanto “las ayudas” (o ayudas estatales o ayudas públicas como se conocen generalmente) *a priori* incompatibles con el mercado interior.

6. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”), la noción de ayuda de estado prevista por el artículo 107, apartado 1, del TFUE incluye los siguientes elementos: “en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia.”⁶ Además, el TJUE ha precisado también que la ventaja económica a la que hace referen-

² A.L. CALVO CARAVACA (2023). J.J. PIERNAS LÓPEZ / L. HANCHER / L. RUBINI (Eds.). The Future of EU State aid Law and Policy: Consolidation and Expansion. Cuadernos de derecho transnacional, 15(2), 1426-1428, en p. 1426.

³ COM/2021/778 final. Construir una economía que funcione para las personas: un plan de acción para la economía social, p. 8.

⁴ Ibid.

⁵ Para un análisis detallado de esta cuestión pueden consultarse los documentos temáticos, presentaciones y videos realizados para el Social Economy Gateway, en los que participó el autor a este trabajo particularmente con dos documentos temáticos y dos presentaciones, y a los que se puede acceder a través del siguiente enlace: https://social-economy-gateway.ec.europa.eu/topics-focus/state-aid-social-economy_en

⁶ Sobre la normativa de ayudas de Estado puede consultarse L. HANCHER, T. OTTERVANGER, y P.J. SLOT, EU State aids (6th ed. London : Sweet & Maxwell / Thomson Reuters, 2021). Véase, e.g., STJUE 24 julio 2003 C-280/00 Altmark EU:C:2003:415, aptdo. 75.

cia el artículo 107(1) TFUE debe ser selectiva en el sentido de favorecer “a determinadas empresas o producciones”.⁷ El requisito de selectividad es considerado en la práctica como autónomo del requisito de ventaja económica.⁸ Corresponde a la Comisión acreditar la existencia de una ayuda estatal.⁹

7. Además, las normas sobre ayudas estatales sólo se aplicarán si los beneficiarios potenciales de las ventajas financieras en cuestión son empresas, es decir, si los beneficiarios son entidades que ejercen una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico y de su modo de financiación.¹⁰ Por consiguiente, entidades de la economía social como cooperativas, asociaciones y fundaciones pueden definirse como “empresas”, aunque ofrezcan bienes o servicios sin ánimo de lucro.¹¹ A este respecto, como aclara el Plan de Acción para la Economía Social, también se utilizan términos como “empresas de la economía social”, “empresas sociales y solidarias” y “tercer sector” para referirse a las entidades de la economía social.¹² Para una definición de entidad de la economía social, y en particular de empresa social, pueden consultarse varios reglamentos de la UE.¹³

8. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE “el concepto de ayuda de Estado, tal y como se define en el Tratado, tiene carácter jurídico y debe interpretarse partiendo de elementos objetivos.”¹⁴ La Comisión ha sostenido en relación con este precepto “The concept of aid is an objective concept that leaves the Commission no margin of discretion.”¹⁵ Además, con arreglo a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia “el artículo 92 [hoy 107 TFUE] no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones a que se refiere, sino que las define en función de sus efectos.”¹⁶

9. A tenor de lo anterior, no parece haber lugar para consideraciones sociales en el marco del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Sin embargo, de la jurisprudencia de los tribunales europeos se desprende que éstos no han sido completamente ajenos a consideraciones sociales al definir las ayudas estatales. De esta forma, en relación con el criterio de ventaja económica previsto en el artículo 107(1) TFUE, el Tribunal General sostuvo en el asunto *Corsica Ferris*, que habida cuenta de los cambios en la normativa social nacional como en la práctica de las relaciones laborales dentro de las grandes empresas “es necesario que el control de las ayudas de Estado refleje la evolución de tales usos[...]”.¹⁷ A continuación el Tribunal General añadió que “También debe precisarse que, en una economía social de mercado, un inversor privado prudente no puede abstraerse ni de su responsabilidad hacia el conjunto de partes adquirentes de la empresa ni de la evolución del contexto social, económico y medioambiental en que sigue desarrollándose.”¹⁸

⁷ STJUE 6 septiembre 2006, C-88/03, Portugal/Comisión, EU:C:2006:511, apartado 54.

⁸ Véase a este respecto, por ejemplo, la STJUE de 15 junio 2006, C-393/04 y C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, EU:C:2006:403, apartado 28. K. VAN DE CASTEELE AND M. HOCINE, “Favouring certain undertakings or the production of certain goods”: Selectivity, in *EU Competition Law, Volume IV State Aid, Book one, Part 2, Chapter 3*, Claeys & Casteels 2008, pp. 247-251.

⁹ STJUE 29 abril 2004, C-159/01, Países Bajos/Comisión, EU:C:2004:246, apartado 43.

¹⁰ Véase, entre otros, la STJUE 10 enero 2006, C-222/04, *Ministero dell’Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze*, EU:C:2006:8, apartados 107-109.

¹¹ *Id.*, apartados 122 y 123.

¹² Plan de acción para la economía social, cit., página 5.

¹³ Véase, por ejemplo, el Reglamento (UE) n.º 1296/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, relativo a un programa de la Unión Europea para el empleo y la innovación social (“EaSI”) y por el que se modifica la Decisión n.º 283/2010/UE por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social, DO L 347 de 20.12.2013, p. 238-252, en su artículo 2, apartado 1. Para la definición actual, véase el art. 2(15) del Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se crea el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1296/2013, DO L 231 de 30.6.2021, p. 21-59.

¹⁴ STJUE 16 mayo 2000, C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, EU:C:2000:248, apartado 25.

¹⁵ Commission Report on the implementation of the Commission notice on the application of state aid rules to measures relating to direct business taxation, 9 February 2004, C(2004)434, at p. 6.

¹⁶ STJUE 2 julio 1974, Case 173/73, *Italia c. Comisión*, EU:C:1974:71, apartado 13.

¹⁷ STGUE 11 septiembre 2012, T-565/08, *Corsica Ferris*, EU:T:2012:415, para 81.

¹⁸ *Ib.*, apartado 82.

10. Asimismo, respecto del concepto de selectividad, en el asunto *Maribel bis/ter* el Tribunal de Justicia concluyó que una medida de carácter social que no beneficiaba a todos los sectores económicos de un país no era, por esa razón, necesariamente selectiva, sino que habría que tener en cuenta si la medida pudiera estar justificada a la luz de los objetivos régimen general de seguridad social aplicable en el país en cuestión, Bélgica. Este análisis de selectividad dio lugar al test actualmente observado por el Tribunal de Justicia, según el cual para determinada el carácter selectivo de una medida “Procede examinar únicamente si en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por la medida en cuestión.”¹⁹

11. De forma especialmente relevante para el ámbito de la economía social, el TJUE reconoció en el asunto *Paint Graphos*, un asunto prejudicial, que un beneficio fiscal concedido a sociedades cooperativas de productores y trabajadores (al que no tienen derecho las empresas con ánimo de lucro), puede no ser selectivo y, por lo tanto, no constituye una ayuda estatal a las cooperativas en determinadas circunstancias.

12. El Tribunal llegó a esta conclusión a la luz de los principios específicos de funcionamiento que distinguen a las cooperativas de otros operadores económicos, en particular de las sociedades mercantiles. El Tribunal subrayó, entre otras cosas, el principio de la primacía del individuo, afirmando que:

- los activos netos y las reservas deben distribuirse en el momento de la liquidación a otra entidad cooperativa que persiga fines de interés general similares;
- que las sociedades cooperativas no se gestionan en interés de inversores externos, y
- que las reservas y los activos no son distribuibles y deben dedicarse a los intereses comunes de los miembros.²⁰

Estas características, junto con la observancia de los principios de proporcionalidad y coherencia, podrían justificar una exención del impuesto de sociedades normal para las cooperativas sin que el mismo fuera considerado como selectivo.

13. Más recientemente, la Gran Sala del Tribunal de Justicia concluyó, en el asunto *DOBELES HES*, en relación con el criterio de la presencia de recursos estatales del artículo 107(1) TFUE que la jurisprudencia mencionada *supra* que dispone que las ayudas de Estado en el sentido del artículo 107(1) TFUE se caracterizan por sus efectos y no por sus objetivos, “no significa, sin embargo, que una ayuda de Estado se defina exhaustivamente por sus efectos, con exclusión de cualquier otro criterio. En efecto, una ayuda de Estado se define también por su naturaleza, aunque solo sea porque se concede «mediante fondos estatales», como expresamente dispone el artículo 107 TFUE, apartado 1.”²¹ Esta jurisprudencia limita por tanto la exclusión tradicionalmente taxativa de toda consideración distinta de los efectos, como pueden ser las consideraciones sociales, de la definición de ayudas estatal.

14. Por otro lado, en la práctica decisoria de la Comisión Europea también se pueden observar ciertos asuntos relacionados con entidades de la economía social en los que la Comisión concluyó que no se cumplían todos los criterios del artículo 107(1) TFUE.

15. Así, en el año 2003 la Comisión Europea adoptó una decisión relativa a una denuncia que versaba sobre una supuesta ayuda concedida a los organismos gestores del régimen irlandés de asisten-

¹⁹ STJUE 8 noviembre 2001, C-143/99 *Adria-WienPipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* EU:C:2001:598, apartado 41.

²⁰ STJUE 8 septiembre 2011, C-78/08, *Paint Graphos* y otros, EU:C:2011:550.

²¹ STJUE 12 enero 2023, C-702/20, *DOBELES HES*, EU:C:2023:1, apartado 73.

cia sanitaria complementaria, que participaban en un sistema de igualación de riesgos en el mercado de los seguros médicos privados. La Comisión Europea llegó a la conclusión de que el sistema de igualación de riesgos en cuestión implicaba pagos que se limitaban al mínimo necesario para compensar a los aseguradores por el servicio de las obligaciones de interés económico general y, por lo tanto, no implicaba ayuda estatal en el sentido del artículo 107(1) TFUE.²² La decisión fue recurrida ante el Tribunal General, que confirmó la decisión de la Comisión mediante una interpretación flexible de la sentencia *Altmark* del Tribunal de Justicia (que había sido adoptada después de que se adoptara la decisión).²³ De forma relevante para la economía social, el Tribunal General reconoció la especificidad del sector de la salud en relación con otros servicios de interés económico general de sectores más económicos o competitivos como el de las telecomunicaciones.²⁴

16. Asimismo, en 2014, la Comisión recibió una denuncia relativa a una supuesta ayuda estatal concedida por las autoridades portuguesas a la Santa Casa de Misericordia de Tomar (“SCMT”), una entidad que presta servicios de apoyo social a personas mayores. La Comisión observó que los servicios prestados por SCMT eran de carácter puramente local y sólo estaban disponibles en una zona geográfica limitada. También subrayó que los servicios ofrecidos por SCMT para las personas mayores se prestaban únicamente en portugués, no presentaban características únicas ni altamente especializadas que pudieran resultar especialmente atractivas para los ciudadanos de otros Estados miembros, y no se habían promocionado fuera de Portugal. La Comisión también observó que la supuesta ayuda no podía tener más que un efecto marginal, si es que tenía alguno, sobre las condiciones de las inversiones o el establecimiento transfronterizos. Por consiguiente, la Comisión concluyó que la medida no constituía una ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE debido a la falta de efectos sobre el comercio entre Estados Miembros.²⁵

17. También en 2014 la Comisión recibió una denuncia en la que se alegaba que solo los prestadores privados de servicios sociosanitarios en Italia -frente a los públicos, sin ánimo de lucro y autónomos- estarían: (i) admitidos en el régimen de seguro gestionado por el Instituto Italiano de la Seguridad Social en lo que respecta a las cotizaciones por permiso de maternidad y paternidad, y (ii) tendrían derecho al reembolso de la indemnización por excedencia por familiares a cargo que asistan a familiares con discapacidad grave, así como a otros tipos de excedencia.

18. La Comisión Europea concluyó que no era posible demostrar que existiera una ventaja en favor de las empresas regidas por el sistema privado de seguridad social frente al público y, en particular, de los prestadores privados de servicios sociosanitarios. Además, la Comisión observó que, aunque existiera tal ventaja, no sería selectiva; por consiguiente, no se cumplían dos de los criterios acumulativos de la noción de ayuda estatal. Este asunto confirma que los operadores públicos y privados, incluidas las entidades de la economía social, pueden recibir apoyo financiero respetando lo dispuesto por el artículo 107(1) TFUE y el resto de los principios del Tratado, como el artículo 345 del TFUE, que consagra el principio de neutralidad en lo que respecta al régimen de la propiedad en los Estados miembros.²⁶

19. En suma, de la jurisprudencia de los tribunales europeos se desprende que, a pesar del carácter objetivo de la noción de ayuda estatal con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, éstos no han sido ajenos a consideraciones sociales e incluso a las especificidades de la economía social. Asimismo, de la práctica decisoria de la Comisión Europea en este ámbito también se observa que la Comisión ha considerado que las actividades de entidades que operan en ámbitos con un marcado carácter social como el de la salud, y que prestan sus servicios con carácter local, no son beneficiarias de ayudas estatales al no

²² Ayuda estatal N 46/2003 - Irlanda, Risk equalisation scheme in the Irish health insurance market.

²³ STGUE 12 febrero 2008, T-289/03, BUPA y otros/Comisión, EU:T:2008:29. Véase también la sentencia del TJUE 24 julio 2003 en el asunto C-280/00 *Altmark* EU:C:2003:415.

²⁴ STGUE 12 febrero 2008, T-289/03 - BUPA y otros/Comisión, EU:T:2008:29, apartados 167 y 168.

²⁵ Ayuda de Estado SA.38920 (2014/NN) - Alleged grant support to Santa Casa da Misericordia de Tomar (SCMT).

²⁶ Ayuda estatal SA.38825 - Alleged State aid to private providers of socio-sanitary services.

estar presentes, en los casos mencionados, todos los requisitos del artículo 107(1) TFUE. No obstante, conviene ser prudente y recordar que habrá que estar a las circunstancias de cada caso pues, de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales europeos, “La calificación de una medida como ayuda de Estado no puede depender [...] de una apreciación subjetiva de la Comisión y debe determinarse con independencia de cualquier práctica administrativa anterior de la Comisión, suponiendo que dicha práctica haya quedado probada.”²⁷

III. La compatibilidad de las ayudas estatales

20. Como se ha expuesto, en principio, los Estados miembros de la Unión deben notificar a la Comisión, para su aprobación, cualquier proyecto de concesión de nuevas ayudas o de modificación de ayudas existentes con arreglo al artículo 108 (3) TFUE para que la Comisión pueda evaluar su compatibilidad con el Mercado interior. Sin embargo, en la práctica, la mayor parte de las ayudas estatales se conceden sin notificación previa. A este respecto, la Comisión ha señalado que más del 90% de las ayudas nuevas se conceden sin notificación previa.²⁸ En consecuencia, en esta sección se describirán brevemente, en primer lugar, las disposiciones del RGEC más relevantes para otorgar ayudas a la economía social sin notificación previa. En segundo lugar se describirán las directrices más relevantes para el análisis de la compatibilidad de las ayudas que deben ser notificadas al no reunir los requisitos de los reglamentos de exención, y se mencionarán los principios generales que, a nuestro juicio, la Comisión y los tribunales deberán tener en cuenta en este ámbito. Finalmente se mencionarán brevemente las particularidades de la aplicación del artículo 106(2) TFUE como posible justificación de las ayudas otorgadas por la prestación de servicios de interés económico general en el ámbito de la economía social.

1. Ayudas estatales exentas de notificación

21. El artículo 108(4) TFUE establece que la Comisión puede adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas estatales que pueden quedar exentas de notificación. Las condiciones actuales en las que las ayudas están exentas de la obligación de notificación se establecen en el Reglamento general de exención por categorías (“RGEC”).²⁹

22. El RGEC permite a los Estados miembros conceder directamente las medidas de ayuda estatal, con plena seguridad jurídica y sin control previo de la Comisión siempre que se cumplan todas sus condiciones. En opinión de la Comisión, los beneficios que estas ayudas aportan a la sociedad compensan las posibles distorsiones de la competencia. Todas las medidas de ayuda en virtud del RGEC deben respetar los límites máximos de ayuda permitidos, es decir, el importe bruto máximo de ayuda que puede recibir un beneficiario. Existe un límite máximo específico para cada categoría de ayuda. Por ejemplo, las ayudas para la contratación de trabajadores desfavorecidos no superarán el 50% de los costes salariales subvencionables.

23. Las siguientes disposiciones del RGEC son especialmente pertinentes para apoyar la economía social mediante ayudas estatales:

- **Artículo 17: Ayudas a la inversión en favor de las PYME**, destinadas en particular a cubrir los costes de inversión en activos materiales e inmateriales, así como los costes salariales estimados del empleo creado directamente por el proyecto de inversión hasta una determinada intensidad de ayuda.

²⁷ STGUE 3 julio 2014, T-319/12 y T-321/12, España c. Comisión (Ciudad de la Luz), EU:T:2014:604, apartado 46.

²⁸ Comisión Europea, comunicado de prensa IP/23/1523 de 9.3.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_1523

²⁹ Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, DO L 187 de 26.6.2014, p. 1–78.

- **Artículo 21: Regímenes de ayuda a la financiación de riesgo en favor de las PYME**, en este contexto, se entenderá por “inversión en financiación de riesgo” las inversiones de capital, los préstamos, incluidos los arrendamientos financieros, las garantías, o una combinación de los mismos, en favor de empresas subvencionables.
- **Artículo 22: Ayudas a la creación de empresas**, a través de diversos instrumentos (préstamos con tipos de interés que no se ajustan a las condiciones del mercado, garantías con primas que no se ajustan a las condiciones del mercado, subvenciones, incluida la inversión en capital, reducciones del tipo de interés y de la prima de garantía, o una combinación de los mismos).
- **Artículo 29: Ayudas a la innovación en materia de procesos y organización**, en relación con las cuales los costes subvencionables, es decir, los costes cuya financiación pública está autorizada en virtud de la normativa de la UE, incluyen costes de personal, costes de los instrumentos, equipo, edificios y terrenos en la medida y durante el periodo utilizados para el proyecto, costes de investigación contractual, conocimientos y patentes adquiridos o licenciados a fuentes externas en condiciones de mercado, y los gastos generales adicionales y otros gastos de funcionamiento, incluidos los costes de material, suministros y productos similares, directamente derivados del proyecto (hasta la intensidad de ayuda permitida).
- **Artículos 32 a 35: Ayudas a los trabajadores desfavorecidos y a los trabajadores con discapacidad**, que permite la concesión de ayudas en forma de subvenciones salariales para la contratación y el empleo de trabajadores desfavorecidos, así como ayudas para compensar los costes adicionales del empleo de dichos trabajadores, y el coste de la asistencia adicional que se les preste; y
- **Artículo 56: Ayudas a la inversión en infraestructuras locales**, que permite la concesión de ayudas para la construcción o mejora de infraestructuras locales, que se refieren a infraestructuras que contribuyen a mejorar el entorno empresarial y de consumo a nivel local, así como a modernizar y desarrollar la base industrial.

24. Por último, conviene mencionar también que las entidades de la economía social pueden beneficiarse, como el resto de “empresas” a los efectos del Tratado, de las ayudas exentas de notificación con arreglo al Reglamento *de minimis*.³⁰ De conformidad con el mismo, el límite máximo de las ayudas *de minimis* que una única empresa puede recibir por Estado miembro en cualquier período de tres años es de 300 000 EUR, o de hasta 750 000 EUR en el caso de prestadores de servicios de interés económico general con arreglo al reglamento *de minimis* específicamente previsto para éstos.³¹

2. Ayudas estatales que deben ser notificadas

25. Los artículos 107(2) y 107(3) TFUE permiten conceder ayudas estatales en determinadas condiciones. La Comisión Europea ha publicado estas condiciones en directrices y marcos aplicables a diferentes categorías de ayudas. Estos instrumentos de Derecho indicativo o *soft law* no modifican el marco jurídico existente en virtud del art. 107 del TFUE, ni introducen normas directamente aplicables. Tampoco eximen de la obligación de notificación. Se limitan a establecer los criterios con arreglo a los cuales la Comisión considera que las medidas de ayuda estatal en distintos ámbitos son compatibles con el mercado interior.

26. Algunas directrices son especialmente pertinentes para la economía social, ya que hacen referencia a categorías mencionadas en el PAES de la Comisión y podrían apoyar medidas como la

³⁰ Reglamento (UE) 2023/2831 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2023, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis, DO L, 2023/2831, 15.12.2023.

³¹ Reglamento (UE) 2023/2832 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2023, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general. DO L, 2023/2832, 15.12.2023.

creación de instituciones financieras para facilitar la financiación de empresas sociales, o la creación de laboratorios en una universidad pública o privada para promover estudios sobre economía circular y social. Cabe mencionar por su relevancia las siguientes directrices:

- (i) Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo,³²
- (ii) Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional,³³ y
- (iii) el Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación.³⁴

27. A falta de un acto de soft law como una comunicación a directrices aplicables para evaluar una medida notificada, la Comisión puede analizarla directamente sobre la base de las disposiciones del Tratado, por ejemplo, en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la UE ha subrayado recientemente que esta disposición incluye dos requisitos: “el primero, que [la ayuda] debe estar destinada a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas y, el segundo, formulado de manera negativa, que no debe alterar las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.”³⁵

28. En el ámbito de la economía social, la Comisión Europea autorizó en 2022 una medida propuesta por Suecia para crear nuevos puestos de trabajo para trabajadores desfavorecidos y muy desfavorecidos desempleados (inmigrantes recién llegados y parados de larga duración) en aras de favorecer su incorporación al mercado laboral. En virtud de la medida aprobada, con un presupuesto de unos 404 millones de euros, los empresarios pagan salarios significativamente inferiores al salario mínimo en virtud de convenios colectivos ordinarios. Esto permite a los empresarios contratar trabajadores a un coste inferior al que tendrían que hacerlo de otro modo. Para compensar a los trabajadores por recibir un salario más bajo por el trabajo realizado en comparación con el trabajo regular, se paga una compensación estatal directamente al trabajador y no al empresario. La compensación del Estado complementa sus salarios para que el total se corresponda con el nivel salarial mínimo de los convenios colectivos ordinarios. Las autoridades suecas previeron que los empleos serían creados principalmente por pequeñas y medianas empresas de sectores como la hostelería, la restauración, los servicios inmobiliarios y otros servicios de apoyo, así como la industria manufacturera. Habida cuenta de que la medida podría superar los umbrales del RGEC, la Comisión la analizó con arreglo al artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE y la aprobó tras observar, entre otras cosas, que la ausencia de incentivos financieros constituye un obstáculo a la creación de nuevos puestos de trabajo para trabajadores de grupos vulnerables, como los inmigrantes y los desempleados de larga duración. Por lo tanto, esta decisión constituye un ejemplo de medida positiva que puede favorecer a las PYME, entre las que también podrían incluirse entidades de la economía social, para alcanzar objetivos sociales.³⁶

29. Asimismo, en 2011 la Comisión Europea decidió no plantear objeciones a la creación del Big Society Capital (BSC) por parte del Reino Unido, con una inyección de capital de 400 millones de libras esterlinas para ayudar a las organizaciones sociales de primera línea a aumentar su impacto social, mejorando su acceso a una financiación asequible. En concreto, el BSC apoya el desarrollo y el crecimiento de un mercado de productos de inversión social en el Reino Unido, tanto de rentabilidad social como financiera. La medida pretendía hacer frente al déficit de financiación del sector social contribuyendo mediante la inversión en intermediarios financieros al desarrollo de una infraestructura de

³² Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo, DO C 508 de 16.12.2021, p. 1/36.

³³ Comunicación de la Comisión Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional 2021/C 153/01, DO C 153 de 29.4.2021, p. 1/46.

³⁴ Comunicación de la comisión Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, DO C 414 de 28.10.2022, p. 1/38.

³⁵ STJUE 22 septiembre 2020, C-594/18 P, Austria v Commission, EU:C:2020:742, apartado 19

³⁶ Ayuda estatal SA.100209 (2022/N) - Entry jobs

mercado (intermediarios, fondos dedicados, instrumentos de inversión ad hoc, plataformas de inversión e información) que atendiera con mayor eficacia las necesidades de financiación del capital de las organizaciones sociales de primera línea. En este sentido, las organizaciones del sector social no se definían por su forma jurídica, sino por su objetivo de obtener resultados sociales (incluidos los medioambientales), frente al tradicional objetivo del sector privado de generar beneficios para los propietarios o accionistas. La entidad creada, BSC, era una institución de inversión mayorista. Por lo tanto, no invertía directamente en organizaciones del sector social, sino únicamente a través de vehículos de inversión específicos (en particular, fondos e instrumentos financieros innovadores). La Comisión consideró que la medida objeto de examen constituía una ayuda estatal que podía considerarse compatible sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, en particular tras observar que existía una deficiencia del mercado en la financiación del sector social que podía subsanarse con la medida propuesta, aumentando el bienestar como consecuencia de ello.³⁷

30. En relación con lo anterior, a nuestro juicio, el apoyo de las instituciones europeas, y particularmente de la Comisión a consideraciones sociales en el ámbito de las ayudas estatales debería ser aún más marcado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. Cabe recordar que desde entonces la UE se ha constituido como una “economía social de mercado altamente competitiva” con arreglo al nuevo artículo 3.3 del TUE. Esta disposición incluye el objetivo de la Unión de combatir la “exclusión social y la discriminación y [el de fomentar] la justicia y la protección sociales [así como] la cohesión económica, social y territorial”. A este respecto, cabe recordar que el artículo 7 TFUE prevé que la Unión “velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias.”³⁸

31. Asimismo, el artículo 9 del TFUE establece vínculos adicionales entre los valores orientados al mercado y los orientados a la sociedad, al afirmar que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.”

32. En relación con este artículo, en la reciente sentencia sobre el asunto *SuperLeague*, el Tribunal de Justicia, en formación de Gran Sala, se ha referido a la protección social por vez primera como una “disposición de aplicación general de carácter transversal”,³⁹ que las instituciones deben observar, siguiendo lo que previamente habían afirmado algunos Abogados Generales como Cruz Villalón.⁴⁰ De hecho, incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión ya se desprendía que las instituciones europeas debían tener en cuenta las disposiciones horizontales del Tratado para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales. En particular, en el asunto *Ferriere Nord*, el Tribunal General concluyó que “La compatibilidad de un proyecto de ayuda en favor de la protección del medio ambiente con el mercado común debe analizarse con arreglo a lo dispuesto conjuntamente por los artículos 6 CE y 87 CE [...]”.⁴¹ Asimismo, en el asunto *British Aggregates*, el Tribunal General estableció que “corresponde a la Comisión [...] tomar en consideración las exigencias vinculadas con la protección del medioambiente a que se refiere el artículo 6 CE.”⁴²

³⁷ Ayuda estatal nº SA.33683 (2011/N) - Big Society Capital

³⁸ Véase a este respecto D. FERRI Y J.J. PIERNAS LÓPEZ, “State aid law in a social market economy”, en D. FERRI, F. CORTESE (Cords.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Routledge, 2019, pp. 166-180, en p. 172.

³⁹ STJUE 21 diciembre 2023, C-333/21, *European Superleague Company*, EU:C:2023:1011, apartado 100.

⁴⁰ C-515/08, *Santos Palhota*, EU:C:2010:245, apartado 51.

⁴¹ STGUE 18 noviembre 2004, T-176/01, *Ferriere Nord*, EU:T:2004:336, apartado 134.

⁴² STGUE 7 marzo 2012, T-210/02, *British Aggregates*, EU:T:2006:253, apartado 117.

IV. Servicios de interés económico general

33. En virtud del artículo 106(2) TFUE el Tratado permite la concesión de ayudas estatales como compensación por la prestación de servicios de interés económico general (SIEG). Se trata de servicios de interés general que pueden ser prestados tanto por el sector público como por el sector privado -por ejemplo, el transporte público, los servicios postales, la vivienda social y la asistencia sanitaria - y que al mismo tiempo son de naturaleza económica. Así pues, se ofrecen dentro de un mercado, a veces junto a proveedores privados de los mismos servicios o similares.⁴³

34. La Comisión Europea ha definido los SIEG como “actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública”.⁴⁴

35. El primer paso en la aplicación de esta disposición consiste en determinar si se ha confiado a la empresa en cuestión un verdadero servicio de interés económico general. En este sentido, los tribunales europeos han reconocido que no existe un concepto claro de SIEG.⁴⁵ No obstante, algunos elementos constitutivos de los SIEG pueden deducirse del análisis de los Tratados y del Derecho derivado.⁴⁶ Así, el Protocolo nº 26 del Tratado de Lisboa sobre los servicios de interés general subraya:

- el papel esencial y la amplia discrecionalidad de las autoridades nacionales para definir los SIEG,
- su diversidad (situaciones geográficas, sociales y culturales) y algunas de sus características,
- en particular un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica,
- igualdad de trato y fomento del acceso universal.

36. El Derecho derivado también ofrece algunas orientaciones sobre lo que puede considerarse un SIEG. En particular, la Directiva 2006/123/CE (Directiva de servicios), explica que los SIEG son servicios prestados a cambio de una contraprestación económica, que sólo pueden considerarse SIEG si se prestan en aplicación de una misión especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro de que se trate. Ejemplos de ello son los servicios postales y los servicios públicos.

37. La jurisprudencia de los Tribunales de la UE exige algunas condiciones para la concesión de ayudas estatales, a saber la necesidad de un acto de encomienda, la obligación de definir los parámetros de la compensación, evitar la compensación excesiva; y una serie de principios relativos a la selección del proveedor de SIEG.⁴⁷

⁴³ Véase a este respecto la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, DO C 8 de 11.1.2012.

⁴⁴ Comisión Europea, Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, Bruselas, 20.12.2011 COM(2011) 900 final, p. 4.

⁴⁵ STGUE 12 febrero 2008, T-289/03, BUPA y otros/Comisión, EU:T:2008:29, apartado 165.

⁴⁶ Véanse a este respecto, entre otras, MONJAL, P.Y. *et al.*, “Service d’intérêt général”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, n. 570, juillet-août 2013, pp. 391-424; A. SEGURA SERRANO, « Los “Servicios de Interés Económico General” tras el Tratado de Lisboa: de la excepción a la regulación positiva », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 38, 2011, en especial pp. 76 et seq; A. MAZIARZ, « Services of General Economic Interest: Towards Common Values? », *European State Aid Law Quarterly*, Vol 15, 2016, pp. 16-30; J.J. PIERNAS LÓPEZ, “La definición de Servicio de interés económico general en la Unión Europea ... ¿De qué margen disponen los Estados Miembros? », *Revista española de derecho europeo*, Nº. 61, 2017, pp. 101-128.

⁴⁷ Véase en particular la sentencia Altmark (C-280/00 Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ECLI:EU:C:2003:415) en la que el Tribunal de Justicia estableció las condiciones en las que la compensación pública de un servicio de interés económico general no constituye una ventaja en el sentido del artículo 107(1) TFUE.

38. La Comisión Europea ha proporcionado orientaciones sobre cómo se pueden conceder ayudas estatales para compensar la prestación de SIEG. Estas orientaciones, que incluyen derecho derivado y *soft law*, son las siguientes:

- La “Comunicación SIEG” que aclara conceptos clave relacionados con las ayudas estatales para los SIEG, por ejemplo, la naturaleza económica de determinadas actividades;⁴⁸
- El ya mencionado Reglamento de minimis para los prestadores de SIEG;⁴⁹
- La “Decisión SIEG”, que declara compatibles y exentos de notificación determinados tipos de compensación de SIEG que constituyen ayudas estatales superiores a 500.000 euros;⁵⁰ y
- el Marco SIEG, que establece las condiciones en las que todas las demás ayudas estatales a los SIEG pueden declararse compatibles, previa notificación.⁵¹

39. La normativa de la UE sobre SIEG hace referencia específica a los servicios sociales en reconocimiento de sus características específicas y de su impacto particularmente positivo. En concreto, la Decisión 2012/21/UE aclara que pueden concederse ayudas estatales de cuantía significativa para la prestación, entre otros, de numerosos servicios sociales, como:

- asistencia sanitaria,
- asistencia de larga duración,
- asistencia infantil,
- acceso a la reintegración en el mercado laboral,
- viviendas sociales⁵² y
- protección e inclusión social de grupos vulnerables.⁵³

40. Como regla general, la Decisión SIEG cubre las compensaciones que no superen un importe anual de 15 millones de euros para la prestación de SIEG en ámbitos distintos de los transportes y las infraestructuras de transporte. Sin embargo, en el caso de los servicios sociales mencionados la decisión no prevé un umbral económico máximo, pudiendo ser superiores por tanto a los 15 millones de euros. Lo anterior demuestra, a nuestro juicio, una mayor sensibilidad por parte del legislador europeo hacia estos servicios.

41. En efecto, la aplicación de las normas sobre SIEG de la Unión debe ser, a nuestro juicio, flexible y tendente a reforzar la protección social, particularmente en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad. Lo anterior se desprende de una serie de disposiciones que tienen rango de Derecho primario tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En concreto, el artículo 14 TFUE reconoce que los servicios de interés económico general tienen un papel en la “promoción de la cohesión social y territorial”. Por su parte, el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“CDFUE”) establece que la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso “a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez [y] el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda [Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza]”.

⁴⁸ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general. DO C 8 de 11.1.2012, p. 4–14.

⁴⁹ Reglamento (UE) 2023/2832 de la Comisión, cit.

⁵⁰ Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general [notificada con el número C(2011) 9380], DO L 7 de 11.1.2012, p. 3–10, artículo 2(1)(b).

⁵¹ Comunicación de la Comisión — Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (2011). DO C 8 de 11.1.2012, p. 15–22.

⁵² Véase en este ámbito A. BARTOSCH, “Social Housing and European State Aid Control”, *European Competition Law Review* (2007), 28, 2007, pp. 563-570.

⁵³ Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, cit., artículo 2(1)(b).

42. Además, el artículo 35 CDFUE reconoce el derecho de toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria “en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. De manera general, el artículo 36 CDFUE “reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general [...] con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.”

43. En relación con lo anterior, el propio Presidente del Tribunal de Justicia ha sostenido en una publicación académica, con referencia en concreto al artículo 9 TFUE, que la Comisión Europea, en su papel de guardiana de los Tratados, podría interpretar de manera más flexible la aplicación del principio de proporcionalidad del artículo 106, apartado 2, del TFUE cuando se trate de SIEG con el fin de combinar la protección de la competencia leal en el mercado interior con la garantía de una protección social adecuada y la lucha contra la exclusión social, también consagradas ahora en el Tratado (y en la Carta).⁵⁴

44. En este marco, la Comisión Europea ha adoptado varias decisiones relativas a SIEG de carácter social. Por ejemplo, la Comisión confirmó en 2014 que la compensación para establecer y gestionar el Fondo Nacional de Ahorro para el Empleo del Reino Unido (“NEST”) con el fin de ampliar los ahorros de pensiones de bajo coste a las personas con ingresos bajos a moderados constituye un SIEG compatible en virtud del artículo 106(2) TFUE, como ya había establecido previamente.⁵⁵

45. Asimismo, la Comisión declaró compatible la ayuda concedida a Samhall, una empresa pública sueca cuyo cometido es crear trabajo que favorezca el desarrollo de las personas con discapacidad funcional. La ayuda tenía por objeto compensar los costes adicionales de emplear a trabajadores con discapacidad.⁵⁶

46. Del mismo modo, la Comisión Europea declaró compatible con arreglo al artículo 106(2) TFUE una ayuda al Ente Nazionale Sordi, la Asociación Italiana de Personas Sordas consistente en una subvención de 1 millón de euros para crear y poner en funcionamiento un centro para la autonomía de las personas sordas.⁵⁷

47. Por otro lado, se pueden encontrar ejemplos valiosos de servicios sociales considerados SIEG por los Estados miembros de la UE en los informes que deben presentar cada dos años según el artículo 9 de la Decisión SIEG de la Comisión de 2012 y el apartado 62 del Marco SIEG de la Comisión de 2012.⁵⁸

48. Por último, la Comisión Europea ha publicado recientemente los resultados de la evaluación de “las normas sobre subvenciones estatales para los servicios sanitarios y sociales de interés económico general (“SIEG”) y del Reglamento de minimis de los SIEG”. Aunque la evaluación concluye que la normativa sobre SIEG alcanzó en líneas generales los objetivos de clarificación y simplificación que pretendía, también señaló que hay margen de mejora, en particular, para aclarar determinados conceptos como actividad económica/no económica, efecto sobre el comercio, beneficio razonable, deficiencia del mercado y vivienda social.⁵⁹

⁵⁴ K. LENAERTS, ‘Defining the Concept of “Services of General Interest” in Light of the “Checks and Balances” Set Out in the EU Treaties’, *Jurisprudence*, 2012, pp. 1247–1267, at p. 1255. Véase también a este respecto J.J. Piernas López, “Services of general economic interest and social considerations”, en D. FERRI, F. CORTESE (CORDS.), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Routledge, 2019, pp. 166-180, en p. 172.

⁵⁵ Ayuda estatal SA.36410 (2014/N) “NEST”. Véase también la Decisión de la Comisión N 158/2009 -Reino Unido “NEST”, DO C 96 de 29.3.2011, p. 1.

⁵⁶ Ayuda estatal SA.38469 (2017/E) - “Sheltered employment in Sweden”

⁵⁷ Ayudas de Estado SA.49313 (2017/FC) y SA.61536 (2021/N) Italia.

⁵⁸ Los informes pueden consultarse en la lengua nacional y en inglés en https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/legislation/sgei_en

⁵⁹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Executive Summary of the Evaluation, Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest (“SGEIs”) and of the SGEI de minimis Regulation. {SWD(2022) 388 final}, página 2.

V. Conclusiones

49. A la luz de lo anterior, se pueden deducir una serie de conclusiones:

50. *En primer lugar*, a pesar del carácter objetivo de la noción de ayuda estatal con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, los tribunales europeos han tenido en cuenta consideraciones sociales e incluso las especificidades de la economía social en asuntos como el mencionado *Paint Graphos*, relativo a cooperativas. Asimismo, la Comisión Europea también ha aplicado en algunos casos con flexibilidad los criterios establecidos por la jurisprudencia en relación con entidades que operan en ámbitos de carácter social como el de la salud o el de la atención de personas mayores.

51. En relación con la compatibilidad de las ayudas estatales, algunas disposiciones del Reglamento de Exención General por Categorías son especialmente adecuadas para que las administraciones públicas puedan apoyar a entidades de la economía social sin necesidad de notificación previa a la Comisión Europea.

52. Por otro lado, para aquellas ayudas estatales que deban ser notificadas a la Comisión Europea por su elevada cuantía o por no cumplir cualquier otro requisito previsto en el RGEC, los Tratados vigentes, y en particular el artículo 3.3 TUE y los artículos 7 y 9 TFUE obligan a las instituciones a tener en cuenta la protección social en el ejercicio de sus competencias, como lo es la política de competencia. Estas disposiciones, y en concreto los artículos 7 y 9 TFUE son disposiciones de aplicación general de carácter transversal que vinculan a las instituciones, como ha subrayado recientemente la Gran Sala del TJUE.

53. De manera similar, el Derecho primario vigente, incluida la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, constituye un marco que permite a la Comisión Europea aplicar con mayor flexibilidad el artículo 106(2) TFUE, y en particular el principio de proporcionalidad que esta disposición requiere, como hace ya algunos años apuntaba el actual Presidente del Tribunal.

54. Por último, las vigentes normas de la Unión Europea sobre ayudas estatales ofrecen notables oportunidades para financiar las actividades de las entidades de la economía social y que la Comisión Europea es consciente de que se puede hacer aún más para aclarar su aplicación, que debe ser a nuestro juicio, y por las razones expuestas, flexible y tendente a reforzar la protección social.

El contenido de la propuesta de convenio concursal: los supuestos básicos y las prohibiciones*

The content of the insolvency agreement proposal: possible scenarios and prohibitions

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ
Catedrático (Emérito) de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

Recibido: 12.05.2024 / Aceptado: 21.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8974

Resumen: En la evolución histórica del Derecho Concursal el convenio al que puedan llegar el deudor y sus acreedores ha cumplido una función principal de facilitar la conservación de la actividad, generalmente empresarial, afectada por la insolvencia, aunque con frecuencia los procedimientos concursales conducían a la liquidación de la masa activa como solución inevitable. En el Derecho Concursal actualmente vigente en España, tras la reforma de 2022, el convenio ha adquirido una flexibilidad en cuanto a su posible contenido que le hace especialmente útil para resolver situaciones de insolvencia que se estén tramitando como concursos de acreedores, lo que no impide reconocer que la prioridad está hoy en anticipar la solución en la fase preconcursal o de preinsolvencia a través de las técnicas de reestructuración más diversas.

En el presente trabajo se analiza especialmente el contenido que puede tener la propuesta de convenio concursal en nuestro ordenamiento, con especial atención tanto a la variada tipología de supuestos posibles (convenios con quita y espera, con proposiciones adicionales, con modificaciones estructurales), como al conjunto de prohibiciones que constituyen el límite de dicho contenido, sea porque afectan a los créditos, sea porque realmente implican una liquidación.

Palabras clave: Convenio concursal, contenido del convenio, quita y espera, proposiciones adicionales, modificaciones estructurales, prohibiciones, convenio liquidatorio.

Abstract: In the historical evolution of Insolvency Law, the agreement reached by the debtor and its creditors has fulfilled the main function of facilitating the preservation of the activity, generally business, affected by insolvency, although insolvency proceedings often led to the liquidation of the assets as an inevitable solution. In the Bankruptcy Law currently in force in Spain, after the reform of 2022, the agreement has acquired a flexibility in terms of its possible content that makes it especially useful for resolving insolvency situations that are being processed as bankruptcy proceedings, which does not prevent recognizing that the priority today is to anticipate the solution in the pre-bankruptcy or pre-insolvency phase through the most diverse restructuring techniques.

This paper analyzes in particular the possible content of the insolvency agreement proposal in our legal system, with special attention both to the various types of possible scenarios (agreements with wai-

*Para la elaboración de este trabajo, que dedico al Profesor Calvo Caravaca, en reconocimiento a su ejemplar trayectoria académica, he utilizado parte de los textos preparados como comentario a algunos artículos del Texto Refundido de la Ley Concursal, debidamente actualizados tras la reforma de 2022. Los textos originales, estando en vigor el Texto Refundido de 2020, están incorporados en el "Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal", dirigido por ABEL VEIGA y coordinado por MIGUEL MARTÍNEZ, publicado por la editorial Civitas-Thomson Reuters en 2021.

ver and waiting, with additional proposals, with structural modifications), and to the set of prohibitions that constitute the limit of such content, either because they affect the credits, or because they actually imply a liquidation.

Keywords: Insolvency agreement, contents of the agreement, waiver, additional proposals, structural modifications, prohibitions, liquidation agreement.

Sumario: I. El contenido de la propuesta de convenio: aspectos generales y evolución. II. Supuestos concretos de contenido: 1. Quita y espera. 2. Proposiciones adicionales. 3. Modificaciones estructurales. III. Las prohibiciones del contenido del convenio: 1. Las prohibiciones referidas a los créditos. 2. La prohibición del convenio liquidatorio. 3. Las nuevas prohibiciones de la propuesta de convenio. IV. Consideración final.

I. El contenido de la propuesta de convenio: aspectos generales y evolución

1. La cuestión del contenido del convenio concursal ha sido objeto tradicional de opiniones y criterios contrapuestos. De un lado, la posición favorable a entender que, teniendo el convenio naturaleza contractual, aunque con especialidades, su contenido debía estar orientado por los principios generales dispositivos que reconocen a las partes capacidad para fijar libremente el alcance de la relación jurídica que pretenden establecer; la libertad de pactos y la autonomía de la voluntad deben cumplir su función aquí, en la misma medida en que la cumplen en el Derecho de contratos, de manera que la necesaria aceptación de las partes ofrecerá la garantía suficiente de reciprocidad y proporción entre sus intereses respectivos, y, de no ser así, la alternativa de la liquidación terminará poniendo las cosas en su sitio. La posición contraria vendría a mantener que la peculiaridad del convenio concursal, teniendo en cuenta la pluralidad de intereses que en él concurren y la situación en que se encuentran las partes que van a quedar afectadas por su contenido (un deudor aquejado de insolvencia y un conjunto de acreedores expuestos a la comunidad de pérdidas), hace aconsejable establecer límites estrictos que, por un lado, minimicen los efectos previsiblemente perjudiciales que pueda tener, y, por otro, aporten seguridad a ambas partes en cuanto a la expectativa de cumplimiento, a la vez que eviten en la mayor medida posible tratamientos discriminatorios o injustificadamente desiguales entre los acreedores afectados.

2. Por supuesto, entre una y otra posición, aquí expuestas con la máxima simplicidad, caben posiciones intermedias, con muy diversos matices, que proponen combinar cierto ámbito de libertad de contenido dentro de los límites establecidos legalmente; estos sistemas mixtos suelen ser fácilmente reconocibles por la mezcla de opciones entre las que se puede elegir y de prohibiciones que no se pueden rebasar, todo ello complementado con variantes y especialidades de distinta naturaleza y complejidad. Tal orientación es la que inspira buena parte de los ordenamientos concursales, a la vez que explica, dentro de las variadas posibilidades que ofrece, la evolución que han experimentado, perspectiva a la que no es ajeno nuestro Derecho concursal.

3. 1En efecto, un simple examen comparativo del artículo 100 de la Ley Concursal de 2003, en sus diversas versiones a lo largo del tiempo, y el resultado final recogido en los artículos 317 y siguientes del vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC), tras la reforma de 2022, pone bien de manifiesto esa evolución. Así, cabe recordar que aquel primitivo artículo 100 restringía la quita y la espera en los créditos ordinarios, con límites que sólo podían ser levantados excepcionalmente y con estrictos requisitos, luego aligerados en la primera reforma que experimentó la Ley Concursal por Real Decreto-Ley de 27 de marzo de 2009, y prohibía la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos. La reforma de 2011 mantuvo sustancialmente este modelo con algunos pequeños matices, pero las de 2014 y 2015 (Real Decreto-Ley de 5 de septiembre de 2014, luego convertido en Ley de 25 de mayo de 2015) flexibilizaron notablemente la quita y la espera, trasladando los diversos niveles cuantitativos de una y otra al régimen de mayorías necesarias para la aceptación del

convenio (artículo 124 de la Ley Concursal) y para la extensión de sus efectos a las distintas categorías de acreedores (artículo 134), a semejanza del modelo establecido para la extensión de efectos de los acuerdos de refinanciación homologados en la también reformada Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, a la vez que abrieron alguna posibilidad a la cesión en pago de bienes y derechos no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

4. Ese régimen del contenido de la propuesta de convenio ha pasado al TRLC con una estructura sistemática mucho más reveladora: se distinguen ahora las “reglas generales sobre la propuesta de convenio” (317 a 323), que incluyen la quita y la espera, las proposiciones adicionales, las modificaciones estructurales, las propuestas con cláusula de intereses, con limitación de facultades al deudor, con atribución de funciones a la administración concursal y con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, a la vez que se contemplan también aquí las prohibiciones de alterar la cuantía o la clasificación de los créditos, de liquidar la masa activa como efecto del convenio y de presentar propuestas condicionadas, salvo en el caso de los concursos conexos. De esas reglas generales se diferencian supuestos de propuestas de convenios con contenido especial: las de asunción, en caso de adquisición por tercero del conjunto de la masa o de unidades productivas (324), y las de contenido alternativo, que incluyen las de convenio con conversión de créditos, y de créditos en acciones o participaciones, con cesión en pago, o con cesión de las acciones o los efectos de la reintegración (325 a 330).

5. En estas páginas nos limitamos a examinar, dentro del amplio contenido actual de las modalidades de convenio concursal, los que pueden considerarse, en la vertiente positiva, los supuestos más comunes de la propuesta de convenio, que son los previstos en los artículos 317 y 317 bis del TRLC, y, en la vertiente negativa, los supuestos de prohibición, también previstos en el artículo 318, todo ello dentro de lo que el propio TRLC considera como “reglas generales sobre la propuesta de convenio” en la Subsección 1ª de la Sección 2ª (Contenido de la propuesta de convenio) del Capítulo I (De la propuesta de convenio) del Título VII (Del convenio) del Libro I (Del concurso de acreedores) de dicho texto legal.

6. El artículo 317, en efecto, es el primero de los que el TRLC dedica al contenido que haya de tener, o pueda tener, el convenio a celebrar entre el deudor y sus acreedores. Tal contenido del convenio condiciona de manera evidente el que tenga la propuesta y ese es el motivo de que la cuestión se plantee ya en este momento inicial de la tramitación de la propuesta, pues no en vano el artículo 342, 1, exige que, para ser admitida a trámite por el juez, la propuesta debe cumplir no sólo las condiciones de tiempo y forma, sino también las de contenido que están legalmente establecidas; contenido que, igualmente, habrá de ser evaluado por la administración concursal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 348. Téngase en cuenta, además, que la propuesta de convenio no puede ser modificada ni revocada con carácter general una vez admitida a trámite (artículo 346), aunque puede el deudor dejarla sin efecto solicitando la liquidación de la masa activa en cualquier momento, lo que es razón suficiente para que el contenido de la propuesta, que será el contenido del eventual convenio, deba estar regulado de manera adecuada y suficiente. El artículo 317 bis, como habrá ocasión de examinar, se ha incorporado como novedad al nuevo TRLC resultante de la reforma de 2022, y bien podría haber formado parte del 317, sustituyendo a su apartado tercero, del que viene a ser un complemento evidente para el caso de que la propuesta de convenio contenga algún tipo de modificación estructural que afecte a la persona jurídica deudora. El artículo 318, por su parte, establece esa vertiente negativa que son las prohibiciones de contenido de la propuesta de convenio, también con los matices y especialidades que ha introducido la citada reforma de 2022.

7. El resto de los supuestos que antes se mencionaron, y que están previstos en los artículos 319 a 323, tienen un alcance notoriamente especial, por mucho que aparezcan incluidos dentro de las citadas reglas generales de la propuesta de convenio. Lo mismo ocurre, con más énfasis aún, en los supuestos del artículo 324 y del 325 al 330 (propuesta de convenio con asunción y propuesta de convenio con contenido alternativo, respectivamente), a los que el propio TRLC concede un tratamiento diferenciado, formalmente perceptible ya en su ubicación sistemática, pues ambos integran Subsecciones específicas

(la 2ª y la 3ª), sin quedar incluidos dentro del catálogo de modalidades previstas en la Subsección 1ª, donde están las reglas generales sobre la propuesta de convenio.

II. Supuestos concretos de contenido

1. Quita y espera

8. El primer objetivo de la propuesta de convenio ha de ser, por obvias razones derivadas del estado de insolvencia como imposibilidad actual o inminente de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, éste de reducir la cuantía del pasivo pendiente a cargo del deudor, o aplazar los vencimientos previstos, o ambas cosas a la vez. Así cabe afirmarlo a la vista del primer apartado del 317 donde la quita y espera aparecen como la primera referencia del contenido del convenio, con características bien definidas. Continúa así el TRLC la vieja tradición que siempre conectó la quita y la espera con las situaciones de crisis, ya fueran de insolvencia, de iliquidez, o de sobreendeudamiento del deudor, entendiéndose que ese era el remedio a convenir con los acreedores; y no sólo en el ámbito mercantil, donde se contemplaba tanto en el caso de la quiebra en el Código de Comercio, de aplicación privativa a comerciantes bajo aquel presupuesto objetivo del “sobreseimiento general en el pago de las obligaciones”, como en el de la suspensión de pagos en su propia Ley, sino también en el Código Civil, cuyos artículos 1917 y 1918 se referían al convenio de quita y espera habilitado para deudores no comerciantes. Derogado este Derecho Concursal histórico por la Ley Concursal de 2003, las proposiciones de quita, de espera, o de ambas, siguen constituyendo elemento fundamental de las propuestas de convenio.

9. Ante todo, se trata de un contenido obligado, que la propuesta de convenio debe incorporar, pues mientras que las demás proposiciones que acoge el precepto se presentan como posibilidades facultativas (“la propuesta podrá contener . . . , o podrá incluir . . .”), la propuesta “deberá contener proposiciones de quita, de espera, o de quita y espera”. La opción está en eso, en que contenga reducción, en más o menos cantidad, aplazamiento, con límite de diez años, o una combinación de ambos efectos, sea aumentando la espera sólo de los créditos no afectados por quita, si fuera el caso, sólo de los resultantes una vez aplicada la quita, sea de todos ellos; este es el margen que ofrece la fórmula legal, pues una de esas alternativas indicadas deberá figurar necesariamente en la propuesta. En todo caso, se trata de alternativas entre las que cabe optar por cualquiera de ellas, sea la quita, sea la espera, o bien combinarlas, como es frecuente hacerlo. La posibilidad de un convenio sin quita solo está expresamente contemplada en el artículo 320, como condición para poder incluir en la propuesta, que lo sería de un convenio de espera, una cláusula de intereses.

10. Dentro de este marco, las posibilidades casuísticas son ciertamente numerosas, tanto respecto de la quita, como de la espera, por separado, o de la combinación de ambas de manera conjunta. Así, por ejemplo, cabría una quita o espera, o ambas, de alcance diverso, esto es, desigual para unos u otros acreedores; más quita y menos espera, o menos quita y más espera; o solo quita, o solo espera, con mayor o menor cuantía o extensión para unos u otros acreedores, incluso tomando como base de cálculo el importe de los créditos para proponer una quita, o una espera, o ambas, con criterios de proporcionalidad, agrupando los créditos por tramos en razón de su importe para ofrecer un porcentaje de quita, o un tiempo de espera para cada tramo. Admitido este criterio de diversidad en la oferta, cabría plantear también la posibilidad de aplicar un criterio parcial o selectivo entre acreedores, y no para una oferta distinta a unos o a otros, como ya se ha comentado, sino para discriminar entre ellos, de manera que a alguno o a algunos se les ofrezca quita, o espera o ambas, y a otros solo quita, solo espera, o ninguna de las dos opciones, lo que supondría pagar a algunos acreedores de forma íntegra y puntual, mientras que otros, de aprobarse el convenio, quedarían afectados por la quita, la espera o ambas. Del texto legal no parece excluirse esa opción, pues el mandato del artículo 317 se cumpliría, ya que la propuesta de convenio contendría quita, espera, o ambas, aunque solo fuera para algunos acreedores y no para otros. Pero la configuración de los acreedores como una comunidad de pérdidas en el concurso podría ser un

inconveniente para este tipo de convenios discriminatorios, que permitirían alcanzar mayorías de aprobación mediante un cálculo oportuno de los créditos beneficiados, derivando de ello motivos para el rechazo judicial o para la impugnación por parte de los acreedores perjudicados.

11. Mientras que la espera no puede acordarse por plazo superior a diez años, no hay actualmente en la quita ningún límite, en ningún sentido. En el texto inicial de la Ley Concursal, en 2003, el artículo 100 no permitía quitas superiores a la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios, ni esperas más allá de los cinco años contados desde la aprobación judicial del convenio, si bien existía la posibilidad de superar tales límites, por decisión judicial motivada, en el caso de empresas de especial trascendencia para la economía, si ello formaba parte del plan de viabilidad y si recaía informe de la Administración económica competente, requisito éste que fue eliminado ya en la primera reforma de 2009, debido, entre otras razones, a la inseguridad que derivaba de la propia determinación de la Administración competente. Los límites, sin embargo, permanecieron hasta que las reformas de 2014 y 2015 los suprimieron para la quita, permaneciendo el de la espera en los citados diez años, pero formando parte del sistema de mayorías crecientes que recogía el artículo 124, a semejanza del que se había establecido en la Disposición Adicional Cuarta a propósito de la homologación de acuerdos de refinanciación y a fin de extender sus efectos a acreedores financieros no participantes o disconformes, con o sin garantía real, en los diversos supuestos que allí se contemplaban.

12. En todo caso, en el sistema actual, el alcance cuantitativo de la quita, aún sin límite máximo, y el de la espera, dentro de su límite, tiene también algunos efectos bien significativos. En concreto, las mayorías exigidas para la aceptación de la propuesta de convenio están relacionadas, en el sistema del artículo 376 del TRLC, con el volumen de las quitas y con la longitud de las esperas. Tal distinción, sin embargo, ya no se hace en el artículo 446, a propósito de la apertura de la sección sexta, de calificación del concurso, donde antes se distinguía, a estos efectos, entre convenios gravosos y no gravosos, de manera que en éstos no procedía el “riesgo” de la calificación del concurso, sin perjuicio de que volviera a surgir en caso de incumplimiento del convenio, conforme al 452, lo que supone que la calificación del concurso se producirá en todo caso, haya habido convenio o liquidación, y sea cual sea el contenido cuantitativo del convenio.

13. Finalmente, hay que destacar que, aprobada una propuesta de convenio, los créditos se verán directamente afectados por la quita, la espera, o ambas, de manera directa y en los términos del contenido del convenio; así, el artículo 398 se refiere a la eficacia objetiva del convenio, señalando que los créditos ordinarios y subordinados, y los privilegiados a los que se extienda tal eficacia, quedan extinguidos en la parte a que alcance la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de la espera. Pero este doble efecto, remisorio y de condonación en la cuantía, de postergación y prórroga en el vencimiento, sólo se hace definitivo con el cumplimiento del convenio; de no ser así, los créditos afectados vuelven a su estado original, pues si se produjera el incumplimiento, y la declaración de tal circunstancia adquiriera firmeza, las quitas, las esperas y cualesquiera otras modificaciones de los créditos que se pactaron en el convenio quedan sin efecto, como así lo establece el artículo 404.

2. Propositiones adicionales

14. Con una fórmula ciertamente genérica, el apartado 2 del artículo 317 permite que la propuesta de convenio pueda contener lo que denomina “proposiciones adicionales”, con un amplio margen de disponibilidad en número y en contenido, con la única limitación de las normas legales de naturaleza imperativa. La expresión es bien reveladora al respecto: “cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente o proponentes sin más limitaciones que las establecidas por la ley”.

15. En contraste con las proposiciones de quita y espera, que forman parte obligada del contenido de la propuesta, éstas proposiciones adicionales son estrictamente potestativas y voluntarias, como

de su propia naturaleza es fácilmente deducible. Se trata de ofertas añadidas, dirigidas a determinados acreedores en particular, previsiblemente con la intención de facilitar su aceptación del convenio, de lo que es un síntoma evidente el hecho de que la referencia antecedente, en el artículo 100, 2, de la Ley Concursal (en el texto de 2015, pues hasta entonces el artículo 100 sólo hablaba de proposiciones alternativas, no de adicionales), mencionara estas proposiciones adicionales a la vez que las proposiciones alternativas para todos o algunos acreedores, o clase de acreedores, con excepción de los acreedores públicos, indicando a continuación las distintas ofertas de conversión de créditos en un variado conjunto de opciones, que incluía “acciones, participaciones, cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, participativos, con intereses capitalizables, o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original”.

16. Lo que ha hecho el TRLC es diferenciar formalmente unas y otras modalidades de proposición: las adicionales, en este artículo 317, tienen un ámbito más amplio, como ahora se analizará, mientras que las de contenido alternativo, en los artículos 325 a 330, aparecen ejemplificadas en los supuestos de conversión de créditos que citaba el 100, 2, de la Ley Concursal, añadiendo la cesión en pago de bienes o derechos, también procedente del 100, 3, de la Ley Concursal, y la cesión de acciones o de efectos de la reintegración, que constituye novedad en el TRLC. Tal diferenciación, en todo caso, no impide apreciar la estrecha relación entre unas y otras proposiciones, de manera que una proposición alternativa se ofrezca precisamente como proposición adicional, o como una parte de ésta. La reiteración de los posibles destinatarios en ambos casos (todos o algunos acreedores, o clase de acreedores; todos o algunos créditos, o clases de créditos) y la respectiva amplitud de oferta (cuantas proposiciones adicionales considere convenientes; cualesquiera otras alternativas; sin más limitaciones que las establecidas por la ley en ambos casos) así parece confirmarlo.

17. La misma estrecha relación se observa respecto de las propuestas que atribuyan trato singular a determinados acreedores, que podrán presentarse formalmente como propuestas adicionales. A ellas se refiere el artículo 316, 2, conjuntamente con las de contenido alternativo, para exigir que los acreedores destinatarios firmen la propuesta de convenio en señal de aceptación cuando vayan a asumir en ella nuevas obligaciones, sin duda porque lo uno tendrá correspondencia con lo uno; y lo hace también el 378 para exigir que la aceptación de esa propuesta adicional que contenga trato singular a ciertos créditos o a grupos de créditos tenga el respaldo de la mayoría que corresponda y la adhesión o el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular contenido en la propuesta.

18. Finalmente, la amplitud con que está concebida la posibilidad de incluir proposiciones adicionales en la propuesta de convenio alcanza a todos sus aspectos: en el subjetivo, para los acreedores destinatarios; en el cuantitativo, para el número de proposiciones a presentar; y en el objetivo, para el contenido que pueden tener, en una clara muestra de la evolución hacia esa mayor “liberalización” en el contenido del convenio antes referida.

19. Las proposiciones adicionales pueden dirigirse a todos o algunos acreedores (o a alguno en particular), o a determinadas clases de acreedores, con la consabida exclusión de los acreedores públicos, objeto también aquí del conocido tratamiento especial, no exento de consideración crítica, por mucho que lo que pudiera constituir el objetivo de la proposición adicional (fraccionamiento y aplazamiento) se pueda alcanzar por otra vía. Salvo ésta, caben, por tanto, todas las opciones en este sentido: no hacer distinción alguna, hacer proposición adicional selectiva, sólo para algunos acreedores, con delimitación positiva o negativa, indicando a quienes se dirige, o a quienes se excluye, o hacer la indicación a través de una o varias clases, sin necesidad de que, en tal caso, esté a su vez incluida la clase entera. Por clase, a estos efectos, cabe entender cada una de las que constituyen referencia para la clasificación de los créditos en el artículo 269 (privilegiados, generales o especiales, ordinarios, subordinados), pero también cabría utilizar las que el artículo 287 considera subclases dentro de los créditos privilegiados (créditos laborales, financieros, comerciales y restantes), con expresa exclusión de los créditos públicos. Sin embargo, no parece que puedan utilizarse a estos efectos concursales las clases a las que se refieren

los artículos 622 y siguientes, que son las que se forman entre los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración preconcursal precisamente para votar agrupadamente la aprobación o no de dicho plan; se trata aquí de otro ámbito, el de la reestructuración preconcursal, y de otra técnica de formación de clases, por interés común de los integrantes, con una finalidad particular en este procedimiento, distinta de la que concurre en el ámbito del concurso, donde las clases de créditos tienen un objetivo último de ordenación de las preferencias de pago cuando llegue la liquidación, sin perjuicio de que puedan ser tomadas en consideración para fijar el alcance del contenido y efectos del eventual convenio concursal, que es el supuesto que aquí hay que tener en cuenta.

20. Por lo demás, llama la atención que este artículo 317, 2, se refiera expresamente como destinatarios de la proposición adicional a los acreedores, como también lo hace el 316, 2, a sus efectos, mientras que el 325, para las propuestas con contenido alternativo, y el 378, para las propuestas de trato singular, se refieran a los créditos, en vez de a los acreedores; pero no parece que de tal disparidad deriven consecuencias relevantes, pues cabe entender que ambas menciones son perfectamente complementarias: los destinatarios de las propuestas son siempre los acreedores a quienes se dirigen, pero lo que queda afectado por el contenido de las propuestas son sus créditos.

21. El margen de propuesta adicional no tiene un límite determinado: la expresión del precepto (“cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente o proponentes”) no deja lugar a duda. Podrá ser una para cada acreedor, una misma para un grupo, para una clase o parte de una clase, para todos, etc.; y cabrán varias propuestas alternativas (también el 325 habla de “cualesquiera otras alternativas”), o complementarias, para un mismo acreedor, varias para varios, o varias para todos, con ese mismo carácter, o cualquier otra combinación. Sin perjuicio de la esperable racionalidad de las diversas proposiciones adicionales, no hay en este aspecto cuantitativo un límite determinado de ellas, una vez que el precepto lo ha dejado a la simple conveniencia del proponente o proponentes, lo que también implica que, habiendo propuestas de convenio de diversos legitimados (deudor y acreedores), la variedad de propuestas, más o menos coincidentes o contrapuestas, puede ser notable.

22. Por último, la amplitud se manifiesta también en el contenido de las propuestas: tanto aquí, como en el caso de las propuestas de contenido alternativo, se utiliza la misma expresión (“sin más limitaciones que las establecidas por la ley”) y tampoco en las de trato singular hay mayor condicionamiento objetivo, hecha salvedad de los requisitos especiales de aceptación que indica el artículo 378. Tan amplio margen en el contenido remite entonces a lo que sean esas limitaciones legales, que habrán de estar expresamente establecidas: es el caso de las prohibiciones concretas del artículo 318, de la más genérica en el artículo 319, que impide someter a condición la eficacia del convenio, salvo en el caso de los concursos conexos, o de cualquier otra que derive de un mandato legal imperativo que contenga impedimento, sea en el TRLC, sea en cualquier otra disposición aplicable. Por supuesto, regla imperativa es también la que impone que la propuesta deba contener quita, espera, o ambas, por lo que no será admisible una proposición adicional que se presentara como sustitución o como alternativa de la obligada legalmente en cuanto al contenido indicado.

3. Modificaciones estructurales

23. El apartado tercero del artículo 317 recoge expresamente la posibilidad de que la propuesta de convenio incluya una modificación estructural, cuando el deudor sea una persona jurídica, conforme al texto resultante de la reforma de este apartado por la Disposición Final Segunda del Real Decreto-Ley de 28 de junio de 2023, que regula las modificaciones estructurales en su Libro I. En el texto anterior se mencionaban expresamente los supuestos de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, ahora sustituidos por esa remisión genérica a las modificaciones estructurales. La opción forma parte del ámbito voluntario del convenio y, aunque siempre fue admitida, no estaba expresamente mencionada en el originario artículo 100 de la Ley Concursal y fue introducida en su apartado tercero en reforma posterior

con la finalidad de caracterizarla como excepción frente a las prohibiciones de alteración de la clasificación o la cuantía de los créditos y del convenio liquidatorio.

24. Aunque la referencia a la persona jurídica deudora proporcione a tal opción un alcance más general, es evidente que la intención principal va dirigida a los deudores que son sociedad mercantil. El texto anterior planteaba algunas necesidades interpretativas, empezando por el propio carácter de la enumeración que contenía. El hecho de que contuviera una mención concreta a los tres supuestos de modificación estructural que citaba, y no una referencia genérica a las modificaciones estructurales, planteaba la duda de si estaban excluidas las no mencionadas, y más concretamente la transformación y el traslado del domicilio, que entonces regulaba la Ley de Modificaciones Estructurales de 2009. No hay duda ahora de que la transformación, en su doble supuesto de transformación por cambio de tipo, en el Derecho interno, y de transformación transfronteriza, con traslado de domicilio, tal como las distingue el Real Decreto-Ley de 28 de junio de 2023, que ha venido a trasponer la Directiva europea de 27 de noviembre de 2019, configurando un nuevo régimen de las modificaciones estructurales, está comprendida en la remisión genérica antes citada. Y menos duda ofrece el hecho de que, además de la transformación, las distintas modalidades de las modificaciones estructurales han de entenderse incluidas: esto es, la fusión con creación de nueva sociedad y por absorción, las fusiones simplificadas o asimiladas, la escisión total y parcial, sea con sociedades nuevas o con sociedades preexistentes como beneficiarias, la segregación y la cesión global de activo y pasivo, todas ellas a tenor de su configuración como tales en la citada disposición y, obviamente, en las dos modalidades (internas y transfronterizas) ahora reguladas.

25. Por su parte, el régimen de la correspondiente modificación estructural contenida en la propuesta de convenio será el previsto en el Real Decreto-Ley que regula estas figuras (Libro Primero, artículos 1 a 126), pues el hecho de que vaya a materializarse como consecuencia del cumplimiento de un convenio concursal no supone, con carácter general, variación alguna en su naturaleza, requisitos o efectos. De manera que el procedimiento establecido para llevar a cabo estas modificaciones (proyecto, informes, acuerdo de junta general, publicidad, escritura, inscripción, etc.) deberá observarse también en este ámbito concursal, lo que supondrá coordinar un doble itinerario, de un lado, en cuanto al procedimiento de aprobación del convenio, y, de otro, en cuanto al procedimiento de aprobación societaria de la modificación estructural, que tendrá lugar en la fase de cumplimiento del convenio, de manera que, si no se acuerda la modificación por la junta general, el convenio resultará incumplido y sobrevendrá la liquidación.

26. Cosa distinta es que algunos aspectos concretos de ese régimen de la modificación deban ser adaptados a ese contexto concursal, o incluso revisados en cuanto a su aplicación; así, por ejemplo, no parece que tenga sentido ejercer aquí el régimen de protección de los acreedores, previsto en el artículo 13 para obtener garantía adecuada de los créditos, que ha venido a sustituir al tradicional derecho de oposición, ya que esos acreedores habrán podido tener en cuenta las garantías ofrecidas con ocasión de la aceptación del convenio, o aplicar las reglas especiales de responsabilidad frente a acreedores del artículo 70, en el ámbito de la escisión, una vez que los acreedores han aceptado el convenio del que emana la operación y en el que habrán podido preverse estas circunstancias, como también ocurre con la formulación de un balance especial cuando la situación patrimonial del deudor está ya determinada en el seno del procedimiento concursal.

27. Ahora bien, esta posibilidad de adecuación de algunos aspectos del régimen de la modificación estructural propuesta en el convenio estará justificada, como mucho, en el caso de la sociedad concursada, pero hay que tener en cuenta que en algunas de las operaciones incluidas (fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, no en la transformación) participan otra u otras sociedades (la otra con la que fusiona la concursada para crear una nueva, la absorbente o la absorbida, según la posición que tenga la concursada, la escindida y la, o las, beneficiarias, la cedente y la cesionaria) que no estarán en concurso, aunque pudieran estarlo y contemplar la operación en su respectivo convenio; a estas sociedades participantes no concursadas les será de aplicación el régimen de las modificaciones sin otra

restricción, sin perjuicio de que resulte necesaria, en los términos del artículo 316, 2, del TRLC, su firma de aceptación, como tercero comprometido, en la propuesta de convenio si ésta contiene su compromiso de participar en la operación. Precisamente para solventar este aspecto, el nuevo artículo 317 bis, introducido en el TRLC de 2022 y también modificado en 2023, exige la firma de los representantes de todas las entidades participantes.

28. Finalmente, plantea problemas especiales, y de singular complejidad en muchos casos, la coordinación de los efectos más propios de las modificaciones estructurales, como son la extinción de todas o alguna de las sociedades participantes y, sobre todo, la sucesión universal en el conjunto del patrimonio de la extinguida por otra sociedad (absorbente, beneficiaria, cedida) que, en condiciones normales, se subrogaría en su posición, pero que, en el caso de la sucesión de una sociedad concursada, no parece razonable que eso ocurra si la subrogada no está en situación de insolvencia; más bien habrá de subrogarse entonces en la satisfacción de los créditos pendientes, en el estado que éstos resulten del convenio aprobado, lo que puede suponer una reducción de la cuantía, o un aplazamiento, en virtud de la quita o espera que se haya acordado, pues cabrá la posibilidad de que ambas cosas, la quita o espera y la modificación estructural se combinen de manera conjunta en el contenido de la propuesta de convenio. Distintos, en todo caso, son los problemas derivados de la realización, antes de la declaración del concurso, de modificaciones estructurales que, por su carácter perjudicial, pudieran ser objeto de acciones de reintegración que pretendan su revocación, como distintos, y especiales, lo son también los supuestos en que la modificación estructural forme parte de un plan de reestructuración preconcursal homologable, teniendo en cuenta las peculiaridades del artículo 631 en cuanto a la adopción del correspondiente acuerdo por los socios de la sociedad deudora.

29. Como acaba de indicarse, la reforma del TRLC de 2022 ha incorporado el nuevo 317 bis, que viene a complementar, reiterándolo en parte, lo que ya establecía el apartado 3 del artículo 317, que también se mantiene en el nuevo texto, afectados ambos por la reforma derivada del Real Decreto-Ley de 23 de junio de 2023, que ha sustituido en ambos la parcial enumeración de supuestos por una remisión genérica a la categoría de las modificaciones estructurales, lo que permite incluir a todas ellas, como bien lo muestra el apartado segundo al mencionar a la sociedad transformada, siendo así que en el texto anterior no aparecía la transformación.

30. Cabe, desde luego, pensar si no hubiera sido más conveniente poner en común ambos elementos, bien incorporando lo que ahora añade el 317 bis a ese apartado 3 del 317, bien unificando en el nuevo 317 bis lo que mantiene el 317, 3, dada la coincidencia, al menos entre el 317, 3, y el primer inciso del 317, bis, 1. Ciertamente, entre uno y otro texto puede apreciarse una diferencia de matiz: en el 317, 3, se contempla la posibilidad de que la propuesta de convenio incluya una modificación estructural (transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada), por lo que se refiere a tal hipótesis en abstracto, como una eventualidad genéricamente permitida, mientras que el 317 bis, parecería referirse más bien a algunos requisitos exigibles cuando la propuesta de convenio incluya de manera efectiva una modificación estructural, con mención de las mismas variantes de esta categoría. En todo caso, este supuesto “salto de la potencia al acto” no hubiera impedido la unificación del texto doble en un único precepto que contemplara la “propuesta de convenio con modificación estructural”, al igual que otros artículos contemplan a continuación modalidades singulares de propuesta de convenio con contenido particular, a fin de establecer las reglas propias que les son aplicables.

31. Dicho esto, lo que hace el nuevo artículo 317 bis en su primer apartado es añadir un requisito perfectamente lógico a esta propuesta de convenio: cuando la propuesta contenga la realización de una modificación estructural de la persona jurídica concursada, teniendo en cuenta que en ella podrán ser parte otras entidades que vayan a participar en la modificación, se exigirá la firma del respectivo representante, con poder suficiente, además de quien ostenta la representación de la propia persona jurídica. La regla, más allá de su carácter específico en este caso, viene a tener un significado similar al que tiene la del 316, 2, cuando la propuesta contenga compromisos a cargo de acreedores o terceros, como los que allí se citan.

32. Sin embargo, el requisito de la firma, a pesar de su aparente simpleza, plantea algunas cuestiones, principalmente de naturaleza societaria, que conviene matizar.

33. En primer lugar, la firma en la propuesta habrá de exigirse adecuándolo a cada supuesto: si la sociedad concursada va a fusionarse con otra para crear una nueva, se exigirá la firma de la otra sociedad fusionada; si la concursada va a ser absorbida o absorbente, se exigirá, respectivamente, la firma de la absorbente o de la absorbida; si la concursada se escinde en favor de beneficiarias preexistentes, la firma de cada una de éstas, pero si se escinde en favor de beneficiarias de nueva creación, habrá que tener en cuenta que éstas aún no existen en el momento de presentar la propuesta; y criterio similar se aplicará en la cesión global de activo y pasivo. Las otras modificaciones estructurales, concretamente la transformación, sea la que ahora se identifica como “cambio de tipo” en el ámbito del Derecho interno, sea la que el nuevo régimen de las modificaciones estructurales regula como transformación transfronteriza con cambio de domicilio, a partir de la trasposición de la Directiva de 27 de noviembre de 2019 por el Real Decreto-Ley de 28 de junio de 2023, no plantearía cuestión a este respecto, tratándose de operaciones unilaterales en que solo participa la sociedad concursada.

34. La otra cuestión relevante sería la que atañe a la suficiencia del poder de representación para la firma. Tratándose de administradores de sociedades, su poder de representación suficiente deriva de la posición orgánica que ocupan en virtud del nombramiento, la aceptación y la inscripción registral, como así se deduce tradicionalmente de las competencias legalmente atribuidas en los artículos 209 y 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital. Con eso bastará para la firma de la propuesta con suficiencia en el poder de representación; otra cosa será la necesidad de que, en el cumplimiento del convenio, deba recaer acuerdo de la junta general de la sociedad correspondiente para aprobar la correspondiente modificación estructural, aunque no cabría excluir la posibilidad de que las sociedades participantes, si los administradores lo han previsto así, hayan celebrado junta general previamente para asumir la propuesta de modificación estructural en que van a implicarse si el convenio resultara aprobado.

35. Además, el apartado 2 del nuevo artículo 317 bis ha establecido una prohibición particular para los supuestos de convenio con modificación estructural, que afecta no tanto a la propuesta de convenio con ese contenido, sino a la propia operación que vaya a realizarse en cumplimiento del convenio. Se trata de un límite patrimonial, con el que se pretende que la modificación estructural convenida no provoque situaciones negativas en las sociedades participantes, de tal modo que, más allá del efecto que pudieran tener para la sociedad concursada, incluso favorable por el hecho del cumplimiento del convenio, el impacto negativo en las sociedades participantes, o resultantes, sea causa de nuevas crisis para ellas, incluso en forma de insolvencias y nuevos concursos. Tal limitación, en efecto, aparece formulada como una prohibición absoluta (“en ningún caso”), con lo que, si el efecto de “transfusión patrimonial negativa” que se trata de impedir se percibiera ya en la propuesta de convenio, daría lugar a la inadmisión a trámite de ésta, mientras que si se pusiera de manifiesto en el propio convenio, aceptado ya por los acreedores, habría de negarse la aprobación judicial prevista en el artículo 381, bien directamente por el juez, bien como consecuencia de la impugnación formulada por acreedores no adheridos, o por la administración concursal., conforme al artículo 382 y siguientes.

36. Menciona el precepto como sociedades a proteger frente a este impacto negativo a la sociedad transformada, por si el cambio de tipo o el cambio de domicilio a otro país, según el supuesto de transformación de que se trate, produjeran menoscabo patrimonial en la adaptación al nuevo tipo o al nuevo régimen legal del país de destino; a la sociedad absorbente, en la que el riesgo procede precisamente de la incorporación del pasivo, por sucesión universal de la sociedad absorbida que se extingue, que será generalmente la sociedad concursada; a la nueva sociedad, resultante de la fusión de la sociedad concursada con otra, por el mismo efecto sucesorio en el pasivo; a las sociedades beneficiarias de la escisión, se entiende que de la sociedad concursada, que es la escindida que traspasa su patrimonio negativo a aquéllas; o a la sociedad cesionaria, por ese mismo motivo, si bien lo mismo ocurrirá si las cesionarias son varias sociedades. En la enumeración no se hace distinción en cuanto a que el resultado

patrimonial negativo se produzca en otras sociedades participantes o en la propia sociedad concursada; y habrá que entender que ambas situaciones están incluidas, pues lo que se pretende es que ni aquéllas, ni ésta lleguen a tener el patrimonio neto negativo que se menciona. Así, la sociedad absorbente puede ser otra distinta, o la propia concursada, lo mismo que una u otra pueden ser las beneficiarias de la escisión, o las cesionarias de la cesión global, alcanzando a todas la prohibición. No ocurrirá eso con la nueva sociedad en una fusión con creación, pues la concursada, lo mismo que otra u otras que participan, habrán quedado extinguidas; sin embargo, no se menciona en la escisión parcial a la escindida, sino solo a las beneficiarias, tanto en la escisión total, como en la parcial, siendo así que la prohibición de llegar a tener patrimonio neto negativo también debiera alcanzar a la sociedad escindida que permanece, tanto si es la concursada, como si es otra sociedad que transmite parte de su patrimonio a la concursada como beneficiaria.

37. Finalmente, el presupuesto objetivo de la prohibición es que las sociedades mencionadas “lleguen a tener patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural” acordada en el convenio. Ello ocurrirá si el pasivo que reciben en la operación, por sí mismo o acumulado al que ya tuvieran antes de la modificación, es superior al activo, incluyendo igualmente en éste tanto el que tuvieran como el que reciban, lo que habrá que entender adaptado a cada situación (por ejemplo, la absorbente, o las beneficiarias y cesionarias, si no son de nueva creación, ya tienen previamente activo y pasivo, mientras que la nueva sociedad resultante de la fusión tiene solamente el activo y pasivo que recibe de las fusionadas, una de las cuales será la concursada. La situación patrimonial negativa tiene que ser, además, consecuencia de la modificación estructural, pues lo que se prohíbe es que sea resultado o efecto de ella (la expresión “llegar a tener un patrimonio neto negativo” así quiere indicarlo), o, dicho en otros términos, que se provoque esa situación de desbalance en una sociedad que no la tenía antes de realizarse la modificación estructural correspondiente, lo que hace pensar que el ámbito más reconocible para que tal prohibición opere será previsiblemente el de las modificaciones estructurales intragrupo, que buscan trasladar el pasivo de una filial a otra, preexistente o nueva, prolongando así la situación deficitaria del grupo.

III. Las prohibiciones del contenido del convenio

38. La amplitud de contenido del convenio que se ha venido mencionando, y que tiene su clara expresión en las diversas modalidades que el TRLC acoge en esta Sección 2ª, del Capítulo I, del Título VII, tiene también algunas limitaciones, que se muestran como prohibiciones de distinta naturaleza y alcance. Así lo indica el artículo 318, que contiene un conjunto de prohibiciones directas y expresas; pero no son las únicas. Junto a ellas, hay alguna otra prohibición, igualmente directa, como es el caso de las propuestas condicionadas del artículo 319, con la excepción de los concursos conexos, y con la consecuencia de que, lejos de tener la condición por no puesta, es la propia propuesta la que se tiene por no presentada.

39. Pero hay también prohibiciones indirectas, que hay que entender como implícitas cuando, al exigirse un determinado contenido para la propuesta de convenio, se está afirmando la prohibición de cláusulas que lo obvien o contradigan, sea de forma positiva o negativa; así, si la propuesta de convenio con asunción (artículo 324) exige compromiso de continuidad de la actividad por el adquirente, por tiempo mínimo, y de obligación de pago, no cabría liberarle de tales obligaciones; o si la propuesta de convenio con cesión en pago no permite ceder bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado, no cabrán propuestas en que esté permitida esa cesión.

40. Señalado esto, el artículo 318 recoge dos supuestos de prohibición: la que se refiere a la protección de los créditos, impidiendo alterarlos, sea en su cuantía, sea en su calificación, y la que se refiere al respeto de la propia naturaleza del convenio que es la que impide que la propuesta consista en la liquidación de la masa activa para satisfacer los créditos.

1. Las prohibiciones referidas a los créditos

41. De las dos prohibiciones de alteración de los créditos que acaban de mencionarse, la primera se refiere a la cuantía que venga legalmente establecida, debiendo entenderse por tal la que finalmente figure en la lista de acreedores del artículo 285, que, conforme al artículo 293, acompaña como anejo, junto al inventario de la masa activa, al informe que debe presentar la administración concursal en el tiempo y forma que regulan los artículos 289 y siguientes. Tal prohibición de alterar la cuantía alcanza tanto a los créditos concursales, como a los créditos contra la masa, enumerados en el artículo 242, pues, ni este artículo 318 hace distinción, ni se trata de créditos ajenos a la lista de acreedores, como lo demuestra el hecho de que el artículo 288 mande detallarlos y cuantificarlos en una relación adjunta a la lista de acreedores.

42. La cuantía de referencia debe estar ya inicialmente indicada en la comunicación del crédito que el acreedor titular debe hacer a la administración concursal, en los términos de los artículos 255 y siguientes, como así lo indica el artículo 256 al precisar el contenido de la comunicación, que debe incluir los datos relativos al crédito, entre los que expresamente se cita ya la cuantía. Una vez que el crédito comunicado haya sido reconocido por la administración concursal, siguiendo las reglas de los artículos 259 y siguientes (donde aparecen supuestos especiales de reconocimiento con efecto sobre la cuantía), pasará a formar parte de la lista de acreedores, en cuyo contenido consta expresamente la cuantía por principal y por intereses a que se refiere el artículo 286, teniendo en cuenta para la fijación de los intereses las reglas de los artículos 152, sobre devengo, y 320, sobre cláusula de intereses. No se olvide, además, por la relación tan directa que tiene con la determinación de la cuantía, que el artículo 267 ordena que todos los créditos que se reconozcan se computen en dinero y se expresen en moneda de curso legal, sin que ello suponga conversión ni modificación del crédito, pues se realiza a los solos efectos de la cuantificación del pasivo.

43. En todo caso, la cuantía así reconocida puede ser objeto de impugnación. En efecto, la impugnación de la lista de acreedores, regulada en los artículos 297 y siguientes, puede referirse tanto a la inclusión o exclusión de los créditos, como a la cuantía o clasificación de los reconocidos, tal como expresamente lo indica el artículo 298, 2. Si esto ocurre, y la impugnación prospera, la lista de acreedores resultará modificada en lo que se considera el “texto definitivo” de los artículos 304 y siguientes, sobre el que sólo procederán ya las modificaciones que, de forma precisa, enumera el artículo 308; entre ellas, el apartado tercero se refiere a las que tengan lugar “cuando se dicten resoluciones judiciales en el concurso de las que resulte, entre otras, la modificación del importe de un crédito concursal”.

44. Descrito así el marco en que queda fijada en las distintas situaciones “la cuantía de los créditos establecida por esta ley” que no puede alterarse en una propuesta de convenio, hay que añadir la salvedad, expresamente invocada en el precepto, de los efectos de la quita o quitas que pudiera contener la citada propuesta. Se trata, obviamente, de una circunstancia distinta: una cosa es que la propuesta no pueda suponer alteración de la cuantía de los créditos, y otra bien distinta que, si se propone quita para algún crédito, o quitas para varios o para todos, y el convenio resulta aceptado por los acreedores y aprobado por el juez, los créditos afectados queden extinguidos en la parte a que alcance la quita, como expresamente lo reconoce el artículo 398, al referirse a la eficacia objetiva del convenio. La quita, en suma, no es una alteración de la cuantía, que se proponga como tal, sino el efecto remisorio de un convenio aprobado, hasta el punto de que, si el convenio resulta incumplido, el crédito retornará sin alteración a su estado originario, quedando sin efecto la quita, según prescribe el artículo 404.

45. Tras la prohibición de alterar su cuantía, la otra prohibición de alteración alcanza también a la clasificación de los créditos que resulte de lo establecido en la ley, y en términos muy similares a lo indicado respecto de la cuantía, pues la asignación de cada crédito a una de las clases previstas sigue el mismo procedimiento antes indicado. En efecto, también la comunicación del crédito, a tenor del artículo 256, ha de expresar sus características y la clasificación que se pretenda, lo mismo que el reco-

nocimiento es inseparable de la clasificación de los créditos concursales en alguna de las categorías previstas en los artículos 269 y siguientes, de modo que en la lista de acreedores se exprese la “calificación jurídica de cada uno de los créditos de que el acreedor fuera titular” (286, 1). Igualmente, la clasificación de los créditos reconocidos puede ser motivo de impugnación de la lista de acreedores (298, 2), dando lugar al “texto definitivo”, con los cambios que proceda (304), y, en su caso, a las modificaciones que puedan afectarle, entre ellas la que supone modificación de la clase del crédito (308, 3°).

46. El régimen de la clasificación de los créditos concursales constituye un aspecto ciertamente complejo en el seno del procedimiento concursal, que no procede examinar aquí en detalle, pues las conocidas clases de créditos (privilegiados, ya sea el privilegio especial o general, ordinarios, y subordinados) tienen en el TRLC un desarrollo notablemente detallado en el Capítulo III del Título V (De la masa pasiva), que abarca los artículos 269 a 284. Conviene simplemente añadir una doble precisión: por un lado, que la prohibición de alteración de la clasificación debe extenderse también a las clases en que el artículo 287 “subclasifica” a los créditos privilegiados (de derecho público, laborales, financieros y restantes, entre los que se incluyen los acreedores por operaciones comerciales); por otro, que, a falta de distinción en este 318, 1, 2°, la prohibición de alteración debe igualmente alcanzar a la atribución de la naturaleza de créditos contra la masa a aquellos que figuren en la relación adjunta a la lista de acreedores, a la que se refiere el artículo 288.

2. La prohibición del convenio liquidatorio

47. El número 3° del primer apartado del artículo 318, que en el texto anterior figuraba como apartado segundo, sin que haya variado el contenido, prohíbe que la propuesta de convenio consista en la liquidación de la masa activa para satisfacción de los créditos. Se trata, sin duda, de una prohibición singular, de distinto carácter a las anteriores, lo que justificaba su expresión diferencia en el precepto, y justifica ahora su análisis particularizado.

48. Tal prohibición es la consecuencia evidente del carácter alternativo que el convenio y la liquidación tienen en el procedimiento concursal, de donde deriva una incompatibilidad, que hace imposible la simultaneidad de ambas formas de solventar y concluir el concurso. La regla tiene varias manifestaciones, en distintos momentos y con distinta finalidad, a lo largo de dicho procedimiento: así, por ejemplo, el artículo 315, 2 impide presentar propuesta de convenio si el concursado ha solicitado la liquidación de la masa activa, lo que puede hacer en cualquier momento (artículo 406), mientras que el 318, 1, 3°, prohíbe que, habiendo optado por presentar propuesta de convenio, el contenido de ésta tenga suponga la liquidación efectiva de la masa activa para satisfacer los créditos, siendo así que el convenio está típicamente vinculado a la continuidad de la actividad del deudor en las condiciones aceptadas con sus acreedores y aprobadas por el juez. Por eso se exige un plan de viabilidad en los términos del artículo 332 y por eso, estando el convenio en fase de ejecución, la liquidación sólo procederá si se declara su incumplimiento (409, 1, 5°), o desde que se conozca la imposibilidad de cumplirlo (407). Esa es también la razón por la que el artículo 342, 3, no permite admitir a trámite propuestas de convenio ya presentadas si el concursado ha solicitado la liquidación, y por la que, conforme al artículo 346, quedarán sin efecto las propuestas de convenio ya admitidas a trámite si el concursado solicita la liquidación. En el sentido inverso, el artículo 340 ordena al juez acordar de oficio la apertura de la fase de liquidación si, cumplidos los plazos, no se han presentado propuestas de convenio o no han sido admitidas a trámite las presentadas.

49. Hasta ahí, la prohibición es clara y justificada, y así estuvo establecido en los textos concursales precedentes, ya desde la Ley de 2003, cuyo artículo 100, 3, incluso con más énfasis, indicaba que “en ningún caso la propuesta de convenio podrá consistir en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas”, extendiendo entonces la prohibición a la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos., extremo éste que resultó

posteriormente matizado al admitirse la cesión en pago de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor y cuyo valor no superara el del crédito a extinguir por la cesión. Es precisamente de esta evolución permisiva, que ha ido permitiendo que el convenio produzca alteraciones en la masa activa, de donde surge la necesidad de combinar el alcance de la prohibición del convenio de liquidación con la posibilidad de acometer ciertas modalidades de reestructuración concursal, que implican enajenaciones y cesiones patrimoniales, a través del convenio; a tal fin, no deja de resultar útil la referencia a la “liquidación global” como objeto de la prohibición, en la medida en que permite un ámbito de operaciones patrimoniales que no tienen ese alcance, o que sólo suponen liquidación parcial, a pesar de que el texto del 318 no ha recogido tal calificativo.

50. En efecto, la posibilidad de que la propuesta de convenio contenga previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial (323), o de cesión en pago a los acreedores de bienes y derechos de la masa activa como contenido alternativo (329), o de cesión de acciones o efectos de la reintegración (330), implica algún grado de efecto patrimonial liquidatorio, aunque no suponga liquidación global. Más efecto tiene aún, en ese sentido, la posibilidad del convenio de asunción (324), que entronca con los supuestos de enajenación de bienes y derechos de la masa activa permitidos en el artículo 206, como excepción al deber de conservación (204) y a la prohibición general de enajenación, precisamente hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación (205), y muy especialmente cuando se trate de unidades productivas (215 y siguientes), que es lo que este tipo de propuestas de convenio pretende, a través de la adquisición del conjunto patrimonial afecto a la actividad del deudor, o de determinadas unidades productivas, con compromiso de continuidad y obligación de pago.

51. No dejaba de ser revelador el hecho de que estas opciones de convenio citadas (la cesión en pago y la asunción o adquisición del conjunto patrimonial o de unidades productivas, en concreto) eran también opciones de liquidación que el antiguo artículo 417 contemplaba en el contexto de los “criterios legales de elaboración del plan de liquidación”, actualmente sustituidos por las “reglas especiales de liquidación”, que puede fijar el juez en los términos del artículo 415, una vez que el Texto refundido vigente ha derogado los artículos 416 a 420, donde se regulaba el plan de liquidación, que entonces elaboraba el administrador concursal y aprobaba el juez. Lo que permitía concluir que la prohibición absoluta del convenio de liquidación admitía cierta graduación de forma expresa, con el razonable objetivo de alcanzar por convenio soluciones que podrían parecer más propias de la liquidación, mientras que en el modelo actual de liquidación habrá de ser el juez quien incorpore esas opciones a las reglas especiales, para lo que dispone de un amplio margen de decisión (reglas especiales que considere oportunas, indica el artículo 415), previa audiencia o informe del administrador concursal. En todo caso, circunscribir la prohibición del 318, 1, 3º, a los supuestos de liquidación global de la masa activa para satisfacción de los créditos, admitidas como están, o pueden estar, las opciones citadas, parece una consideración razonable.

3. Las nuevas prohibiciones de la propuesta de convenio

52. El TRLC de 2022 ha añadido finalmente a las prohibiciones ya comentadas, procedentes todas ellas del texto anterior, estas dos nuevas, en los apartados 2 y 3 del artículo 318. Ambas están dirigidas a preservar los concretos créditos que en ellas se indican de forma particular, con distinta técnica y con distintas medidas, lo que aconseja tatar cada una de las prohibiciones separadamente.

53. La primera de las nuevas prohibiciones está dirigida a proteger indistintamente los créditos públicos y los créditos laborales, mediante un conjunto de medidas limitativas del contenido de la propuesta de convenio, que añaden más intensidad a lo que ya es una orientación prácticamente general, en el concurso y en el precurso, de favorecimiento de esas categorías de créditos, hasta el punto de que esté suficientemente extendida su consideración, especialmente en el caso del crédito público, como crédito privilegiado al que no alcanzan muchos de los efectos que derivan para los demás créditos de

la situación de crisis del deudor. Por más que tal circunstancia haya sido ampliamente criticada, más en relación con el crédito público que con el crédito laboral, la reforma de este artículo 318 ha ampliado la singularidad de idéntica manera para ambos créditos con cuatro prohibiciones en el contenido de la propuesta de convenio.

54. Se hace necesario, antes incluso de examinar el alcance de cada una de las prohibiciones, delimitar su campo de aplicación, pues la propia estructura gramatical del apartado 2, donde se enumeran, suscita alguna duda interpretativa. En efecto, si se lee el texto en sus propios términos podría pensarse que solo la primera prohibición (el cambio de ley aplicable) está referida a los créditos públicos y laborales, mientras que las demás tendrían aplicación general, pues no están enlazadas en una serie o sucesión única (lo hubieran estado de haberse introducido cada una con la conjunción negativa “ni”), si no que están separadas por un signo (punto y coma) que parece darles identidad propia al romper la vinculación gramatical con el primer inciso donde están mencionados los créditos públicos y laborales. Hágase así la simple lectura y podrá comprobarse que esta interpretación es gramaticalmente factible. Sin embargo, parece evidente que la intención del legislador al agrupar ese conjunto de prohibiciones en este apartado, más allá de la deficiencia literal, era referirlas exclusivamente a los créditos públicos y laborales; incluso solo así se explica la enumeración, pues de otro modo, si se pretendiera su aplicación general, no tendría sentido, por ejemplo, prohibir la conversión de los créditos (de todos los créditos, y no solo de los públicos y laborales) en acciones o participaciones sociales, cuando esta opción constituye precisamente una modalidad lícita del contenido alternativo de la propuesta de convenio prevista en los artículos 327 y 328. Aclarado, pues, este aspecto en el sentido indicado, las cuatro prohibiciones que se han introducido de nuevo tienen, cada una de ellas, su particular significado.

55. En primer lugar, la propuesta de convenio no puede suponer para los citados créditos “el cambio de la ley aplicable”; prohibición que llama la atención, pues no parece posible que un convenio concursal pueda tener como efecto el cambio de la ley aplicable, sea a estos créditos, o a otros de distinta naturaleza, lo que alcanza tanto a su inaplicación, sustituyendo la ley aplicable por otra, como a su modificación, si esto es lo que se hubiera querido prohibir con la referencia al cambio de ley aplicable. Lo que sí podría ocurrir es que el convenio alterara las circunstancias, de hecho o jurídicas, que determinan la aplicación de una determinada legislación, con el objetivo, o con el efecto, de que resulte aplicable otra distinta. Eso sucedería si, por ejemplo, se alterara en el convenio algún elemento del crédito en cuestión para que no le resultara aplicable la legislación administrativa, si era público, o la legislación laboral, si tenía este carácter. Y eso es lo que el nuevo precepto ha querido prohibir de manera específica para estos créditos, si bien tal prohibición tal vez se hubiera podido entender ya derivada, en este aspecto, de la que contiene el nº 2 del apartado 1 de este mismo artículo, donde se prohíbe alterar la clasificación de los créditos establecida en la propia ley concursal.

56. En segundo lugar, se prohíbe “el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago”. Se trata, pues, de que el deudor concursado mantenga esa condición respecto de los créditos públicos y laborales, aunque cambie respecto de los demás créditos. En efecto, se habrá producido cambio de deudor si la propuesta fuere de convenio con asunción, previsto en el artículo 324, que conlleva “obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales” por parte del adquirente; o, en caso de convenio con modificación estructural, previsto en el 317 bis, que supone transferencia de activo y pasivo, por sucesión universal, de la concursada a una sociedad absorbente, o a la beneficiaria de la escisión, o a la cesionaria, con el consiguiente cambio de deudor; o, incluso, si se ha producido la enajenación de unidades productivas de la concursada, con efecto de sucesión de empresa y con obligación de pago, aunque solo en los términos de los artículos 221 y 224, que parecen necesitados de alguna coordinación con este nuevo 318, 2, precisamente en cuanto a la permanencia como deudor del concursado. En esos casos ese cambio de deudor supondrá la subrogación del adquirente o sucesor, como nuevo deudor, respecto de todos los créditos concursales, también de los públicos y laborales que corresponda; sin embargo, y como consecuencia de la prohibición, el deudor concursado lo seguirá siendo respecto de estos créditos, aunque deje de serlo

respecto de los demás, asumidos por el tercero, ya que la asunción no le libera de la obligación de pago. Y habrá que entender que, concurriendo obligación de pago de ambos deudores respecto de los mismos créditos públicos y laborales, su responsabilidad será solidaria, si bien con los límites de la quita, espera, fraccionamiento o aplazamiento a que haya lugar, en virtud del convenio que se apruebe o de los acuerdos que se alcancen.

57. La tercera prohibición alcanza a “la modificación o extinción de las garantías que tuvieren” los créditos públicos y laborales. De nuevo aquí, la amplitud de contenido de la propuesta de convenio que está recogida en el artículo 317 permitirá modificar o extinguir garantías, sea para cambiar la estructura de las existentes, sea para sustituirlas por otras, sea simplemente para eliminarlas, si así resulta del convenio aprobado. Eso no será posible respecto de los citados créditos. Ya el propio 317, 2, al ofrecer la abierta posibilidad de que la propuesta de convenio, además de quita y espera, contenga “las proposiciones adicionales que considere convenientes”, remite a “las limitaciones establecidas por la ley”; pero también, lo que es más significativo a estos efectos, excluye expresamente a los acreedores públicos de la amplia referencia a “todos o algunos de los acreedores, o determinadas clases de acreedores”, como destinatarios de estas proposiciones adicionales. No excluye a los acreedores laborales, lo que implica que, para éstos, habrá que acudir a las prohibiciones específicas que les afecten, como es el caso de las enumeradas en este 318, 2, entre las que figura ésta de la modificación o extinción de las garantías que tuvieren. No será posible, por tanto, variar algún aspecto de las garantías existentes (ni la modalidad, cambiando una hipoteca por una prenda, o por una garantía personal, por ejemplo; ni las condiciones, económicas, de cuantía, temporales, etc., de la garantía; ni para reducir la garantía, por supuesto, ni para ampliarla, pues también esto supone modificación); tampoco será posible eliminar las garantías existentes, aunque sea para sustituirlas por otras nuevas y distintas. Lo que no parece que esté impedido es añadir garantías diversas a las existentes, pues la prohibición se refiere exclusivamente a modificar o extinguir las que tuvieren previamente los créditos, de manera que añadir otras, permaneciendo sin variación las existentes, no estaría dentro del ámbito de la prohibición.

58. Por último, la cuarta prohibición se refiere a la “conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos a aquellos que tuviere el crédito originario”. También ocurre aquí que esta opción de conversión está contemplada como válida posibilidad de una propuesta de convenio de contenido alternativo, en los términos de los artículos 327 y 328, de manera que lo que la prohibición hace es vetar tal opción de conversión para los créditos públicos y laborales. La cuestión que se plantea es que en estos preceptos la enumeración de lo permitido es más amplia que la que hace el 318, 2, para lo prohibido de forma expresa, lo que pudiera suscitar duda respecto al alcance exacto de la prohibición. En efecto, en el 327 se mencionan expresamente las cuotas, las obligaciones convertibles de la sociedad concursada o de otra sociedad, los créditos participativos, pero solo por periodos no superiores a diez años, los créditos subordinados y los créditos con intereses capitalizables, mientras que en el 318, 2, lo que se prohíbe expresamente es la conversión en acciones o participaciones sociales, créditos o préstamos participativos. Ocurre, sin embargo, que las dos enumeraciones se cierran con una remisión genérica, amplia y abierta a “cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de los que tuvieran los créditos originarios”, en el 327, para lo permitido, y a “cualquier otro crédito de características o de rango distintos a aquellos que tuviere el crédito originario”, en el 318, 2, para lo prohibido. El significado de la fórmula vista su casi completa similitud, es evidente: lo que se pretende es facilitar cualquier tipo de conversión de los créditos concursales en general, alterando su carácter, su rango o su vencimiento, y, a la vez, impedir cualquier tipo de conversión en los créditos públicos y laborales, de manera que no se alteren las características o el rango que tengan los créditos originarios. De manera que cualquier conversión que estuviera habilitada por la remisión genérica del 327, estaría igualmente prohibida para los citados créditos por la misma remisión genérica del 318, 2, y muy especialmente en el caso de las opciones de conversión del 327 (cuotas, obligaciones convertibles, créditos subordinados, o con intereses capitalizables) que, no estando expresamente mencionadas en el 218, 2, estarían igualmente cubiertas por la variante genérica de la prohibición de toda conversión en crédito distinto al originario.

59. La otra prohibición de nuevo cuño es la incorporada en el apartado 3 de este artículo 318. Se trata ahora, con una estructura ciertamente más simple que la del apartado anterior, de dejar a salvo de la quita y la espera ciertos créditos de los que es titular acreedora la Seguridad Social: de un lado, los créditos correspondientes a los porcentajes de las cuotas de la seguridad social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales; de otro lado, los créditos correspondientes a los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

60. Más allá del alcance concreto de cada concepto de cotización, aspecto que hay que remitir a la legislación correspondiente aplicable a la materia, lo que el precepto supone es una excepción tajante a lo que es el contenido más común, por obligado, de las propuestas de convenio, tal como está concebido en el artículo 317, 1, esto es, la quita y la espera, de modo que los créditos devengados por la Seguridad Social frente al deudor, empresario concursado, e impagados por éste, sea en la parte de la que es deudor directo, sea en la parte que retiene del salario del trabajador, por corresponder a éste, para ingresarla a la Tesorería de la Seguridad Social, permanezcan íntegros en cuantía y puntuales en vencimiento, ya que la prohibición afecta tanto a la quita como a la espera. Tales créditos, por tanto, pasarán incólumes por la propuesta de convenio y por éste, si resulta aprobado, sin ninguna alteración en esos aspectos, de cuantía y vencimiento, sin duda porque se trata de créditos especialmente protegidos por su carácter social, incluso más allá de su carácter público. Recuérdese que en el propio artículo 318, 1, 1º, se prohíbe alterar la cuantía de los créditos legalmente establecida, pero se dejan a salvo la quita o quitas que pudiera contener la propuesta de convenio; de manera que lo que hace este apartado 3 del precepto en definitiva es introducir una excepción a la excepción, prohibiendo la quita, como también la espera, de estos créditos sociales, con lo que, para ellos, la prohibición de alterar la cuantía, además del vencimiento, es absoluta.

IV. Consideración final

61. Hasta aquí este análisis general de la doble dimensión, positiva y negativa, opciones y prohibiciones de contenido, de la propuesta de convenio. Como ya se advirtió al comienzo hay luego todo un conjunto de modalidades especiales de propuesta de convenio, llenas de variedad, de requisitos y de efectos, que no se han considerado en estas líneas, salvo para establecer alguna consideración comparativa o interpretativa, en lo que pueden tener de variante singular respecto de la propuesta de “convenio común”. Baste enumerarlas, tal como están enunciadas en los artículos 319 a 330, para percibir el alcance de la especialidad en cada caso: las propuestas condicionadas, con cláusula de intereses, con limitación de facultades, con atribución de funciones a la administración concursal durante el periodo de cumplimiento del convenio, con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, con asunción del conjunto de bienes y derechos de la masa activa o de determinadas unidades productivas con compromiso de continuidad, o, en fin, con contenido alternativo, donde se incluyen como subespecialidades la conversión de créditos, a su vez con múltiples variantes, y la cesión en pago de bienes o derechos, así como la cesión de las acciones o los efectos de la reintegración.

62. Pero conviene advertir, en todo caso, que tanto las circunstancias económicas, como la evolución de la política jurídica concursal, han hecho del convenio un instrumento de solución y conclusión del concurso prácticamente residual. En la primera época de aplicación de la Ley Concursal de 2003, como bien se recordará, la profunda crisis económica que se desencadenó desde 2008 en adelante dió al traste con el modelo ideal de afrontar la insolvencia que había diseñado aquella Ley que modernizó el Derecho Concursal español, sustituyendo el que venía funcionando desde el siglo XIX y principios del XX, con la quiebra y la suspensión de pagos como opciones. Si ese modelo ideal consistía en priorizar el convenio, de manera que la liquidación quedara reducida a un remedio fatal de última instancia, la realidad se encargó de invertir los términos hasta sus últimas consecuencias. La estadística de aquella etapa alcanzó el grado de lo tremendo: como media, el 95% de los concursos que se declaraban transi-

taban a la liquidación por vías cada vez más directas, que se fueron habilitando en sucesivas reformas, para facilitar lo que los acontecimientos imponían. Y más aún, bastantes de los convenios celebrados, en ese pírrico 5% de la estadística, retornaron a la liquidación una vez incumplidos, en algunos casos porque tampoco estaba contemplada la modificación del convenio, alternativa al incumplimiento, en aquellos momentos.

63. La evolución jurídica ha caminado luego en otra dirección, con otros planteamientos, tampoco favorecedora de la celebración de convenios concursales, aunque ahora por motivos bien distintos y más positivos desde el punto de vista de la forma de abordar las crisis de insolvencia. En aquel contexto de aplicación inicial de la Ley de 2003, tan atribulado por las indicadas razones, se puso enseguida de manifiesto que, salvo la opción de anticipar la solicitud de concurso por insolvencia inminente, no había otra alternativa, más allá de los acuerdos particulares con los acreedores, para evitarlo antes de que se hiciera irreversible. En suma, no se había previsto un escenario preconcursal que permitiera abordar la dificultad ordenadamente, antes de que la insolvencia se hiciera actual, e incluso inminente. Se fueron disponiendo instrumentos sobre la marcha, con cierta precipitación, añadiendo pasos a medida que se detectaban nuevas necesidades o deficiencias; así entraron en escena los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, como bien se recordará. Hasta que la Directiva de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, ha venido a cerrar el círculo de esa evolución, colocando los planes de reestructuración preconcursal en el lugar de preferencia, desplazando incluso al concurso de acreedores en su conjunto a un lado del escenario. Obviamente, este efecto de desplazamiento opera con especial intensidad respecto del convenio concursal, y en menor medida de la liquidación cuando ésta se haya hecho inevitable. Incluso en ese procedimiento especial de las microempresas, que se ha incorporado con ocasión de la trasposición de las Directivas, el efecto es similar, aquí en términos de plan de continuación y plan de liquidación, que sustituyen a la reestructuración y al concurso. Tras la reforma del TRLC en 2022, esta es la situación actual, que deja el convenio concursal reducido en todos los aspectos, en su función y en su utilidad; la prioridad es la reestructuración en cualquier supuesto (proximidad a la insolvencia, pero también insolvencia actual o inminente) y el concurso estará previsiblemente habilitado para una liquidación ordenada, llegado el caso, no tanto para un convenio que, de haber posibilidad, lo lógico es que se haya materializado anticipadamente en forma de plan de reestructuración.

La adquisición de obras de arte en subastas: aspectos de Derecho internacional privado

The Acquisition of Works of Art at Auctions: Private International Law Issues

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0002-3361-0556

Recibido: 19.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8975

Resumen: En el mercado mundial de obras de arte, su adquisición en subastas suscita frecuentes cuestiones relacionadas con el Derecho internacional privado. Dentro de la compleja estructura negocial de la operación, en caso de controversia sobre la compraventa del bien es preciso analizar la determinación de la autoridad competente para conocer del asunto y del ordenamiento aplicable al fondo del mismo, donde adquiere peculiar relieve la *lex auctionis*.

Palabras clave: Subastas. Obras de arte. Derecho internacional privado. Competencia judicial. Ley aplicable.

Abstract: In the global art market, the acquisition of works at auctions frequently raises questions related to Private International Law. Within the complex structure of the operation, in the event of a dispute arising from the purchase of a work of art two issues must be addressed: the international jurisdiction and the applicable Law, where the *lex auctionis* takes on particular importance.

Keywords: Auctions. Works or arts. Private International Law. Jurisdiction. Applicable Law.

Sumario: I. Delimitación del objeto de estudio: la complejidad material, subjetiva y estructural de la operación. II. Determinación de la autoridad competente para conocer de las controversias surgidas en la adquisición de obras de arte en subasta. 1. Las fuentes institucionales: el Reglamento (UE) 1215/2012. 2. Las fuentes convencionales. III. La técnica conflictual: la determinación del ordenamiento aplicable al fondo de las controversias surgidas en la adquisición de obras de arte en subasta. 1. Ordenamiento aplicable si la adquisición de la obra de arte en subasta es considerada contrato de consumo. 2. Ordenamiento aplicable si la adquisición de la obra de arte en subasta no es considerada contrato de consumo. 3. Incidencia de las normas imperativas en la materia.

I. Delimitación del objeto de estudio: la complejidad material, subjetiva y estructural de la operación

1. De entre la extensa obra científica del profesor Calvo Caravaca, la línea referida a los bienes artísticos y culturales ocupa un lugar destacado. Siendo la doctrina internacional privatista abundante en materia de protección y restitución de dichos bienes, el aspecto concerniente a su adquisición en subasta merece a nuestro entender un análisis que procure estar a la altura del homenaje al maestro que con esta obra se pretende.

2. El objeto del estudio que principia en estas líneas viene definido por un triple factor: el material, concerniente a la categoría de bienes que denominamos obras de arte; el subjetivo, relativo a la pluralidad de personas intervinientes en la operación; y el estructural o funcional, consistente en la modalidad de la adquisición en subasta.

3. 1º En lo que atañe al factor sustantivo, las obras de arte son objetos -bajo diferentes manifestaciones- con un valor estético producto de la creación humana original¹. Como bienes, estas obras pueden ser valorables e introducidas en el mercado para su comercialización; precisamente, una de las vías para ello es la venta en subasta. A efectos normativos no existe en nuestro ordenamiento una definición específica de obra de arte²; no obstante, preceptos aislados de diferentes leyes permiten una aproximación a la categoría³, en los que sobresale la cualidad común ya avanzada de la originalidad⁴. Desde el punto de vista material será preciso tener presente asimismo, a los fines de nuestro estudio, si la obra de arte objeto de la subasta es propiedad de la casa subastadora o de un tercero (*infra*).

4. 2º En lo que concierne al factor subjetivo, en esta compleja operación pueden concurrir, como elementos personales, el propietario de obra de arte por un lado, la casa de subastas por otra parte⁵ y la persona que adquiere la obra finalmente (el licitador adjudicatario).

5. 3º En lo que se refiere al factor estructural o funcional, el término “subasta” es definido por el Diccionario panhispánico del español jurídico como venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo establecido, el precio más alto por encima de un mínimo⁶. A lo largo del presente trabajo nos referiremos a las subastas de naturaleza privada (*private auctions*), esto

¹ S. GASPAR LERA las define como “las cosas realizadas por el hombre, en cualquiera de sus manifestaciones, que están dotadas de valor artístico”: *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 49.

² Acerca del difícil concepto de obra de arte desde esta perspectiva véanse, para mayor detalle, J.M. MURILLAS ESCUDERO, “Notas sobre la transmisión de una obra de arte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 665 (2001), pp. 1248-1250 y M.R. RIVES FULLEDA, “Concepto jurídico de obra de arte”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Arte, Derecho y comercio internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 283-302.

³ Se trata, entre otros, del artículo 1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; de los artículos 10 y 11 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; del artículo 19 de Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio; o del artículo 136 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Sobre ello véase E. VILANOVA NÚÑEZ, *Mercado internacional del arte: casas de subastas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2018, pp. 7-10.

⁴ La segunda acepción de este vocablo en el Diccionario de la Real Academia Española se refiere a una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género que resulta de la inventiva de su autor. Sobre la originalidad en las obras de arte *cfr.* D. ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos de autor de obras de arte*, Civitas, Madrid, 1996, p. 69 y S. GASPAR LERA, *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor*, *cit.*, pp. 49-50. La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, incide en la exigencia de originalidad al prever en su artículo 58, por una parte, que cuando en salas especializadas en objetos de arte o de valor se oferte la venta en subasta de una imitación o de un artículo que, aunque aparentemente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas (apartado 2); y, por otra parte, que cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias (apartado 3). Sobre esta Ley véase Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *La compraventa de obras de arte: problemas de Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225 ss.

⁵ En un mercado altamente especializado, tres de las principales casas de subastas mundiales tienen su sede en el Reino Unido (en cuya capital fueron fundadas en el siglo XVIII) si bien con sucursales en varios países de distintos continentes: Bonhams (1793), Christie’s (1776) y Sotheby’s (1744). Un interesante análisis sobre cómo ha afectado el abandono de la UE por dicho país a estas transacciones puede verse en C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El mercado internacional del arte con y sin Brexit”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019/2020, pp. 99-117.

⁶ Con más detalle, en nuestro ordenamiento interno el párrafo 1 del apartado 1 del artículo 56 de la citada Ley 7/1996 establece que “La celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien o servicio a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto, que estará obligado a comprarlo”. En el marco del ánimo tuitivo que informa esta norma, el legislador considera este tipo de ventas como una de las especiales (título III, capítulo V) junto a las ventas a distancia, a las ventas ambulantes o no sedentarias y a las ventas automáticas.

es, a las organizadas por particulares -señaladamente comerciantes o casas de subastas- que en todo caso tienen carácter voluntario⁷; y, más concretamente, a las realizadas por comerciantes minoristas⁸.

6. La peculiaridad de los tres factores expuestos se refleja en la compleja estructura negocial de la operación estudiada, en la que pueden concurrir hasta tres tipos de relaciones jurídicas diferentes⁹: las existentes entre el propietario de la obra de arte y la casa de subasta, que nuestro ordenamiento interno denomina “contrato de subasta”¹⁰; las que se establecen entre ésta y quien puja por el bien¹¹; y la compraventa final entre el propietario de la obra de arte y el adjudicatario de la misma en subasta¹². Esta complejidad negocial se manifiesta en diversas posibilidades. Centrándonos exclusivamente en los contratos de subasta y de compraventa, puede ocurrir lo que sigue.

- a) Como hipótesis más simple, que la propietaria de la obra de arte objeto de la subasta sea la propia casa subastadora. En tal caso, la casa de subasta y el comprador adjudicatario aparecerían como partes del contrato de compraventa.
- b) Como hipótesis más compleja, que el propietario de la obra de arte no sea la casa subastadora sino un tercero. En tal caso se produciría la concurrencia de al menos dos contratos: por una parte, el de subasta entre el propietario del bien y la casa subastadora; y, por otra parte, el de compraventa entre el propietario de la obra de arte y el adjudicatario de la misma en subasta¹³.

7. La forzosa limitación de esta publicación nos exige centrar nuestro análisis a partir de ahora, dentro de la complejidad negocial expuesta, en el contrato de compraventa de la obra de arte en subasta, sea quien sea el propietario de la misma. Así las cosas, cuando la operación esté vinculada con dos o más ordenamientos el objeto de estudio adquirirá la dimensión propia del Derecho internacional privado, tanto para su disciplina como para la solución de eventuales controversias surgidas con tal ocasión. Una dimensión que podrá deberse al factor subjetivo (esto es, en relación con las personas -físicas o jurídi-

⁷ Frente a las subastas públicas realizadas por jueces, notarios o funcionarios de las administraciones, que pueden ser forzosas o voluntarias: S. GASPAS LERA, *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor*, cit., pp. 34-35. Lo anterior no impide que una subasta privada se desarrolle de forma pública (presencial y/o virtualmente), como es lo usual, pues no se debe confundir la cualidad de la persona o entidad que organiza la misma con la forma de su desarrollo o celebración.

⁸ Esto es, las que tienen por objeto la venta al detalle de bienes de naturaleza duradera frente a las efectuadas por comerciantes mayoristas que tienen por objeto principal la venta de bienes perecederos: S. GASPAS LERA, *op. cit.*, pp. 41-43. El artículo 56, apartado 2, de la Ley 7/1996 establece que la regulación de las ventas en pública subasta contenida en ella se aplicará a las efectuadas por empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor.

⁹ Ello sin ignorar otras complementarias y no menos relevantes como el seguro o la fiscalidad: sobre estas cuestiones véanse por todos C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *El seguro privado de obras de arte*, Fundación Mapfre, Madrid, 2015 y P. VICENTE-ARCHE COLOMA, “Régimen jurídico-tributario aplicable a la titularidad de obras de arte y demás bienes culturales por parte de personas físicas”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Arte, Derecho y comercio internacional*, cit., pp. 329-345.

¹⁰ Así, artículo 57 de la reiterada Ley 7/1996 que *inter alia* hace referencia tanto al “encargo de subasta” (que deberá documentarse por escrito identificando las partes, el objeto y condiciones de la venta, así como la retribución de la empresa subastadora), como a las relaciones entre el propietario del objeto por subastar y la casa subastadora (que se ajustarán a lo estipulado entre ellos de acuerdo con la normativa general sobre contratación). Entre estos pormenores se habrá de contemplar tanto el depósito de la obra de arte en la casa de subasta como la devolución a su propietario de la obra de arte que no haya sido vendida.

¹¹ S. GASPAS LERA las califica como “contrato de licitación” y lo define como aquél por el que los interesados en la adquisición de los bienes ofrecidos por la empresa de subastas participan a tal fin en un acto público de licitación organizado por esta última: *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor*, cit., p. 60. No obstante, la Ley 7/1996 no otorga denominación alguna a estas relaciones jurídicas limitándose a disponer el contenido de las mismas en sus artículos 58 y 59.

¹² El régimen de este contrato se contiene en el plano interno en los artículos 60 (“Documentación”) y 61 (“Efectos de la venta en subasta”) de la Ley 7/1996. El primero establece que, adjudicado un bien, se consignará inmediatamente por escrito procediéndose a la entrega del mismo una vez satisfecho el precio del remate o la parte del mismo determinada en los correspondientes anuncios (apartado 1) y que la venta deberá, necesariamente, formalizarse mediante documento público o privado (apartado 2). El artículo 61, por su parte, dispone la irrevindicabilidad de esta venta en la forma establecida en el artículo 85 del Código de Comercio (apartado 1), así como que la empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la propia Ley (apartado 2).

¹³ A ello cabe añadir que a su vez la subastadora puede y suele actuar como mandataria del propietario del bien para su venta: así lo prevé el apartado 2 del citado artículo 60 de la Ley 7/1996.

cas- intervinientes en la operación), al factor material (es decir, respecto de la obra objeto de subasta) o al factor territorial (o sea, a propósito del lugar de la subasta sin ignorar el papel de internet). La perspectiva clásica de esta disciplina nos aboca a abordar la determinación tanto de la autoridad competente para conocer de los eventuales conflictos surgidos de la adquisición de obras de arte en subasta (II), como del ordenamiento aplicable a los mismos (III)¹⁴.

II. Determinación de la autoridad competente para conocer de las controversias surgidas en la adquisición de obras de arte en subasta

8. Para afrontar esta cuestión centraremos nuestro enfoque en los supuestos en que serían competentes los órganos judiciales españoles en la materia objeto de este trabajo¹⁵. Las reglas en la materia se contienen en disposiciones de la UE (1) y en normas convencionales (2).

1. Las fuentes institucionales: el Reglamento (UE) 1215/2012

9. Dentro de las normas comunitarias el texto de referencia es el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que goza de una *vis attractiva* particular¹⁶. Surgida o por surgir una controversia acerca de la adquisición de una obra de arte en subasta, será preciso *prima facie* verificar la concurrencia de las cuatro condiciones de aplicación de este instrumento (1º) para, caso de que ello se confirmara, averiguar posteriormente en qué circunstancias serían competentes los órganos judiciales españoles (2º).

10. 1º La temporal ofrece poca dificultad por cuanto el Reglamento se aplica a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 (artículo 66, apartado 1). En segundo término, se cumpliría la condición material si la controversia versase sobre materia de Derecho privado (civil o mercantil) no excluida expresamente por el artículo 1; siendo así que un litigio sobre una adquisición de una obra de arte en subasta sería en principio materia de Derecho privado no proscrita por dicho precepto. En tercer lugar, desde una óptica territorial aplican el Reglamento las autoridades de los 27 países de la UE (incluidos Dinamarca e Irlanda, considerandos 40 y 41)¹⁷. Por último, particular afán requiere la condición personal conforme a la cual se exige para la aplicación del Reglamento que el demandado se halle domiciliado en Estado miembro de la UE (artículo 5, apartado 1); lo que implica que el propietario de la obra de arte subastada y adjudicada -sea un tercero, sea la casa de subasta- o el comprador adjudicatario, según quien resulte ser el demandado, tengan su domicilio en la UE (*infra*).

11. Como excepción a esta última regla, serán competentes los órganos judiciales españoles aunque el demandado esté domiciliado en un Estado tercero en tres supuestos (artículo 6, apartado 1): que se trate de contratos de consumo o de trabajo en que la parte débil resulte la demandante (artículos

¹⁴ Omitimos el análisis de la tercera fase del *iter* lógico del proceder del Derecho internacional privado, la eficacia transfronteriza de decisiones, por cuanto no existe una peculiaridad normativa propia que abordar en este campo.

¹⁵ Para una aproximación a los medios alternativos de resolución de controversias en este ámbito *vid.* R. MATEU DE ROS CEZEZO, "Derecho de arte y patrimonio: jurisdicción, arbitraje y sistemas alternativos de resolución de conflictos", en D. ARIAS LOZANO (dir.), *Arbitraje y jurisdicción. Homenaje a Miguel Ángel Fernández-Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 1465-1478.

¹⁶ La vocación de generalidad de este instrumento concede nula operatividad en la materia objeto de nuestro estudio a las reglas del sistema español de Derecho internacional privado para determinar la competencia de nuestros órganos judiciales en defecto de normativa supraestatal: los artículos 21 ss. de la LOPJ, más concretamente los 22 a 22 nonies para el orden civil. Por consiguiente, para fundamentar la competencia de nuestros órganos judiciales en litigios derivados de la adquisición de obras de arte en subasta los foros que se han de manejar son los del presente Reglamento.

¹⁷ Por tanto, aunque centremos nuestro análisis en la competencia judicial de nuestras autoridades en el marco de este instrumento, dicho análisis es igualmente proyectable, *mutatis mutandis*, para determinar la competencia de los órganos judiciales de los restantes 26 Estados miembros de la UE.

18, apartado 1, y 21, apartado 2); que se refiera a un supuesto de competencia exclusiva del artículo 24; ó que se produzca una sumisión a los tribunales españoles ora expresa (artículo 25), ora tácita (artículo 26¹⁸). De esos supuestos descartamos que se pueda tratar de un contrato de trabajo o de un foro exclusivo de competencia, en tanto que sí iremos valorando los restantes (*infra*).

12. 2º Concurriendo las cuatro condiciones de aplicación expuestas, el Reglamento dispone de una serie de foros ordenados jerárquica o piramidalmente cuya verificación indicará si atribuyen o no competencia a los órganos judiciales españoles en un litigio sobre la adquisición en subasta de una obra de arte.

13. a) El primer bloque concierne a la sumisión expresa o tácita de los también aludidos artículos 25 y 26, que sí podrían resultar de interés para atribuir competencia a los órganos judiciales españoles en estos casos¹⁹. En tanto que en el primer supuesto se requiere la concurrencia de ciertos requisitos de validez formal y material, en la sumisión tácita es el comportamiento procesal de las partes el factor relevante para atribuir la competencia (prevaleciendo incluso esta modalidad sobre la expresa si dicho comportamiento fuera posterior al acuerdo de sumisión previamente pactado)²⁰.

14. b) En segundo lugar, de no existir sumisión el Reglamento garantiza en todo caso el *forum domicilii* del artículo 4 (recuérdese que la domiciliación del demandado es presupuesto para su aplicación), por lo que serían competentes nuestros órganos judiciales si estuviese domiciliado en España el demandado, ya fuese el propietario del bien -la casa de subasta o un tercero-, ya fuese el licitador adjudicatario. Es preciso recordar a estos efectos que este instrumento establece relevantes precisiones para concretar el domicilio: si el demandado fuese una persona física, la autoridad española verificaría el domicilio de ésta conforme a lo establecido en el ordenamiento español (*ex* artículo 62, apartado 1)²¹; si el demandado fuese una persona jurídica, el artículo 63, apartado 1, del Reglamento dispone que se considerará domiciliada en el lugar en que se encuentre -indistintamente- su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal, de modo que si cualquiera de ellos se hallase en territorio español concurriría lo exigido en el supuesto de hecho del artículo 4 de este instrumento.

15. c) Por último, alternativamente al criterio del domicilio del demandado el Reglamento ofrece en ocasiones algunos foros especiales por razón de la materia en su artículo 7. De ellos, varios exigen un análisis por su eventual aplicabilidad a los litigios en materia de adquisición de obras de arte en subasta.

16. Por una parte, se trata del foro en materia de obligaciones contractuales del apartado 1 de tal precepto, conforme al cual se puede presentar la demanda ante los órganos judiciales del Estado comunitario del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a dicha demanda (letra a).

Ello exige, primeramente, identificar la específica obligación objeto de litigio de entre las varias que incluye la compleja operación para, a continuación, concretar el lugar de su (in)cumplimiento. Dicho lugar puede -y suele- ser pactado por las partes (vendedor de la obra de arte y comprador) y, para el

¹⁸ En este último caso por extensión conforme a la doctrina del TJUE en su sentencia en el asunto C-412/98, *Josi*, de 13 de julio de 2000, ECLI:EU:C:2000:399. Sobre ella véase, entre nosotros, G. PALAO MORENO, “La determinación de la competencia judicial internacional en materia de contratos de reaseguro en el Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley*, 2000, nº 7, pp. 1409-1416.

¹⁹ Dado que no se exige la domiciliación del demandado en la UE en estos casos, los litigios contra casas de subasta con sede en el extranjero (por ejemplo, en el Reino Unido) podrían someterse a los órganos judiciales de los 27 si así se pactase o si así resultase tácitamente del proceder de las partes.

²⁰ A modo de ejemplo, el *Appendix 2* de la *Buyer's Agreement with Bonhams* de sus *Terms & Conditions* para las *live auctions* dispone en la segunda parte del punto 13 (*Governing Law*): “We and you each submit to the exclusive jurisdiction of the courts of that part of the United Kingdom, save that we may bring proceedings against you in any other court of competent jurisdiction to the extent permitted by the laws of the relevant jurisdiction”.

²¹ A este fin, tanto el artículo 22 ter, apartado 2, de la LOPJ como el artículo 40, párrafo 1, del Código Civil establecen que una persona física se considera domiciliada en España si reside habitualmente en nuestro Reino. Lo que aboca, en definitiva, a verificar la residencia habitual en España del demandado; a tal efecto, se recomienda siempre la lectura de la excelente sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección Segunda, de 5 de abril de 2022 (ECLI:ES:APL:2022:357).

caso de que no lo hubiera sido, la letra b) del precepto que estamos analizando establece dos reglas de las cuales la primera podría resultar de interés para nuestro estudio: cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el citado lugar será el del Estado miembro de la UE en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías²².

Así las cosas, la duda que surge de inmediato es si a estos efectos una obra de arte puede ser considerada *mercadería*: excediendo la cuestión del objeto de estas líneas, apuntaremos únicamente que no resultan unánimes su concepto y delimitación pues ni siquiera el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 la define²³: a favor de la posible consideración de una obra de arte como mercadería se inclina el dato de que cumpliría con los elementos comunes exigidos por la jurisprudencia de su carácter vendible, mobiliario y tangible²⁴; en contra, que la originalidad ínsita en toda obra de arte (*supra*) la alejaría de la consideración de género -en el sentido de producto o existencia fungible- que se suele predicar de una mercancía. En nuestra opinión, la primera de las opciones sería preferible por razones de interpretación histórica²⁵, sistemática²⁶ y finalista²⁷ de las normas reguladoras de esta cuestión.

17. Por otra parte, junto al foro especial de las obligaciones contractuales el artículo 7 ofrece una segunda alternativa al *forum domicilii*, cual es la referida a la recuperación de la propiedad de un bien cultural (apartado 4). Más concretamente, este precepto establece que “si se trata de una acción civil, basada en el derecho de propiedad, dirigida a recuperar un bien cultural según se define en el artículo 1, punto 1, de la Directiva 93/7/CEE, e incoada por la persona que reclama el derecho a recuperar dicho bien”, la demanda podrá presentarse ante el órgano judicial del Estado comunitario del lugar en que se encuentre el bien cultural en el momento de interponerse la demanda²⁸. La delimitación

²² Esta regla se aplicaría también a una subasta virtual o en internet, pues lo relevante jurídicamente a estos efectos no es el lugar donde habría tenido lugar aquélla (que puede no corresponder a un espacio real), sino el lugar de entrega de la obra de arte subastada (que siempre será un sitio físico tratándose de un bien tangible).

²³ En todo caso, este texto no es de aplicación a la materia de nuestro estudio pues en su artículo 2, letra a), excluye de su ámbito sustantivo las compraventas en subastas. Ello no se debe a que una obra de arte no sea considerada mercadería, sino a que en muchos Estados todas o algunas de estas transacciones están sometidas a normas especiales que reflejan su peculiar naturaleza: *Informe explicativo del Convenio, UNCITRAL*, Viena, 2010, p. 35.

²⁴ Cfr. la enumeración ejemplificativa de F. OLIVA BLÁZQUEZ, *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, nota 18, p. 458.

²⁵ En buena medida el asunto se aclara si se acude a la terminología utilizada: a lo largo de las negociaciones que desembocaron en el texto del Convenio de Viena se utilizó preferiblemente en español la expresión “objetos muebles corporales” como elemento de la compraventa, expresión esa en la que encajarían mejor las obras de arte y que ya contaba con el antecedente del Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre Ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales (en el que España no es parte; sólo lo son Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Níger, Noruega, Suecia y Suiza). No obstante, su difícil traducción al inglés hizo que en el texto definitivo en esta lengua se incluyera el término *goods*, siendo su traducción española *mercaderías*: sobre todo ello véase B. CAMPUZANO DÍAZ, *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, 1997 (tesis doctoral), pp. 201 ss.

²⁶ Por cuanto, como tendremos ocasión de apreciar, el Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I) incluye una norma *ad hoc* para determinar el ordenamiento aplicable a la subasta, siendo así que este instrumento conforma un *corpus* homogéneo y sistemático con el Reglamento (UE) 1215/2012 que ha de ser objeto de una exégesis global o de conjunto por el TJUE.

²⁷ Dado que la subasta no está excluida expresamente en general del ámbito material de aplicación del Reglamento (UE) 1215/2012 por su artículo 1, apartado 2, ni en particular del supuesto de hecho del artículo 7, apartado 1, letra a), del mismo; todo lo cual evidencia una voluntad del legislador de no proscribir la subasta de este instrumento. Lo contrario impediría la aplicación de un criterio tan relevante como el *forum solutionis* a las adquisiciones de obras de arte en subasta, lo que casaría mal con los objetivos del Reglamento.

²⁸ La Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, ha sido sustituida, con efectos de 19 de diciembre de 2015, por la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012 (transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la UE).

Sobre ello véanse, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA y C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 705 (2008), pp. 195-220; *id.*, “L’incorporation au régime juridique espagnol de la normative communautaire de restitution de biens culturels”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, nº 2, pp. 33-51; M.J. ELVIRA BENAYAS, “Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017”, *Revista*

del objeto del presente estudio efectuada al inicio de estas páginas deja fuera de nuestro análisis este criterio de competencia²⁹.

18. Por fin, como alternativa al foro del domicilio del demandado el artículo 7 del Reglamento plantea la opción del llamado foro de la sucursal (apartado 5). Establece esta norma que, “si se trata de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento”, cabrá presentar la demanda ante los órganos judiciales del Estado en que éstos se hallen sitos; lo cual reconduce el supuesto a que el demandado sea una persona jurídica cuya estructura organizativa posea una sucursal o similar. La aplicación de esta norma a los litigios en materia de adquisición de obras de arte en subasta está condicionada, por la propia naturaleza del precepto, a que los mismos se refieran *stricto sensu* bien al funcionamiento propiamente dicho de la sucursal o similar de la casa de subastas de que se trate³⁰, bien a una operación llevada a cabo a través de la sucursal o similar en cuestión (por ejemplo, que la adquisición litigiosa se hubiera efectuado en una sucursal o similar en España de una casa de subasta con domicilio principal en otro país, comunitario o no). Con este foro, en definitiva, el legislador europeo ha configurado una suerte de *forum domicilii* especial para la sucursal respecto de la sede principal de la casa de subasta extranjera a través de la que se vendió el bien.

19. No podemos cerrar el estudio de la competencia judicial para conocer de las controversias en materia de adquisición en subasta de obras de arte en el marco del Reglamento (UE) 1215/2012 sin afrontar la hipótesis de la aplicabilidad de los foros en materia de contratos celebrados por consumidores (sección 4)³¹. Serían requisitos -cumulativos- para ello los siguientes (artículo 17): 1º que el comprador del bien fuera persona física (descartándose por tanto la adquisición de la obra de arte por persona jurídica); 2º que el uso que diera al bien adquirido fuese ajeno a la actividad profesional del comprador (lo que excluiría a comerciantes, marchantes u otras personas físicas cuya actividad profesional fuese comerciar con obras de arte); 3º que se considerase la obra de arte como mercadería (*supra*); y 4º que la venta de ésta fuese a plazos. De cumplirse las cuatro condiciones, como entendemos podría ocurrir, la eventual competencia judicial de los órganos judiciales españoles (o de los restantes Estados miembros de la UE) se concretaría mediante dos vías, cuyo contenido no detallaremos por exceder de la finalidad de estas líneas.

Española de Derecho Internacional, 2018, nº 1, pp. 181-200; V. FUENTES CAMACHO, “Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales”, *La Ley Unión Europea*, nº 50 (julio de 2017); M. PONS PORTELLA, “La restitución de bienes culturales ilegalmente exportados en el contexto de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 73 (2019), pp. 3-33; F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “El mercado del arte: la restitución de bienes culturales y la protección del patrimonio. A propósito de la Ley 1/2017, de 18 de abril, y la transposición de la Directiva 2014/60/UE”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, pp. 326-348; y M.M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, “Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2017, nº 2, pp. 171-174.

²⁹ Para la perspectiva internacional privatista *cfr.*, entre otros, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Colex, Madrid, 2007; M. FRIGO, *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, Brill / Nijhoff, La Haya 2016; ID., “Methods and Techniques of Dispute Settlement in the International Practice of the Restitution and Return of Cultural Property”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2017, nº 3, pp. 569-598; L. MORENO BLESA, “La restitución de bienes culturales en el Derecho internacional privado y los litigios relativos a los derechos reales”, *Revista de Derecho Privado*, 2023, nº 4, pp. 25-54; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Litigios internacionales sobre propiedad de bienes culturales muebles en Derecho internacional privado español”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Arte, Derecho y comercio internacional*, cit., 226-227 y 230-231; y M.-A. RENOLD, “Legal Obstacles to Claims for the Restitution of Looted Art”, *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, pp. 247-268.

³⁰ Se trata de una previsión particularmente tuitiva de la parte débil, el consumidor, consagrada ya desde el Convenio de Bruselas de 1968 (del que el Reglamento 1215/2012 trae causa) como explica P. JÉNARD en su Informe oficial sobre aquél, incidiendo en que este precepto se aplica cuando “la sociedad extranjera está representada por una persona con capacidad de comprometerla ante terceros”, como sería el caso, por ejemplo, de una sucursal en España de una casa de subasta con sede en un Estado extranjero, sea o no de la UE: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 59, de 5 de marzo de 1979, p. 150.

³¹ En el plano interno, el artículo 56, apartado 1, párrafo 2, de la Ley 7/1996 somete las subastas a la normativa específica sobre defensa de los consumidores y usuarios prevista por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

20. a) Caso de sumisión sería preciso distinguir la expresa de la tácita. Para la primera, el artículo 19 establece los requisitos de validez de un acuerdo de sumisión, entre los que sobresale que éste debe ser posterior al nacimiento del litigio; lo que afecta directamente a la validez de las cláusulas de sumisión preestablecidas por las casas de subastas cuando el contrato se considere de consumo en los términos expuestos. La sumisión tácita también es contemplada por el Reglamento en este ámbito, en concreto en su artículo 25, apartado 2, en el que se dispone que, si el demandado es el consumidor, el órgano judicial (español) ante el que se presente la demanda se asegurará, antes de asumir la competencia, de que se ha informado al demandado, por un lado, de su derecho a impugnar la competencia del mismo y, por otro lado, de las consecuencias de comparecer o no ante él.

21. b) De no existir sumisión expresa ni tácita en los términos explicados, la competencia judicial en estos casos se detalla en el artículo 18 de este instrumento distinguiendo si el demandante fuese el consumidor adjudicatario de la obra de arte (apartado 1) o si lo fuera su contraparte propietaria y vendedora del bien (apartado 2). Excede de la naturaleza de este trabajo el estudio de estas normas.

2. Las fuentes convencionales

22. El principal instrumento convencional en nuestro sistema de Derecho internacional privado para determinar la autoridad competente en materia de controversias sobre adquisición de obras de arte es el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007. Considerado “paralelo” al Reglamento (UE) 1215/2012, extiende las soluciones de éste a tres países de la Asociación Europea de Libre Comercio: Islandia, Noruega y Suiza. Conforme a lo dispuesto en la letra a) del apartado 2 de su artículo 64, si el demandado (el propietario de la obra de arte o su adquirente en subasta) estuviera domiciliado en uno de esos tres Estados, sería de aplicación por nuestras autoridades el Convenio para determinar la competencia de sus órganos judiciales; si en cambio lo estuviese en uno de los 27 Estados miembros de la UE, el instrumento que utilizarían las autoridades de éstos para concretar la competencia de sus órganos judiciales sería el Reglamento (UE) 1215/2012 (*supra*).

23. Las soluciones que contiene el Convenio resultan similares -con matizaciones- a las de este último instrumento, por lo que no procede reiterar su análisis: sumisión expresa (artículo 23) y tácita (artículo 24); *forum domicilii* (artículo 2); foro para las obligaciones contractuales (artículo 5, apartado 1); foro de la sucursal (artículo 5, apartado 5); y foros en materia de contratos de consumo (artículos 15 a 17). Es preciso cerrar este epígrafe con la referencia a otros dos instrumentos.

24. a) De carácter multilateral, el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, en vigor en todos los países comunitarios³². Las relaciones territoriales entre este texto y el Reglamento (UE) 1215/2012 se resuelven por el artículo 26, apartado 6, letra a), del primero: se aplicará el Convenio cuando al menos una de las partes en el acuerdo de sumisión sea residente en un Estado no miembro de la UE parte en el Convenio de La Haya. Así pues, éste será de aplicación cuando las partes en un litigio sobre adquisición de una obra de arte en subasta se hayan sometido a los órganos judiciales del Reino Unido; extremo habitual habida cuenta las cláusulas de sumisión predisuestas en las webs de las condiciones generales de las más importantes casas de subastas (*supra*)³³.

25. b) En el plan bilateral, el Convenio bilateral entre España y El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, que podría resultar de aplicación para determinar la competencia judicial en una controversia sobre adquisición de una obra de arte que vinculase a ambos países.

³² Incluidos Irlanda y Dinamarca. En él son parte, además, México, Moldavia, Montenegro, Reino Unido, Singapur y Ucrania.

³³ *Cfr.* C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El mercado internacional del arte con y sin Brexit”, *cit.*, p. 102. El Convenio de La Haya, además, no es de aplicación a los contratos de consumo: artículo 2, apartado 1, letra a).

III. La técnica conflictual: la determinación del ordenamiento aplicable al fondo de las controversias surgidas en la adquisición de obras de arte en subasta

26. Concretada la autoridad competente para conocer de un litigio derivado de la adquisición de una obra de arte en subasta, el *iter* lógico de nuestra disciplina exige abordar seguidamente la determinación del ordenamiento aplicable al fondo del asunto por la citada autoridad. A tal fin nos atenderemos a las normas de que España y otros países de la UE disponen: las del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)³⁴. No nos detendremos en el estudio de la aplicación de normas sustantivas reguladoras de la compraventa internacional por exceder ello del objeto de este trabajo y por la exclusión de las subastas del citado Convenio de Viena de 1980 (*supra*)³⁵.

27. Dada la naturaleza universal o eficacia *erga omnes* del Reglamento (artículo 2), el ordenamiento señalado aplicable por este texto lo será aunque se trate del de un país no vinculado por el mismo. Por tanto, las autoridades de los 26 Estados miembros de la UE vinculados por el Reglamento sólo necesitan éste para determinar la *lex contractus* a cualquier litigio sobre adquisición de obras de arte en subasta; lo que implica, consiguientemente, que las normas de conflicto en la materia de origen estatal quedan desplazadas o inoperativas (lo que afecta en nuestro caso, entre otros, al artículo 10, apartado 5 de nuestro Código Civil³⁶). Así las cosas, un análisis del Reglamento Roma I nos exige detenernos en el supuesto de que la compraventa sea considerada de consumo (1), en el caso de que no lo sea (2) y en la incidencia de las leyes de policía en este campo (3).

1. Ordenamiento aplicable si la adquisición de la obra de arte en subasta es considerada contrato de consumo

28. Según se ha estudiado en el epígrafe precedente, cabe la posibilidad de que la adquisición de una obra de arte en subasta de la que se derive una controversia sea calificada como contrato de consumo a los efectos de determinar la autoridad competente para conocer del asunto. Para que ello también ocurra en sede de determinación del Derecho aplicable deben concurrir cumulativamente las siguientes condiciones subjetivas y materiales (artículo 6, apartado 1, del Reglamento Roma I).

29. a) Primera, que una de las partes en el contrato (el consumidor) sea una persona física que adquiera el bien para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional. Ello excluye, por una parte, al comprador de la obra de arte persona jurídica y, por otra parte, al comprador persona física que adquiera el bien en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (así, comerciantes, marchantes u otras personas cuya actividad profesional fuera comerciar con obras de arte, *supra*).

30. b) Segunda, que quien contrate con el consumidor (el vendedor) actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional siempre que, por una parte, ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país de la residencia habitual del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales activi-

³⁴ Todos salvo Dinamarca, cuyas autoridades continuarían utilizando el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales para determinar el Derecho aplicable a los litigios en materia de adquisición de obras de arte en subasta. El mismo instrumento sería también usado para tal fin por las autoridades de los restantes Estados miembros de la UE -también por las españolas pues- si el contrato litigioso se hubiera celebrado con anterioridad al 17 de diciembre de 2009 (artículo 28 del Reglamento Roma I).

³⁵ Si contemplan en cambio la figura de la subasta de obras de arte los Principios sobre los contratos mercantiles internacionales elaborados por UNIDROIT en 2016 (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>), en concreto para ejemplificar la interpretación y aplicación de los artículos 2.2.8 (sub-representación) y 11.1.8 (efectos de las sentencias); si bien no suele verse la inclusión de una cláusula sobre aplicación de estos Principios en el clausulado de las webs de las principales casas de subastas.

³⁶ Este precepto ya se había visto afectado en idéntico sentido desde el 1 de enero de 1991, fecha de la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980 (*supra*).

dades a ese país o a distintos países incluido el de la residencia habitual del consumidor; y que, por otra parte, el contrato esté comprendido en el ámbito de dichas actividades comerciales o profesionales. En el contrato de compraventa de la obra de arte abordado en este opúsculo, este sería por ejemplo el supuesto de que el vendedor de la obra de arte fuera una casa de subasta propietaria de ella.

31. Concurriendo ambos requisitos, para determinar el ordenamiento aplicable al fondo del litigio derivado de la adquisición de una obra de arte en subasta, el Reglamento Roma I prevé dos soluciones que se imponen a las del artículo 4³⁷.

32. 1ª La primera (apartado 2 del artículo 6) es permitir a las partes en el contrato de compraventa de obra de arte en subasta (consumidor y profesional) que elijan el Derecho aplicable al mismo en los términos previstos en el artículo 3 del mismo instrumento (*infra*). Ello siempre que dicha elección no acarree para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo del ordenamiento que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1 del artículo 6, al que de inmediato nos dedicamos³⁸.

33. 2ª La segunda solución (apartado 1 del artículo 6) será aplicar el ordenamiento del Estado en que el consumidor adquirente de la obra de arte en subasta resida habitualmente. Esta solución se impondrá cuando la casa de subasta y el adjudicatario no hayan elegido el Derecho aplicable; cuando lo hayan hecho, pero atentando contra la protección de las disposiciones imperativas del ordenamiento de la residencia habitual del consumidor adquirente de la obra de arte en subasta; o cuando hayan elegido el ordenamiento respetando dicha protección si bien incurriendo en un vicio de nulidad formal o sustantivo del acuerdo de elección *ex* artículo 3 del Reglamento (*infra*).

2. Ordenamiento aplicable si la adquisición de la obra de arte en subasta no es considerada contrato de consumo

34. De no concurrir los requisitos expuestos, el Reglamento Roma I consagra dos reglas generales para determinar el ordenamiento aplicable al litigio sobre adquisición de una obra de arte en subasta (artículo 6, apartado 3): la elección del Derecho aplicable por un lado *ex* artículo 3 (1º) y la fórmula del artículo 4 en defecto de elección (2º), reglas de las que nos limitaremos a pintar unos trazos gruesos por la naturaleza de este trabajo.

35. 1º La eventual elección de un Derecho como aplicable podrá referirse a las diferentes relaciones que conforman la compleja estructura negocial de la adquisición de obras de arte en subasta (*supra*), por lo que las partes en el acuerdo de elección podrán variar según la controversia de que se trate. En cualquier caso el Reglamento Roma I exige como *conditio sine que non* para la operatividad de esta solución que lo escogido sea un ordenamiento estatal, no considerando pues la elección de los usos y prácticas del comercio internacional una válida elección de Ley: en caso de que ello ocurriera, el Derecho aplicable se determinaría por lo establecido en el punto siguiente³⁹.

³⁷ F. FERRARI y J.A. BISCHOFF, "Article 4", en F. FERRARI (coord.), *Rome I Regulation - Pocket Commentary*, Sellier, Munich, 2014, p. 156.

³⁸ A modo de ejemplo, el *Appendix 2* de la *Buyer's Agreement with Bonhams* de sus *Terms & Conditions* para las *live auctions* dispone en la primera parte del punto 13 (*Governing Law*): "All transactions to which this agreement applies and all connected matters will be governed by and construed in accordance with the laws of that part of the United Kingdom where the Sale takes (or is to take) place".

³⁹ Ello proscibiría de esta norma del Reglamento Roma I el contrato en el que las partes hubieran declarado directamente aplicables los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales a los que nos hemos referido previamente. Su operatividad se limitaría a que las partes los hubieran incorporado por referencia a su contrato (considerando 13 del Reglamento).

36. 2º De no haberse elegido ningún ordenamiento como aplicable, o de haber sido hecho pero con un vicio de nulidad formal o sustantivo, el Reglamento Roma I ofrece en su artículo 4 una solución abierta y en fases.

37. a) En primer lugar, dispone tal precepto que el contrato de venta de obras de arte en subasta se regirá por la Ley del país donde tenga lugar la misma, si dicho lugar puede determinarse (apartado 1, letra g). Se trata de una regla que no se contenía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 del que el presente Reglamento trae causa y que presenta un evidente interés para nuestro estudio⁴⁰. La justificación del *locus auctiois*, explica U. MAGNUS, se halla en la concurrencia de reglas especiales en este campo que procuran salvaguardar la transparencia y la diligencia debida (*fair conditions*) que requieren una subasta; como resalta el autor alemán, esta norma de conflicto *ad hoc* o *lex specialis* prevalece sobre la general de la compraventa de la letra a) de mismo artículo 4, apartado 1⁴¹. Así las cosas, añaden A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ que con esta solución el legislador de la UE señala el ordenamiento del mercado donde se negocian estas transacciones porque es la Ley que esperan ver aplicada los contratantes (esto es, el Derecho de previsible aplicación que comporta, pues, costes conflictuales más reducidos)⁴².

38. El precepto configura su supuesto de hecho objetivo de tal manera que parece referirse, dentro de la compleja estructura negocial de la subasta, a las relaciones entre el propietario de la obra (sea la misma casa de subasta o un tercero) y el adjudicatario del bien (la obra de arte)⁴³. Aunque este instrumento no incorpora un concepto propio de subasta, sostienen atinadamente F. FERRARI y J.A. BISCHOFF que debe ser objeto de una interpretación autónoma en el marco del Reglamento, a cuyo fin proponen la siguiente: “publicly made sale by tender to the highest bidder, *i.e.* a sale that offers an opportunity for outbidding other participants”⁴⁴.

39. En cuanto al criterio de conexión de esta norma de conflicto, el legislador europeo ha consagrado el del *locus auctiois*, esto es, el sitio donde haya tenido lugar la subasta. Si bien su concreción no debe de resultar compleja en una subasta física⁴⁵, mayor dificultad surge en relación con una subasta virtual en cuyo caso, ante la imposibilidad de determinar el país donde se ha celebrado, sería preciso acudir a las dos reglas siguientes (de ahí que el precepto matice “si puede determinarse”)⁴⁶.

40. b) En segundo término, si el objeto del litigio versara sobre un contrato que se correspondiera con el de subasta y con alguno más del apartado 1 del artículo 4 (por ejemplo, de prestación de un servicio) o si, como acabamos de indicar, no pudiera concretarse el país en que se habría celebrado la subasta, el ordenamiento aplicable al fondo del asunto sería el del Estado donde tuviera su residencia habitual la parte que debiera realizar la prestación característica del contrato (apartado 2 del artículo 4). De

⁴⁰ Pero que contaba con el antecedente del citado Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955, cuyo artículo 3, párrafo 3, dispone que las ventas en subasta se regirán por la Ley interna del país en que se realice.

⁴¹ “Article 4”, en F. FERRARI y S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 42-43 y “Article 4” en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (coords.), *Rome I Regulation - Commentary*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, p. 302. Sobre este concepto en general aplicado al presente campo, *vid.* M. SUÁREZ MANSILLA, “¿Cómo se entiende la diligencia debida en el mercado del arte actual?”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Arte, Derecho y comercio internacional*, *cit.*, pp. 315-328.

⁴² *Litigación internacional en la Unión Europea II (La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 159.

⁴³ Por la propia naturaleza del ámbito de aplicación material del Reglamento, debería tratarse de subastas privadas (aunque celebradas públicamente, *supra*), lo que proscribiera pues las subastas públicas, como es el caso de las judiciales: *cf.* F. FERRARI y J.A. BISCHOFF, “Article 4”, *cit.*, p. 155.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 154-155.

⁴⁵ Modalidad en la que resulta indiferente si el propietario tercero de la obra de arte o quien puja por ella se hallan o no en el mismo lugar físico de la subasta, pues éste puede hacerlo de manera presencial o telemática (por teléfono, internet, etc.): *vid.* U. MAGNUS, “Article 4” en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (coords.), *Rome I Regulation - Commentary*, *cit.*, p. 303.

⁴⁶ *Cfr.* A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2957 y U. MAGNUS, “Article 4”, *cit.*, p. 43.

una interpretación sistemática y lógica de este precepto cabe afirmar que la prestación característica del contrato que venimos analizando consistiría en la entrega de la obra de arte subastada al adjudicatario y que la misma es llevada a cabo por la casa de subasta; por consiguiente, sería de aplicación el ordenamiento del Estado de la residencia habitual de la casa de subasta⁴⁷; solución, en definitiva, que coincidiría con la de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 para el contrato de compraventa de mercaderías.

41. Este criterio de conexión se precisa doblemente por el Reglamento. Desde un punto de vista temporal, concretándolo en el momento de la celebración del contrato (de la celebración de la subasta, en definitiva) *ex* artículo 19, apartado 3, del Reglamento. Desde una óptica subjetiva, siendo las casas de subastas personas jurídicas se señala en el apartado 1 del mismo artículo que su residencia habitual sería el lugar de su administración central; y para el caso de que el contrato se hubiese celebrado en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento o si, según el contrato, la prestación debiera ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se consideraría residencia habitual a estos efectos el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento estuviera situado.

42. c) Finalmente, pese a concurrir las circunstancias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 4 podría suceder que del conjunto de circunstancias se desprendiese claramente que la subasta presentase vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en dichos apartados. En tal caso se aplicaría el Derecho de este otro país (apartado 3 del artículo 4 del Reglamento Roma I), siendo preciso insistir en que el supuesto de hecho de esta norma incluye los adverbios *claramente* y *manifiestamente* para evitar el uso de esta cláusula de excepción de una manera caprichosa o precipitada; corresponde a la parte interesada en la aplicación del ordenamiento de este otro Estado probar la concurrencia de ese conjunto de circunstancias en tales términos y a la autoridad que conozca del asunto decidir si la cláusula podría operar o no⁴⁸. Ejemplos de supuestos de aplicación de esta norma serían aquel en el vendedor y el comprador de la obra de arte estuviesen domiciliados un mismo Estado habiéndose celebrado la subasta en otro o en internet; o aquel en que no pudieran determinarse el lugar de celebración de la subasta ni el de la residencia habitual del vendedor⁴⁹.

3. Incidencia de las normas imperativas en la materia

43. Finalizamos este opúsculo con la necesaria referencia a aquellas disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos (tales como su organización política, social o económica) hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, cualquiera que fuese el ordenamiento aplicable al contrato según él: se trata de las llamadas “leyes de policía” (artículo 9, apartado 1), que en el campo de la adquisición de obras de arte en subasta serían las indicadas al final de este epígrafe. El citado artículo 9 distingue dos supuestos.

- a) Por una parte, las pertenecientes al Derecho del foro (esto es, al ordenamiento del Estado de la autoridad que estuviese conociendo del asunto), cuya aplicación no puede ser restringida (apartado 2); si dicho Estado fuera asimismo el del origen de la obra de arte, el de su ubicación o el de su subasta, sus normas en la materia deberían ser imperativamente respetadas.

⁴⁷ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ sostienen que esta regla comporta una solución conflictual plenamente ineficiente pues la residencia habitual del vendedor es un dato frecuentemente ignorado y desconocido en estas transacciones; de modo que, de no haberse consagrado la norma especial que acabamos de estudiar en la letra precedente, se estaría invocando una Ley imprevisible para los contratantes con costes conflictuales elevados para ellos: *Litigación internacional en la Unión Europea II*, *cit.*, p. 159.

⁴⁸ Descartamos el estudio del apartado 4 del artículo 4, que incorpora asimismo la cláusula de excepción de los vínculos más estrechos, por cuanto exige para su aplicación que no haya podido determinarse el ordenamiento aplicable a la controversia sobre la adquisición de la obra de arte en subasta conforme a los apartados 1 y 2, lo que rara vez ocurriría.

⁴⁹ U. MAGNUS, “Article 4” en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (coords.), *Rome I Regulation - Commentary*, *cit.*, p. 303.

- b) Por otra parte, el artículo 9 se refiere a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tuvieran que ejecutarse o hubieran sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hicieran la ejecución del contrato ilegal, leyes a las que “podrá darse efecto” (apartado 3). Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, prevé esta norma que la autoridad que conozca del asunto (por ejemplo, un juez español) tenga en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación; piénsese, por ejemplo, en las normas de esta índole consagradas en el país de entrega de la obra de arte al comprador (que puede ser el mismo de la subasta o no) o de realización del pago del precio de remate en subasta.

44. Como ejemplo de todo lo expuesto, despliegan efectos en este campo ciertas normas de Derecho público que tienen por función proteger los intereses estatales en el tráfico de obras de arte⁵⁰. Son normas de orden público o materiales imperativas que, según se ha explicado, se imponen sobre el Derecho sustantivo nacional que pueda resultar aplicable al fondo de la compraventa de una obra de arte cuando ésta tenga la naturaleza de bien de interés cultural⁵¹. Entre otras, se trataría de las siguientes normas.

45. 1º Por un lado, el derecho de adquisición preferente (mediante tanteo o retracto) por los Estados respecto en las transmisiones de estos bienes ora entre particulares, ora en subasta. En el sistema español, las normas sobre tanteo y retracto se contienen en el artículo 38 de la aludida Ley 16/1985, 25 junio, del Patrimonio Histórico Español y en los artículos 40 a 43 del Real Decreto 111/1986, 10 de enero, de desarrollo parcial de la citada Ley⁵².

46. 2º Otra manifestación de normas de protección de ciertos bienes artísticos que pueden incidir en la adquisición de obras de arte en subasta se refiere a los controles -y, eventualmente, a las prohibiciones- de su exportación⁵³. Suelen intervenir en este ámbito las autoridades públicas para imponer un

⁵⁰ Con carácter general *cf.* C. CAMBLOR DE ECHANOVE, *La intervención del Estado en el mercado del arte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; S. GASPAS LERA, “Limitaciones a la libertad de enajenación de los bienes culturales”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 42 (2023), pp. 49-86; y K. SIEHR, “International Art Trade Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International / Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 243 (1993-VI), pp. 11-292.

⁵¹ El artículo 2 del Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 (en el que España es parte), entiende por bienes culturales aquellos que, por razones religiosas o seculares, revistan importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte y la ciencia y que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el anexo al propio Convenio. Esta categoría es asimismo objeto de una definición más precisa en el artículo 2, apartado 1º, de la citada Ley 1/2017.

⁵² La bibliografía sobre el particular es extensa. En la doctrina española véanse, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA, “Derecho internacional privado y Convenio de Unidroit, de 24 de junio de 1995, sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *La Ley*, nº 6056 (7 de julio de 2004), pp. 1-7; *id.*, “Private international law and the Unidroit convention of 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects”, en H.-P. MANSEL y otros (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, Munich, 2004, p. 87-104; A.L. CALVO CARAVACA Y C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ “El Convenio de Unidroit de 24 de junio de 1995”, en C. FERNÁNDEZ LIESA Y J.J. PRIETO DE PEDRO (dirs.), en *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural: especial referencia a España*, Colex, Madrid, 2009, pp. 155-190; K. FACH, “Algunas consideraciones en torno al convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, pp. 237-260; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Adhesión de España al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente de 1995”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, nº 1, pp. 573-576; y J.M. SÁNCHEZ FELIPE, “El Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, nº 1, pp. 435-466.

⁵³ Fuente: <https://www.cultura.gob.es/cultura/patrimonio/adquisicion-de-bienes-culturales/modos-de-adquisicion/adquisicion-preferente.html>. Para más detalle *vid.* Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *La compraventa de obras de arte: problemas de Derecho privado*, *cit.*, 416-479. En mayo de 2024 un particular británico adquirió en Madrid un célebre *Ecce Homo* de Caravaggio, cuya subasta se había intentado en Ansorena en 2021 y que fue declarado bien de interés cultural por la Comunidad de Madrid ese mismo año, por lo que no podía salir de territorio español; respecto de él, ni el Estado a través del Ministerio de Cultura ni la citada Comunidad de Madrid ejercieron su derecho de tanteo en la venta indicada.

⁵⁴ *Cfr.* Y. BERGEL SAINZ DE BARANDA, *op. cit.*, pp. 479; 577; *id.*, “Régimen jurídico de la exportación e importación de bienes culturales”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Arte, Derecho y comercio internacional*, *cit.*, pp. 71-90; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 y E. MOTTESE, “La confisca di beni culturali illecitamente esportati”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2019, nº 4, pp. 1089-1108,

sistema de autorizaciones administrativas con vistas a supervisar y permitir o no, en su caso, la salida del territorio nacional de ciertas obras o bienes⁵⁴. El ánimo que con esta intervención se persigue no es otro que la protección del patrimonio histórico de un Estado evitando la salida ilícita de su territorio de los bienes que lo integran (en particular mediante la lucha frente a su expoliación)⁵⁵.

47. Algunos supuestos célebres en este campo los aborda por ejemplo V. FUENTES CAMACHO⁵⁶. Por un lado, el del Picasso *Cabeza de mujer* propiedad de Jaime Botín, cuya subasta pretendió en Christie's en Londres siendo prohibida la exportación para dicha venta por la autoridad española⁵⁷. Por otro lado, el caso del retrato de la *Marquesa de Santa Cruz* de Goya que había sido objeto de exportación ilegal y ofrecido en subasta por la misma casa también en Londres, si bien retirado de ella a instancias del Gobierno español⁵⁸.

48. 3º Mención especial requiere el supuesto de la subasta de bienes artísticos de origen ilícito (comunitario y extracomunitario), frecuentemente vinculado a la usucapión -extraordinaria- de los mismos, no admitida en todos los sistemas jurídicos y cuyos plazos varían en aquellos que sí la contemplan⁵⁹. Un célebre ejemplo lo ofrece el llamado asunto *Cassirer* a propósito del cuadro *Rue St. Honoré après midi, effet de pluie* de C. Pissarro, recientemente resuelto por la sentencia del Tribunal de Apelación, Noveno Circuito, del Estado de California de 9 de enero de 2024⁶⁰

⁵⁴ En nuestro sistema, el régimen de esta materia se contiene básicamente en el Reglamento (CE) 116/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la exportación de bienes culturales, así como en la reiterada Ley 16/1985. Sobre él véase, entre otros, F. VACAS FERNÁNDEZ, "El Reglamento (CE) 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 21, 2010.

⁵⁵ De hecho, la Ley 7/1996 dispone en el apartado 3 de su artículo 57 que "La empresa subastadora deberá comprobar, en su caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para la protección del tesoro artístico, histórico y bibliográfico de España". Se considerará infracción grave admitir objetos para su venta en subasta sin haber comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la citada legislación (artículo 65, apartado 1, letra o).

⁵⁶ "El patrimonio cultural mueble y el Derecho internacional privado", en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, P. DE MIGUEL ASENSIO, S. SÁNCHEZ LORENZO y G. ESTAMPA CASAS (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, 2020.

⁵⁷ En concreto por decisión de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español el 13 de diciembre de 2012: pp. 330-331.

⁵⁸ Pp. 334-335; sobre ello se pronunció la sentencia *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd. and another* de la *Chancery Division* de la *High Court* de Inglaterra, 18 a 21 de marzo de 1986 (*Weekly Law Reports*, 1986, pp. 1120-1133).

⁵⁹ Dentro de este bloque particular relieve adquiere el supuesto de obras de arte expoliadas por los nazis. Sobre ello véanse, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, nº 2, pp. 198-250 y L. PÉREZ-PRAT DURBÁN y G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, Universidad de Huelva, 2019.

⁶⁰ <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2024/03/Thysswn-Bornemisza19-55616.pdf>. Sobre este asunto *cfr.*, entre otros, B. ARP, "Dos males, un bien no hacen: el asunto Cassirer ante los tribunales estadounidenses y la inmunidad de jurisdicción de España", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2011, nº 2, pp. 161-177; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis", *cit.*, pp. 209 ss.; C.M. Díez SOTO, "Cassirer V. Fundación Thyssen: adquisición por usucapión extraordinaria de obra de arte robada durante el holocausto", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, nº 2, pp. 377-403; A. ORTEGA GIMÉNEZ, "Arte, Derecho y comercio internacional. A propósito del litigio sobre el cuadro «Rue ST. Honoré, Après midi, effet de pluie», del pintor impresionista francés Camille Pissarro", *Iberley / Tribuna*, 6 de febrero de 2024; E. RODRÍGUEZ PINEAU, "¿Retener o retornar? Reflexiones sobre la solución material del asunto Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza", en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN y G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, *cit.*, pp. 177-201; J.E. SORIANO GARCÍA, "La pretendida jurisdicción universal de Estados Unidos, el cuadro español de Pissarro y el respeto mutuo entre Estados y Jueces", *Crónica del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 103 (2023), pp. 24-27; y S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, "Algunas reflexiones sobre en el caso Cassirer c. Fundación Thyssen-Bornemisza desde el Derecho internacional público", en L. PÉREZ-PRAT DURBÁN y G. FERNÁNDEZ ARRIBAS (eds.), *Holocausto y bienes culturales*, *cit.*, pp. 203-243.

La restitución del oro de Crimea: del conflicto geopolítico al conflicto de leyes

The return of Crimean gold: from geopolitical conflict to conflict of laws

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid*

Recibido: 07.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8976

Resumen: En el contexto del conflicto entre Ucrania y la Federación de Rusia por la península de Crimea, la devolución de las piezas exhibidas en una exposición sobre el ‘oro de Crimea’ en Ámsterdam ha suscitado una larga disputa ante los tribunales neerlandeses. El inicial planteamiento de restitución a Ucrania con fundamento en la Convención de la Unesco de 1970 resulta sustituido por la aplicación de una ley de policía, dictada tras la invasión rusa para evitar la dispersión del patrimonio ucraniano, aplicada como tal pese a ser parte de la *lex causae*. El recurso a reglas de Derecho internacional, normas nacionales de DIPr y la doctrina de la *Sonderanknüpfung* muestran la complejidad de los casos de protección del patrimonio cultural.

Palabras clave: Patrimonio cultural, *lex causae*, leyes de policía.

Abstract: In the context of the conflict between Ukraine and the Russian Federation over the Crimean peninsula, the return of artefacts displayed in an exhibition on ‘Crimean gold’ in Amsterdam has led to a long-running dispute in the Dutch courts. The restitution to Ukraine was initially based on the 1970 Unesco Convention to be later justified by the application of a *loi de police*, issued after the Russian invasion to prevent the dispersal of Ukrainian heritage. Such overriding mandatory rule was applied as such despite being part of the *lex causae*. The intertwining of international law, national rules of private international law and the use of *Sonderanknüpfung* doctrine to solve the case shows the complexity of cultural heritage protection cases.

Keywords: cultural property, *lex causae*, overriding mandatory rules.

Sumario: I. Introducción. II. La decisión del *Rechtbank Amsterdam*. 1. La restitución de los bienes. 2. El cumplimiento del contrato. III. La decisión del tribunal de apelación de Ámsterdam. 1. La restitución de los bienes. A) Solicitud de restitución por exportación ilícita. B) Sobre la titularidad de las piezas. 2. El cumplimiento del contrato. IV. La sentencia de casación. V. Leyes de policía ‘a la neerlandesa’. 1. *Schuldstatustheorie v. Sonderanknüpfung*. 2. Artículo 10:7 CCNL v. artículo 9 RRI. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La restitución de quinientas piezas de oro que varios museos de Kiev y Crimea prestaron para la exposición “Crimea: Oro y secretos del Mar negro”, desarrollada en Bonn (Alemania) y Ámsterdam (Países Bajos) en 2014, ha generado una intensa disputa a lo largo de diez años hasta su definitiva reso-

lución en noviembre de 2023¹. Se trata de un asunto que, a pesar de haber sido objeto de atención fundamentalmente entre los expertos en Derecho internacional público, se ha resuelto en clave de Derecho internacional privado recurriendo a técnicas de conflicto de leyes y, en particular, a las leyes de policía. La combinación de técnicas internacional privatistas y protección de bienes culturales en la resolución del caso no puede sino servir de excusa para que las reflexiones que siguen rindan homenaje al profesor Calvo.

2. Para entender la complejidad de la disputa conviene en primer lugar exponer los hechos del asunto. En febrero de 2013 cinco museos sitios en Ucrania, el Museo nacional de historia de Ucrania de Kiev y cuatro de Crimea (la Reserva nacional del Quersoneso Táurico de Sebastopol, el Museo central de Táurida de Simferópol, la Reserva histórica y cultural de Kerch y la Reserva histórica y cultural de Bakhchisaray), prestaron unas quinientas piezas para su exhibición en el *LRV-Landesmuseum* de Bonn (de julio de 2013 a enero de 2014) y luego en el museo Allard Pierson de Ámsterdam (de febrero a agosto de 2014). La salida de las piezas de Ucrania venía autorizada por las correspondientes licencias de exportación del gobierno ucraniano. El préstamo se articuló en un contrato sujeto a Derecho ucraniano, conforme al cual el museo neerlandés se comprometía a devolver los bienes en un plazo razonable tras la finalización de la exposición, con fecha límite en septiembre de 2014. La exposición se desarrolló con gran éxito en Alemania y de ahí se trasladó a Ámsterdam, inaugurándose en febrero de 2014.

3. En marzo de 2014, en el contexto de los profundos cambios políticos que se estaban produciendo en Ucrania tras el denominado *Euromaidan*, las tropas rusas entraron en el territorio de Crimea. La República Autónoma de Crimea (que formaba parte de Ucrania desde la independencia de ésta en 1991) decidió secesionarse de Ucrania y, tras un referéndum ese mismo mes, anexionarse a Rusia². La mayoría de los Estados no reconoció esta secesión y consideró que se había producido una ocupación por parte de Rusia, lo que llevó a la adopción de medidas sancionadoras por parte de las Naciones Unidas y de la Unión Europea³.

4. En este contexto, tras la ocupación/anexión de Crimea, y antes de que finalizara la exposición, el gobierno de Ucrania solicitó al museo Allard Pierson que le devolviera las piezas inmediatamente. A estos efectos, el gobierno ucraniano había procedido a modificar el reglamento de desarrollo de la ley de museos ucraniana, introduciendo una disposición por la cual, en caso de peligro de destrucción, pérdida o daño de las piezas de un museo, el ministro estaría autorizado a tomar una decisión sobre su traslado para su conservación. El 13 de mayo de 2014 el ministro dictó dicha norma en forma de Orden nº 292 (en adelante, la Orden), que suponía que se retiraba (temporalmente) la gestión de los tesoros de Crimea de los museos de Crimea y se designaba al Museo Nacional de Historia de Ucrania custodio de los tesoros de Crimea. Por su parte, los museos de Crimea indicaron al museo neerlandés que se debían respetar los términos del contrato y devolver las piezas a los museos de origen. La posición del museo Allard Pierson era complicada pues desde la perspectiva de los Países Bajos Crimea estaba ocupada desde marzo de 2014. El potencial riesgo que para el patrimonio cultural ucraniano (y en particular de Crimea) podía tener la anexión a Rusia se vio confirmado cuando en 2015 la Federación de Rusia promulgó una ley conforme a la cual las colecciones de los museos de Crimea debían incorporarse al registro nacional

¹ <https://www.theartnewspaper.com/2023/11/29/scythian-gold-artefacts-returned-to-ukraine-after-legal-battle-with-russia>.

² La historia de Ucrania ha sido compleja y ha sufrido distintas dominaciones o anexiones; en el siglo XX Ucrania intentó independizarse como estado en varias ocasiones, en 1917, 1941 y finalmente en 1991, cuando cayó la URSS. Crimea, por su parte, ha estado bajo el control de griegos, persas, romanos, otomanos y en 1783, de Rusia, hasta su independencia como república en 1945. Sólo ha sido territorio ucraniano desde hace tiempos relativamente recientes, v. gr. 1954, cuando en una reordenación de las repúblicas socialistas soviéticas, Kruchov cedió la península a la República de Ucrania. Crimea mantuvo un régimen particular, articulado en su estructura de República Autónoma. Para una contextualización del conflicto, M. NUDELMAN, "Who Owns the Scythian Gold - The Legal and Moral Implications of Ukraine and Crimea's Cultural Dispute", *Fordham International Law Journal*, vol. 38(4), 2015, pp. 1261-1298, pp. 1265-1271; I. TARSIS, "Ukraine on my mind: cultural heritage and the current armed conflict", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 33(3), 2023, pp. 566-594, pp. 575-580.

³ Así la Resolución 68/262 de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/RES/68/262) de 27 de marzo de 2014, o la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2014/145/CFSP, de 17 de marzo de 2014 (DOUE L 78/16 de 17 de marzo de 2014).

de museos rusos⁴. Desde 2014 se han constatado sobre el terreno numerosas actuaciones de Rusia sobre el patrimonio cultural ucraniano⁵.

5. Finalizada la exposición, el museo restituyó las diecinueve obras prestadas por el museo de Kiev y retuvo las restantes, intentando alcanzar un acuerdo con los museos de Crimea y el Estado ucraniano. Ante la falta de consenso, en noviembre de 2014 los museos de Crimea plantearon demanda contra el museo Allard Pierson para que se declarara que tenía que devolverles las piezas. Ucrania, por su parte, pidió que la restitución se hiciera a Kiev, y el museo Allard Pierson solicitó que se le exonerara de responsabilidad por incumplimiento contractual o frente a cualquier reclamación por daños causados por no haber devuelto los bienes en la fecha pactada. A partir de este momento se inicia un largo proceso judicial con la decisión de instancia del *Rechtbank Amsterdam* (tribunal de distrito de Ámsterdam) en 2016, dos sentencias en apelación del *Gerechtshof Amsterdam* en 2019 y 2021 y, finalmente, la decisión del *Hoge Raad*, tribunal de casación neerlandés, en junio de 2023. En todas las instancias se decidió que las piezas de los museos de Crimea debían ser devueltas a Ucrania y no a los museos de Crimea, lo que finalmente se verificó en noviembre de 2023⁶. Sin embargo, la justificación de la restitución no se fundamenta en los mismos argumentos en las distintas instancias, donde se valoran de distinto modo los elementos jurídico-públicos y jurídico-privados de la disputa. Abordaremos este *iter* judicial en sentido cronológico (*infra* II-IV) para analizar a continuación la aproximación neerlandesa a las leyes imperativas (*infra* V) y concluir con unas reflexiones desde una visión más global del caso (*infra* VI).

II. La decisión del *Rechtbank Amsterdam*

6. Casi dos años después de que se planteara la demanda, el tribunal de distrito de Ámsterdam dictó sentencia en diciembre de 2016⁷. Las pretensiones planteadas por las partes se podían concretar en dos cuestiones principales: (i) a quién debían restituirse las piezas cedidas para la exposición, a los museos de Crimea o a Ucrania, y (ii) otra de naturaleza obligacional, *v.gr.* el cumplimiento del contrato, o más concretamente, la declaración de no incumplimiento por no devolver las piezas y de exoneración de responsabilidad por parte del museo Allard Pierson.

1. La restitución de los bienes

7. La complejidad del caso tiene mucho que ver con el régimen jurídico-real de los bienes prestados, por lo que resulta pertinente detenerse con carácter previo en este aspecto. Ya desde esta instancia resulta claro que todas las partes concuerdan en que, en el momento de su salida de los museos, todos los bienes (los provenientes de Kiev y los de Crimea) forman parte del ‘fondo estatal de museos de Ucrania’ y están inventariados en el registro de bienes culturales del país. También es indiscutido que los cuatro museos de Crimea tienen un derecho de ‘gestión operativa’ sobre estos bienes, que implica un derecho real limitado que se identifica con una especie de usucapión. Ahora bien, este derecho, conferido por Ucrania a la República Autónoma de Crimea para preservar y gestionar sus objetos históricos, corresponde al fundador (titular) del cada museo, de manera que dicho derecho era de Ucrania respecto de las

⁴ E. CAMPFENS Y I. TARSIS, “Cri-Me-A-River! Crimean Gold in the Crosshairs of Geopolitics”, *IFAR Journal*, vol. 18(1), 2017, pp. 36-48, p. 44.

⁵ Entre otras actuaciones se ha verificado la apropiación de bienes culturales y la transferencia de éstos a instituciones de Rusia, véase el informe realizado por E. CAMPFENS, A. JAKUBOWSKI, K. HAUSLER Y E. SELTER, *Protecting cultural heritage from armed conflicts in Ukraine and beyond*, Research for CULT Committee – European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Bruselas, 2023 (disponible en <https://bit.ly/3FxnAdf>).

⁶ La disputa no parece definitivamente cerrada pues los museos de Crimea habrían interpuesto demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (<https://svidomi.in.ua/page/museums-in-the-temporarily-occupied-crimea-file-lawsuits-with-the-european-court-of-human-rights-against-the-transfer-of-scythian-gold-to-ukraine>, consultada 2/05/2024).

⁷ Sentencia de 14 de diciembre de 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2016:8264).

piezas de la Reserva nacional del Quersoneso Táurico, creado por Ucrania, mientras que para los otros tres museos (el Museo central de Táurida de Simferópol, la Reserva histórica y cultural de Kerch y la Reserva histórica y cultural de Bakhchisaray), que habían sido creados por la República Autónoma de Crimea, el derecho de ‘gestión operativa’ correspondía a esta última⁸.

8. Cuando se plantea la cuestión de a quién hay que restituir las piezas, el tribunal de instancia no aplica las normas de conflicto neerlandesas en materia de derechos reales (art. 10:127 del Código civil neerlandés, en adelante CCNL) sino que encuadra la petición en el marco específico de la restitución de bienes culturales, invocando la Convención de 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (en adelante, Convenio de la Unesco de 1970) y de la que son parte contratante tanto los Países Bajos como Rusia y Ucrania. Conforme al art. 3 del Convenio, los bienes que han salido ilícitamente de un país deben ser restituidos a aquel país. Pero como el Convenio no es directamente aplicable, depende de su desarrollo en normas nacionales, en el caso, la ley de patrimonio neerlandesa de 2009⁹. Presupuesto de la restitución solicitada era que las piezas pudieran considerarse ilícitamente exportadas, para lo cual resultaba de aplicación el art. 6.3 de la ley de patrimonio neerlandesa. En sentido estricto las piezas no habían salido de manera ilícita de Crimea ya que contaban con la autorización de Ucrania y su presencia en los Países Bajos estaba cubierta por el contrato hasta agosto de 2014. La cuestión que se plantea es si el art. 6.3 debe ser interpretado de forma amplia, entendiendo que la entrada lícita en Países Bajos deviene ilícita en el momento en que no se devuelven en tiempo pactado los bienes (y ello activa la posibilidad de que el titular de los bienes los reclame), o si debe sostenerse una interpretación estricta y más literal de la exportación ilícita del bien.

9. El problema deriva de la indefinición de la ilicitud en el Convenio de la Unesco 1970¹⁰. El tribunal de distrito de Ámsterdam hace una interpretación amplia, amparado en reconocida doctrina¹¹, sosteniendo su posición en la ley de patrimonio neerlandesa que establece que sus disposiciones se deben interpretar también a la luz de otros textos internacionales como la Directiva europea sobre restitución de bienes culturales ilícitamente exportados¹² y del Convenio Unidroit de 1995 sobre los bienes robados o exportados ilícitamente. Estos dos textos incorporan (en sus arts. 1.2 y 5.2 respectivamente) una definición de ilicitud que incluye el supuesto que se planteaba, *i.e.* la no devolución en tiempo pactado del bien¹³. Haciendo una lectura del Convenio de la Unesco de 1970 que atiende al espíritu de la norma, en esencia, favorecer la restitución de los bienes, el tribunal entiende que el presupuesto para la restitución está presente, y ordena que las piezas se devuelvan al Estado demandante, *i.e.* Ucrania, remitiendo las posibles disputas sobre la titularidad a los tribunales de Ucrania, conforme al Derecho del Estado reclamante. En definitiva, el *Rechtbank* reconduce la disputa entre los museos de Ámsterdam y Crimea a una reclamación estatal, resolviendo en consecuencia conforme a normas de Derecho internacional.

⁸ Vid. apartado 3.2 de la sentencia de instancia.

⁹ Ley de protección del patrimonio cultural, de 1 de enero de 1984, revisada en 2009 para adaptar sus disposiciones a las obligaciones del Convenio de la Unesco de 1970 tras la ratificación del Convenio por los Países Bajos. Sobre esta norma, así como para un análisis crítico de las cuestiones relativas a la aplicación del Convenio por parte del *Rechtbank*, vid. L. VAN VLIET Y J. VAN DER WEIDEN, “The Crimean treasures”, *IPRax*, 2024, pp. 113-125, pp. 118-121, pp. 115-118.

¹⁰ Como explica M. FRANCA, “Article 3 of the 1970 UNESCO Convention”, en *The 1970 Unesco and 1995 Unidroit Conventions on Stolen or Illegally Transferred Cultural Property. A Commentary*, A.F. VRDOLJAK, A. JAKUBOWSKI, A. CHECHI (eds.), OUP 2024, pp. 78-92, la finalidad perseguida por el Convenio no pasa tanto por la definición de la ilicitud como por establecer un marco de cooperación entre los Estados contratantes para que sean éstos, en desarrollo de su normativa, quienes configuren las exigencias de licitud de la salida y entrada de un bien cultural.

¹¹ V. gr. P. J. O’KEEFE, *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, Leicester Institute of Art and Law, Second Edition, 2007.

¹² Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, DOCE n° L 074, refundida en la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012, DOUE n° 159 de 28 de mayo de 2014.

¹³ Sobre el art. 5.2 del Convenio, vid. A. CHECHI Y K-G. LEE, “Article 5 of the 1995 UNIDROIT Convention”, en *The 1970 Unesco and 1995 Unidroit Conventions on Stolen or Illegally Transferred Cultural Property. A Commentary*, A.F. VRDOLJAK, A. JAKUBOWSKI, A. CHECHI (eds.), OUP 2024, pp. 579-598, pp. 587-591.

2. El cumplimiento del contrato

10. Las pretensiones del museo Allard Pierson se centran en los aspectos contractuales del caso, pues los sucesos acontecidos habían introducido elementos que incidían directamente en la ejecución de éste, en concreto en la obligación de devolución y la posible responsabilidad en que se incurriría de no hacerlo. Dado que el contrato estaba sujeto al Derecho de Ucrania, válidamente pactado según el art. 3 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I (en adelante, RRI), se trataba de aplicar las disposiciones pertinentes del código civil ucraniano. Para el museo neerlandés, el supuesto encajaba en el art. 652 de dicha norma, que regula la modificación o resolución resultante de un cambio material de circunstancias, en concreto de su apartado segundo, y permitía que se entendiera que el contrato había quedado resuelto por un cambio esencial de circunstancias¹⁴. Así lo entiende el tribunal de distrito de Ámsterdam por lo que, resuelto el contrato, el museo Allard Pierson no tenía obligación de devolver las piezas a los museos de Crimea y, en consecuencia, no incurriría en incumplimiento alguno (ni le sería exigible responsabilidad) por entregarlas a Kiev.

III. La decisión del tribunal de apelación de Ámsterdam

11. La segunda instancia del proceso se resuelve en dos resoluciones. En la primera, una sentencia interlocutoria dictada en 2019¹⁵, el tribunal de apelación estableció, entre otras cuestiones, que el contrato no podía considerarse resuelto pero que, conforme al Derecho de Ucrania, el museo Allard Pierson tenía derecho a suspender la obligación de entregar las piezas a los museos hasta que no se alcanzara una decisión definitiva¹⁶ y que Ucrania no podía invocar el art. 6.3 de la ley de patrimonio neerlandesa por no ser aplicable al caso¹⁷. Además, en este procedimiento el tribunal permitió a las partes realizar alegaciones sobre una serie de cuestiones relativas a las reclamaciones contractuales y del derecho de propiedad de los museos de Crimea y del Estado de Ucrania. La sentencia definitiva, dictada en 2021¹⁸, confirma que el contrato no puede considerarse resuelto pero, tal como solicitaba el museo Allard Pierson, declara extinguida la obligación de restituir las piezas a los museos de Crimea, de manera que los bienes tienen que ser devueltos a Ucrania.

1. La restitución de los bienes

12. La aproximación del *Gerechtshof Amsterdam* a este primer aspecto difiere notablemente de la seguida en instancia. El tribunal no considera que deba aplicarse el régimen convencional de restitución sino que prioriza la acción reivindicatoria que supone la determinación de la titularidad del bien, en términos jurídico-privados, por lo que el razonamiento se articula en términos de conflicto de leyes y de la incidencia en el caso de las normas imperativas sobre protección de bienes culturales¹⁹.

¹⁴ Reproducido en el apartado 4.25 de la sentencia: *Article 652. Amendment or termination of an agreement due to material change of circumstances*

[...]

2. Should the parties fail to agree on bringing the agreement into compliance with the circumstances that have materially changed, or on its termination, the agreement may be terminated (...) pursuant to a claim of an interested party if the following conditions are cumulatively met:

- 1) at the time of conclusion of the agreement the parties believed that such change of circumstances would not occur;
- 2) the change of circumstances is due to reasons that the interested party could not reasonably cure after such reasons arose (...);
- 3) performance of the agreement would change the balance of property interests of the parties and deprive the interested party of what it expected upon the entry into the agreement;
- 4) the nature of the agreement or trade usages do not shift the risk of change of circumstances to the interested party. (...)

¹⁵ Sentencia de 16 de julio de 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2427).

¹⁶ Apartados 4.6-4.11 de la sentencia de 2019.

¹⁷ Apartados 4.13-4.34 de la sentencia de 2019.

¹⁸ Sentencia de 26 de octubre 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:3201).

¹⁹ Sobre el alcance de las normas imperativas en los contratos sobre bienes culturales, A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA

A) Solicitud de restitución por exportación ilícita

13. El *Gerechtshof* discrepa de la solución adoptada por el tribunal de instancia y sostiene la necesidad de realizar una interpretación estricta del art. 6.3 de la ley de protección del patrimonio neerlandesa, descartando la interpretación a la luz de la Directiva (ya que Ucrania no es Estado miembro de la Unión Europea) o del Convenio de Unidroit de 1995 (que no ha sido ratificado por los Países Bajos)²⁰. En consecuencia, entiende que no se puede establecer que haya habido una exportación ilícita que fundamente la restitución solicitada por Ucrania (en virtud del citado art. 6.3 de la ley neerlandesa) al amparo del Convenio de la Unesco de 1970.

14. Esta posición es criticada por el Abogado General en su escrito para la casación²¹. Y también ha suscitado reacciones negativas por parte de la doctrina internacionalista, que entiende que la interpretación que hace el *Gerechtshof* del Convenio de 1970 no responde realmente a los parámetros del art. 31 del Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados²². A los efectos de este trabajo, sin embargo, lo relevante es la alternativa que plantea el tribunal de apelación para resolver el asunto.

B) Sobre la titularidad de las piezas

15. El *Gerechtshof Amsterdam* aborda el supuesto desde la perspectiva del alcance de los derechos reales sobre las piezas. Conviene indicar que la norma de conflicto neerlandesa (art. 10:127 CCNL) establece que los derechos reales sobre los bienes quedan sujetos a la ley del Estado donde se encuentran y que el traslado de los bienes a otro Estado no afecta al derecho real establecido conforme a dicha norma de conflicto (art. 10:130 CCNL). Ello implica que los derechos reales existentes sobre los bienes quedaban sujetos al Derecho ucraniano (como veremos inmediatamente la disputa se centraba tanto en la propiedad como en el derecho de ‘gestión operativa’ sobre los bienes prestados).

16. Como se puso de manifiesto al inicio de este trabajo, el régimen jurídico-real de las piezas prestadas era complejo, pues por una parte todas se encontraban incluidas en el registro de bienes culturales ucraniano (y pertenecen al ‘fondo estatal de los museos de Ucrania’), y por otra, las piezas de los museos de Crimea estaban sujetas a un derecho de ‘gestión operativa’, derecho real limitado del que eran titulares los fundadores de los museos, *v.gr.*: Ucrania (para la Reserva nacional del Quersoneso Táurico) y la República Autónoma de Crimea (para los otros tres). La ocupación de Crimea había impulsado al gobierno ucraniano a adoptar la Orden nº 292 (en desarrollo del art. 41 del reglamento de desarrollo de la ley de museos ucraniana), que implicaba el traslado de las piezas de Crimea al Museo Histórico Nacional de Ucrania en Kiev a la espera de la estabilización de la situación en Crimea²³. Para valorar qué derecho real debía prevalecer, el tribunal de apelación distingue la situación del museo de titularidad ucraniana y la de los museos de titularidad de la República Autónoma de Crimea.

17. Respecto del derecho de la Reserva nacional del Quersoneso Táurico, el tribunal considera que la Orden no tiene por objeto poner fin al derecho de ‘gestión operativa’ del museo, sino asegurar de forma temporal la conservación de los bienes hasta que se establezca la situación en Crimea con el fin de

GONZÁLEZ, “Contratos de importación y exportación de bienes culturales” en *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Anotnio Carrillo Salcedo*, M. VARGAS, A. SALINAS (coord.), Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga, 2005, pp. 259-292.

²⁰ Apartados 4.21-4.24 de la sentencia de 2019.

²¹ Opinión de 27 de enero de 2023 (ECLI:NL:PHR:2023:118), apartado 5. Para el Abogado General una interpretación amplia está sostenida no sólo por la necesidad de realizar una interpretación a la luz de los fines que persigue el Convenio de la Unesco (y apoyada en posiciones doctrinales) sino que la remisión a otros criterios interpretativos derivados de la Directiva UE o del Convenio Unidroit está amparada por la propia ley neerlandesa de patrimonio (apartado 5.6 de la opinión).

²² A. CHECHI, “The case of the Crimean art treasure and the question of the application of the Unesco Convention of 1970”, *Rivista di diritto internazionale*, 2020-II, pp. 469-485, pp. 475-480.

²³ Apartado 3.25.1 de la sentencia de 2021.

proteger el patrimonio cultural de Ucrania. Por esto mismo, entiende que no es una medida de naturaleza expropiatoria²⁴. El tribunal rechaza que una disputa de naturaleza privada, como es la reclamación sobre los bienes del museo (en concreto, la vulneración del derecho de ‘gestión operativa’ que supondría la no devolución) no pueda verse afectada por una norma de Derecho público, *v.gr.* la Orden nº 292. Igualmente descarta que haya que considerar elementos alternativos para la resolución del caso, como garantizar la unidad de las colecciones, tal como invoca el museo²⁵.

18. Por otra parte, en cuanto a las piezas de las colecciones de la Reserva nacional de Táurida, la Reserva nacional de Kerch y la Reserva nacional de Bakhchisaray, entidades que son de titularidad de la República Autónoma de Crimea, no se entra a discutir sobre quién tiene la propiedad de los bienes ya que lo relevante es que las piezas de los museos en cuestión también pertenecen al ‘fondo de museos de Ucrania’ y, por tanto, están sujetas al régimen (de protección) de la ley de museos, independientemente de que sean propiedad de uno u otro. Especialmente relevante a estos efectos es que Ucrania fue quién autorizó la salida de los bienes del país. En este contexto, aunque los museos de titularidad de la República Autónoma de Crimea tuvieran el derecho de ‘gestión operativa’, se aplicarían los mismos argumentos que para el museo de titularidad ucraniana, y habría que valorar el impacto de la Orden sobre dicho derecho²⁶.

19. En esencia, pues, lo que estaba en juego es el impacto de la Orden nº 292 sobre la *lex rei sitae* (*i.e.* el derecho reconocido por la legislación ucraniana a los museos) y su posible aplicación en virtud del art. 10:7 CCNL, relativo a las normas imperativas extranjeras. El art. 10:7 CCNL incorpora una regla muy parecida al art. 7 del Convenio de Roma de 1980 en la que, tras una definición de qué son normas internacionalmente imperativas, establece que tales normas del foro deben ser siempre aplicadas, mientras que a las normas de un tercer Estado con el que esté estrechamente vinculado el caso se les podrá dar efecto teniendo en cuenta su naturaleza, finalidad y consecuencias de aplicar (o no) dicha norma²⁷. El *Gerechthof* entiende que la Orden, junto con el resto de normas que configuran la protección del patrimonio cultural ucraniano, merece ser aplicada como ley de policía en el caso²⁸.

2. El cumplimiento del contrato

20. Establecido el carácter imperativo de la Orden nº 292, el tribunal considera el impacto de la norma sobre la pretensión contractual. El tribunal entiende, al contrario que en instancia, que resulta aplicable el art. 607 del Código civil de Ucrania, que regula la extinción de las obligaciones cuando sea imposible ejecutarlas como resultado de una circunstancia de la que ninguna de las partes es responsable. De este modo, la aplicación de la normativa que obliga a restituir los bienes a Ucrania (para proteger los bienes culturales) haría imposible cumplir con la obligación de restitución de los bienes a Crimea, por lo que la obligación de restitución quedaría extinguida. Consecuentemente, aunque el contrato no quede resuelto, no se puede exigir responsabilidad alguna al museo Allard Pierson si devuelve los bienes a Ucrania²⁹.

²⁴ Apartado 3.25.3 de la sentencia de 2021.

²⁵ Apartado 3.26 de la sentencia de 2021.

²⁶ Apartados 3.31 y 3.32.1 de la sentencia de 2021.

²⁷ Article 10:7 Application of special mandatory law

1. Provisions of special mandatory law are provisions of which the observance is of such importance to a State for the preservation of its public interests, such as its political, social or economic organisation, that they must be applied to every case falling within the scope of such provisions, regardless which law is applicable apart from that.

2. The application of the law which is designated by a conflict of law rule, shall be ignored to the extent that, in the given case, provisions of special mandatory law of the Netherlands are applicable.

3. In the application of the law which is designated by a conflict of law rule, effect may be given to provisions of special mandatory law of a foreign State with which the case is closely connected. When deciding whether effect has to be given to such foreign provisions, account is taken of the nature and intention (purpose) of these provisions and of the outcome of the application or non-application thereof.

²⁸ Apartado 3.32.3 de la sentencia de 2021.

²⁹ Apartado 3.35 de la sentencia de 2021.

IV. La sentencia de casación

21. Los museos de Crimea interponen recurso de casación al entender que la Orden n° 292 no puede ser interpretada como lo ha hecho el tribunal de Ámsterdam; que hacerlo así, además, vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que no puede aceptarse la interpretación realizada de que la Orden sea una ley de policía a la que deba darse efecto conforme al art. 10:7 CCNL³⁰. Dado que en casación el alto tribunal no puede revisar la interpretación realizada sobre el Derecho extranjero (lo que supone que se desestimen las dos primeras pretensiones), la sentencia del *Hoge Raad* se centra, pues, en la interpretación del art. 10:7 CCNL³¹.

22. En su sentencia de junio de 2023³², el tribunal de casación considera que en apelación se justificó sobradamente que la Orden respondía a las exigencias del art. 10:7 CCNL en su apartado 1 sobre los fines que satisface la regla para ser considerada internacionalmente imperativa, y que la aplicó debidamente siguiendo los requisitos del apartado 3 del citado art. 10:7 CCNL. En esencia, el *Hoge Raad* confirma que en apelación se valoraron debidamente (i) la vinculación de la norma con el caso, (ii) que su aplicación estuviera justificada atendiendo a su naturaleza y finalidad y (iii) las consecuencias de su aplicación o inaplicación. Por lo tanto, el recurso de casación de los museos no prospera.

V. Leyes de policía ‘a la neerlandesa’

23. La aplicación del art. 10:7 CCNL como mecanismo para la resolución del caso resulta llamativa por varias razones. Como ha indicado la doctrina neerlandesa, es una de las pocas decisiones en que se ha invocado dicha disposición ante los tribunales de aquel país y, sobre todo, la única en materia de derechos reales³³. Pero también merece atención por dos razones adicionales: en primer lugar, por la particular interpretación que de las normas internacionalmente imperativas se hace en el Derecho neerlandés, a partir de la doctrina de la *Sonderanknüpfung* (*infra* 1); en segundo, por la decisión de centrar el caso en el art. 10:7 CCNL eludiendo los aspectos contractuales de la disputa, que podrían haber hecho relevante la consideración del art. 9 del RRI (*infra* 2).

1. *Schuldstatustheorie v. Sonderanknüpfung*

24. El art. 10:7 CCNL se inspira directamente en el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (y posteriormente, el art. 9 RRI). Siendo esto así, es interesante observar cómo el legislador neerlandés decidió desmarcarse de la interpretación generalizada respecto de las normas imperativas de la *lex causae* desde la entrada en vigor del Convenio de Roma³⁴. En efecto, la interpretación mayoritaria de la doctrina europea en relación con las leyes de policía entien-

³⁰ Ucrania había interpuesto un motivo incidental de casación sobre la ilicitud de la exportación, para el caso de que prosperara la pretensión inicial de los museos de Crimea, *i.e.* que no podía considerarse que la Orden n° 292 fuera imperativa, que una decisión ministerial como esa no podía afectar a su derecho de ‘gestión operativa’ y que no se había justificado debidamente el carácter no expropiatorio de la medida en relación con el art. 1 del Primer Protocolo del CEDH. Dado que se rechaza el recurso principal de casación, el alto tribunal no entra a valorar la pretensión incidental.

³¹ En concreto, el alto tribunal reitera que la interpretación del Derecho extranjero no es objeto de casación según el art. 79 de la ley procesal neerlandesa (apartado 3.1.2) y que el tribunal de apelación de Ámsterdam sí ha justificado suficientemente la no vulneración del art. 1 del Protocolo del CEDH (apartado 3.1.3).

³² Sentencia de 9 de junio 2023 (ECLI:NL:HR:2023:865).

³³ L. VAN VLIET Y J. VAN DER WEIDEN, “The Crimean treasures”, *cit.*, p. 124.

³⁴ A.V.M. STRUYCKEN, “The Codification of Dutch Private International Law: A Brief Introduction to Book 10 BW”, *RabelsZ*, 2014, pp. 592-614, p. 606. Resulta también ilustrativa la explicación del Abogado General acerca de cómo en la redacción del artículo el legislador neerlandés asumió que el art. 7 del Convenio de Roma no contempla las normas imperativas de la *lex causae*, por lo que podrían entenderse aplicables como parte de la *lex causae*, pero que esa no debía ser la aproximación del art. 10:7 CCNL, que exige examinar por separado en el caso concreto si las normas pretenden efectivamente su aplicación como normas imperativas (apartados 4.80-4.81).

de que, cuando éstas forman parte de la *lex causae*, resultan aplicables directamente como parte de dicha ley, con el límite del orden público, sin necesidad de invocar el mecanismo específico de las leyes de policía (*i.e.* la *Schuldstatutstheorie*)³⁵. Esta posición habría sido la predominante durante la elaboración del art. 9 RRI y se ha visto confirmada por la interpretación que de esta norma ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶.

25. Sin embargo, el legislador neerlandés opta por la doctrina de la *Sonderanknüpfung*³⁷. Conforme a esta doctrina, las normas imperativas de la *lex causae* sólo podrán resultar aplicables si satisfacen el control específico previsto para las leyes de policía (de ahí la conexión ‘específica’ que exige esta teoría). En otros términos, para que una norma imperativa de la *lex causae* pueda aplicarse, también debe superar las exigencias del art. 10:7 CCNL (o, en su caso, del art. 9 RRI). Ello explica por qué, aun estando todos los elementos del caso incardinados en el Derecho de Ucrania (*lex contractus, lex rei sitae*), el *Gerechtshof* primero, y el *Hoge Raad* después, dediquen parte esencial de sus sentencias a analizar el funcionamiento del art. 10:7 CCNL y valorar la Orden nº 292 como ley de policía. Ambas sentencias y la opinión del Abogado General aportan elementos interpretativos sobre la *Sonderanknüpfung* que resultan de interés para valorar la solidez de esta doctrina en un entorno ‘hostil’ a la misma. Y en este sentido es relevante observar las diferencias que introduce el *Hoge Raad* respecto de la sentencia de apelación.

26. Como indica la doctrina neerlandesa, la aplicación del art. 10:7 CCNL se estructura en una doble fase. En la primera, se identifica si la norma que se invoca como ley de policía lo es realmente, lo que supone valorar si tiene tal naturaleza en el Estado de origen y si pretende aplicarse al caso litigioso. En la segunda, se consideran las consecuencias que tendría la toma en consideración de dicha norma, analizando la conexión del caso con el Estado de origen de la norma, si su aplicación está justificada y qué consecuencias tendría que se aplicara (o no)³⁸.

27. Para el *Gerechtshof* resulta evidente que la norma persigue la defensa de intereses públicos importantes porque asegura la protección del patrimonio cultural nacional, proyectando el régimen previsto en la ley de museos ucraniana para los bienes pertenecientes al ‘fondo de museos’ ucraniano³⁹. Establecido esto, el tribunal de apelación considera la naturaleza (internacionalmente) imperativa de la Orden nº 292, que aborda en el contexto de la ley de museos ucraniana y el reglamento que desarrolla la protección de los bienes culturales ucranianos. El hecho de que se trate de una orden ministerial no resulta un elemento decisivo para excluir su carácter internacionalmente imperativo⁴⁰. Tampoco lo es la ausencia de una especificación sobre el alcance territorial de la Orden nº 292, pues para el tribunal, aunque el art. 10:7 CCNL no exige un alcance extraterritorial de la norma, resulta claro que así sucedía al afectar dicha orden a los bienes que estaban en los Países Bajos. De este modo, constatado su carácter de ley de policía y la vinculación de la norma con el caso, el tribunal procede a valorar si la aplicación de la Orden nº 292 está justificada, para lo que resulta relevante considerar si los intereses que protege son relevantes desde la perspectiva del ordenamiento neerlandés y si son lo suficientemente importantes como para descartar los protegidos por la *lex causae* (*i.e.*, la salvaguarda del patrimonio ucraniano frente al respeto del derecho de ‘gestión operativa’ y de la integridad de las colecciones alegado por los museos). Valorando además el impacto que tendría la inaplicación de la Orden nº 292, el *Gerechtshof* concluye que debe aplicar la citada Orden como norma imperativa⁴¹.

³⁵ Vid. A. BONOMI, “Article 9”, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.) *European Commentaries on Private International Law - Rome I Regulation*, Otto Schmidt Verlag, 2016, pp. 599-661, p. 632 (paras. 108-116).

³⁶ A. BONOMI, “Article 9”, *ult. loc. cit.*, y STJUE de 18 de octubre de 2016, C-135/15 *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774.

³⁷ La doctrina, de origen alemán, goza de cierto predicamento en aquel país A. BONOMI, “Article 9”, *ult. loc. cit.*

³⁸ L. VAN VLIET Y J. VAN DER WEIDEN, “The Crimean treasures”, *cit.*, p. 122.

³⁹ Apartado 3.32.3 de la sentencia de 2021.

⁴⁰ Como indica el Abogado General en su opinión (apartado 4.55) esta posición no merece crítica porque del texto del art. 10:7 CCNL no se puede deducir que se trate solo de leyes en sentido estricto del término, lo que sustenta en la interpretación del art. 7 del Informe Lagarde al Convenio de Roma de 1980.

⁴¹ Apartado 3.32.3 de la sentencia de 2021.

28. Resulta, sin embargo, algo contradictorio afirmar que los intereses de la *lex causae* puedan resultar desplazados por los intereses protegidos por una ley de policía de la propia *lex causae*. Ello explica que el Abogado General en su escrito, cuando aborda la cuestión de la ponderación de los posibles intereses contradictorios protegidos por ambas normas (*lex causae* y ley de policía), afirme que, siendo la norma imperativa parte de la *lex causae*, será difícil que ambos intereses entren en conflicto. De ahí que sugiera que esa valoración que exige el art. 10:7(3) CCNL podría hacerse de forma menos estricta que si se tratara de la norma de un tercer Estado, resultando esencial entonces determinar si los fines que persigue la norma imperativa resultarían salvaguardados con su aplicación⁴².

29. El *Hoge Raad*, por su parte, asume esencialmente la posición del tribunal de apelación y reitera la doctrina de la *Sonderanknüpfung*, estableciendo que la aplicabilidad de la Orden no se sigue necesariamente de que la *lex causae* sea el Derecho ucraniano, sino de que se verifiquen las condiciones de aplicación del art. 10:7 CCNL⁴³. En consecuencia, desarrolla el análisis en dos fases antes indicado, pero sin hacer alusión a la ponderación de los intereses concurrentes de la *lex causae* y la ley de policía, lo que se ha interpretado como una posible asunción tácita de la posición planteada por el Abogado General⁴⁴. En otros términos, sin renunciar a la *Sonderanknüpfung*, sí podría intuirse que los tribunales neerlandeses son conscientes de las debilidades de esta doctrina.

2. Artículo 10:7 CCNL v. artículo 9 RRI

30. En segundo lugar, cabe preguntarse por qué los tribunales neerlandeses recurren al art. 10:7 CCNL y no al art. 9 RRI. El Abogado General asume que es la consecuencia lógica de considerar que se trataba de una disputa sobre la propiedad de los bienes, ergo, materia excluida del ámbito de aplicación del RRI, aunque deja abierta la posibilidad de que se hubiera podido recurrir al art. 9 RRI en la medida en que la obligación de restituir las piezas resultaba de un contrato entre los museos⁴⁵. Recordemos que la calificación jurídico-real del litigio no era el planteamiento inicial de todas las partes, ya que la pretensión inicial de los museos de Crimea era solicitar la restitución en cumplimiento de lo estipulado en el contrato (no que se determinara la titularidad del bien) y la del museo neerlandés, que se le exonerara de responsabilidad por no cumplir con el contrato en lo relativo a la devolución de las piezas prestadas.

31. En otros términos, sin discutir que en última instancia la Orden nº 292 tenía un alcance jurídico-real (pues implicaba suspender el derecho de ‘gestión operativa’ de los museos de Ucrania), el objeto principal de la disputa inicialmente no era que se estableciera la titularidad de los bienes, cuya pertenencia al ‘fondo estatal de los museos de Ucrania’ no se discutía por las partes (y sobre la que el propio tribunal de apelación había establecido que no era determinante para la resolución del caso⁴⁶), sino que se esclareciera a quién debían devolverse. Por el contrario, sí puede afirmarse la naturaleza jurídico-real de la reclamación de Ucrania, que justificaba la aplicación del art. 10:7 CC NL. Puede incluso aceptarse que la reclamación de los museos de Crimea frente del museo Allard Pierson también tuviera esa naturaleza (aunque en el fondo se estaba invocando el cumplimiento del contrato). Lo que claramente no era una disputa jurídico-real era la demanda de exoneración de responsabilidad del museo Allard Pierson, para la cual resultaba pertinente establecer el alcance de la Orden nº 292 sobre lo pactado en el contrato. Por ello, cabe preguntarse si la aplicación de la Orden como norma imperativa no debía haberse articulado a través del Reglamento Roma I.

⁴² Apartados 4.89-4.91 de la opinión, citando doctrina neerlandesa.

⁴³ Apartado 3.2.3 de la sentencia.

⁴⁴ L. VAN VLIET Y J. VAN DER WEIDEN, “The Crimean treasures”, *cit.*, p. 124, que refieren cómo existe un cierto debate en la doctrina neerlandesa sobre la cuestión.

⁴⁵ Apartado 4.46 de la opinión.

⁴⁶ Apartado 3.25.1 de la sentencia de 2021.

32. A estos efectos (y partiendo de que fuera razonable recurrir al art. 9 RRI en aplicación de la teoría de la *Sonderanknüpfung*) resulta pertinente considerar las condiciones de aplicación del art. 9 RRI: no sólo debe tratarse de normas que pretendan su aplicación en atención a los fines que persiguen sino que deben suponer un efecto directo en el contrato, en concreto, “en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal”⁴⁷. Si no fuera éste el caso, la norma imperativa no podría aplicarse por vía del art. 9 RRI sino que podría incorporarse como *datum* para la interpretación y aplicación de la *lex causae*⁴⁸. El texto de la Orden nº 292 no se recoge en las sentencias neerlandesas, lo que no permite valorar el alcance exacto de la disposición, pero de las distintas referencias a la norma puede deducirse que se trata de una solución de alcance temporal que tiene como finalidad establecer la suspensión del derecho real de ‘gestión operativa’ de los museos de Crimea sobre los bienes que están en los Países Bajos para hacer prevalecer en todo caso la titularidad estatal de Ucrania sobre esos bienes. Es decir, no parece que la norma haya pretendido un alcance contractual con su aplicación que incida en la ejecución del contrato⁴⁹. Si esto es así, resulta correcto que el análisis de la norma imperativa se haga desde la clave de los derechos reales⁵⁰. Pero ello no elimina la aplicación de la *lex contractus*, bajo la cual quedan los efectos de la consideración de la norma ucraniana de policía sobre el contrato. Ciertamente, el recorrido de la distinción resulta escaso en la medida en que tanto las cuestiones contractuales como las jurídico-reales estaban sometidas al mismo ordenamiento y de hecho así se resuelve por el tribunal de apelación, aplicando el Derecho ucraniano. Pero si se hubiera elegido otra ley para el contrato, por ejemplo, el Derecho neerlandés, habría resultado relevante pues éste habría determinado las consecuencias contractuales de la devolución de las piezas a Ucrania en lugar de a los propios museos.

VI. Reflexiones finales

33. Tras el análisis de las distintas decisiones resulta interesante observar cómo el planteamiento inicial del supuesto, *i.e.* a quién había que devolver las piezas prestadas (pretensión de los demandantes) y la exoneración de responsabilidad por no cumplir con lo previsto en el contrato (pretensión del demandado), acaba resolviéndose, tras la intervención de Ucrania, como una cuestión de derechos reales sobre los bienes con base en una orden ministerial. Ahora bien, frente a la solución conflictual seguida por el *Gerechtshof* y el *Hoge Raad*, el cauce utilizado es radicalmente distinto en primera instancia pues para este tribunal no se trata de que los tribunales neerlandeses determinen quién tiene el derecho real prevalente, sino que lo resuelve como una acción de restitución, refiriendo la disputa sobre el derecho definitivo a los tribunales y el ordenamiento ucraniano. Esta posición supone canalizar la solución a través de instrumentos de Derecho internacional público, *v. gr.* el Convenio de la Unesco de 1970, aunque también podría leerse desde una clave conflictual si se entiende como el reconocimiento de una *lex originis* que permite solicitar la restitución de las piezas prestadas⁵¹.

34. Sin entrar a valorar la correcta aplicación del Convenio de la Unesco en el caso⁵², lo cierto es que, si la perspectiva de análisis era la del Derecho internacional público, también se podría haber con-

⁴⁷ Ilegalidad que tiende a entenderse en la doctrina en un sentido amplio, *vid.* M. HELLNER, “Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation. Old Wine in New Bottles?”, *Journal of Private International Law*, 2009, pp. 447-470, pp. 461-462.

⁴⁸ Así lo estableció el TJUE en el asunto C-135/15 *Nikiforidis*. La relevancia del sentido y fin de la norma imperativa para precisar las consecuencias contractuales derivadas de su aplicación es un elemento que ya había puesto de manifiesto F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Eurolex, Madrid, 1993.

⁴⁹ Con todo, podría discutirse que, desde una visión más amplia de lo que supone la ‘ilicitud’ del contrato, no se estuviera incidiendo efectivamente en éste en la medida en que se entienda que el art. 9 RRI hace referencia a aquellas normas que, con independencia de su naturaleza, tienen un efecto en la creación, validez o interpretación de un contrato, o en los derechos y obligaciones de las partes; de manera que las normas que impiden el cumplimiento de una obligación contractual quedarían cubiertas también por esta disposición. *Vid.* A. BONOMI, “Article 9”, *cit.*, pp. 608 y 644, paras. 20 y 149.

⁵⁰ *Vid.* apartado 3.2.3 de la sentencia de casación.

⁵¹ E. CAMPFENS Y I. TARSIS, “Cri-Me-A-River! ...”, *cit.*, p. 45.

⁵² Sobre la relevancia del Convenio en el caso, A. CHECHI, “The case of the Crimean art treasure...”, *cit.*, pp. 480-483.

siderado la aplicación de otras normas⁵³. Ya desde el inicio del litigio se planteó la pertinencia de recurrir al Convenio de La Haya de 1954 sobre protección de bienes culturales en tiempo de guerra, del cual son Estados contratantes tanto los Países Bajos como Rusia y Ucrania, en particular si se considera que los Países Bajos no reconocieron nunca la anexión de Crimea a Rusia, entendiendo por lo tanto que se trataba de una ocupación militar⁵⁴. El Convenio de La Haya de 1954 impone una serie de obligaciones al ocupante para la protección del patrimonio. También a los Estados contratantes, en particular, conforme al art. I del primer protocolo al convenio, la de no restituir los bienes que hayan salido de un territorio ocupado en guerra hasta que las hostilidades no hayan cesado y la de secuestrar los bienes importados en su territorio procedentes de un territorio ocupado (bien de oficio, ya a petición de las autoridades de dicho territorio). En este contexto podría entenderse que la devolución por el museo Allard Pierson de las piezas a Crimea cuando aún están abiertas las hostilidades constituiría una vulneración del protocolo por parte de los Países Bajos. Más aún, el contexto geopolítico incidía decisivamente en la situación: restituir los bienes podría suponer un reconocimiento implícito de la ocupación rusa y la consiguiente responsabilidad de los Países Bajos conforme al Derecho internacional⁵⁵.

35. No es de extrañar que en este escenario las autoridades judiciales neerlandesas mantuvieran la disputa en términos de Derecho privado transfronterizo (*v. gr.* la existencia de derechos reales, sus límites y el impacto sobre un contrato). Con todo, la discusión no puede prescindir de los elementos jurídico-públicos de la situación, que se introducen en el litigio por vía de las leyes de policía. Así, la Orden n° 292 obliga a los tribunales neerlandeses a valorar el interés del legislador ucraniano al adoptar dicha medida frente a los intereses que incorpora la propia ley ucraniana (*lex rei sitae*) respecto de los bienes litigiosos. Y en este sentido, aunque el *Hoge Raad* parezca apuntar a un relajamiento de dicha ponderación (al tratarse de una norma imperativa de la *lex causae*), dado el contexto geopolítico de la disputa, lo cierto es que en este supuesto había margen para un análisis de los intereses en juego con mayor detenimiento: el Estado ucraniano pretende imponer la protección de su patrimonio cultural amenazado por la invasión y posterior anexión rusa sobre otros intereses, como el respeto del derecho de ‘gestión operativa y de la integridad de las colecciones, que fundamenta la *lex causae*. Sin duda esta ley era la ucraniana cuando las piezas salieron de los museos, pero cuál era el régimen legal aplicable en el territorio de Crimea tras la ocupación, de haberse devuelto las piezas a los museos, era bastante más difícil de asegurar a la vista de las actuaciones que sobre el patrimonio cultural se estaban llevando a cabo en ese territorio⁵⁶. La restitución en ese escenario habría supuesto para Ucrania un cuestionamiento de su soberanía e independencia cultural⁵⁷.

36. Se observa, pues, cómo el conflicto geopolítico no es prescindible, al contrario, condiciona la resolución del caso de manera definitiva forzando su entrada por vía de las leyes de policía. El asunto también pone de relieve la virtud de estas normas para alcanzar un resultado (*i.e.* el no retorno de las piezas a Crimea) que parecía determinado desde el inicio del litigio teniendo en cuenta la posición de los Países Bajos respecto del conflicto bélico. En este sentido resulta indiscutible que el Derecho internacional privado se ha convertido en un arma de la causa ucraniana, pues no sólo le ha permitido recuperar las piezas de oro, sino que estos diez años de litigio han servido para que la cuestión de Crimea no haya caído en el olvido, utilizando la litigación transfronteriza como frente de batalla para mantener vivo el interés internacional por la ocupación de su territorio⁵⁸.

⁵³ Incluso del art. 11 del Convenio de 1970, que parte de la ocupación de un territorio por otra potencia (y así lo califica el tribunal de instancia, en lugar de ‘anexión’) como presupuesto de la ilicitud de la exportación. En este sentido, J.A.R. NAFZIGER, “Article 11 of the UNESCO Convention: Foreign Occupation”, en *The 1970 Unesco and 1995 Unidroit Conventions on Stolen or Illegally Transferred Cultural Property. A Commentary*, A.Ph. VRDOLJAK, A. JAKUBOWSKI, A. CHECHI (eds.), OUP 2024, pp. 312-330, p. 325.

⁵⁴ E. CAMPFENS, “Whose Cultural Heritage? Crimean Treasures at the Crossroads of Politics, Law and Ethics”, *Art Antiquity and Law*, vol. 22, no. 3, October 2017, pp. 193-212, pp. 203-204.

⁵⁵ Así, A. CHECHI, “The case of the Crimean art treasure...”, *cit.*, pp. 484-485 o M. NUDELMAN, “Who Owns the Scythian Gold...”, *cit.*, p. 1276.

⁵⁶ *Vid. supra* notas 4 y 5.

⁵⁷ M. NUDELMAN, “Who Owns the Scythian Gold...”, *cit.*, p. 1284.

⁵⁸ M.I. TORRES CAZORLA, “La disputa por los tesoros arqueológicos de Crimea: arte y controversias territoriales en el punto de mira”, *Anuario español de Derecho internacional*, vol. 38, 2022, pp. 253-286, p. 256.

Caso superliga:
Comentario de la STJUE de 21 diciembre 2023, c-333/21

Superleague case:
Commentary of the judgment of the court
of 21 december 2023, c-333/21

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 03.07.2024 / Aceptado: 05.09.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8977

Resumen: En la sentencia objeto de comentario, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil número 17 de Madrid en el caso de la demanda interpuesta por la Superliga contra la FIFA y la UEFA. En estas cuestiones se pregunta si la decisión de estas dos entidades de no autorizar la celebración de la Superliga en sus mercados de actuación vulnera las normas de competencia, además de las libertades europeas. El Tribunal de Justicia concluye que sí. Indica que, en relación con las normas de competencia, que son las objeto de estudio en este trabajo, este comportamiento de la FIFA y la UEFA supone un abuso de la posición de dominio que ostentan estas empresas, al impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado (art. 102 TFUE) y, también, como asociaciones de empresas, su conducta lesiona por objeto la competencia de sus asociados (art. 101.1 TFUE) y no puede quedar exenta de la sanción, entre otras razones, por la ya comentada de impedir la entrada de nuevos operadores al mercado (art. 101.3 TFUE).

Palabras clave: Superliga, FIFA, UEFA, abuso de posición de dominio, artículo 102 TFUE, decisión de asociación de empresas, artículo 101.1 TFUE, artículo 101.3 TFUE.

Abstract: In the judgment in question, the CJEU answers the questions referred for a preliminary ruling by the 17th Commercial Court of Madrid in the case brought by the Superliga against FIFA and UEFA. Those questions concern whether the decision of those two bodies not to authorise the holding of the Superliga in their markets of activity infringes competition rules and European freedoms. The Court concludes that it does. It states that, in relation to the competition rules, which are the subject of this study, this conduct by FIFA and UEFA constitutes an abuse of the dominant position held by these companies by preventing new competitors from entering the market (art. 102 TFEU) and, furthermore, as associations of undertakings, their conduct is harmful to competition and cannot be exempted from the sanction, inter alia, for eliminating competition on the market (art. 101 TFEU).

Keywords: Superleague, FIFA, UEFA, Abuse of a dominant position, article 102 TFEU, Decision by association of undertakings, article 101.1 TFEU, article 101.3 TFEU.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del caso. III. Abuso de posición de dominio (art. 102 TFUE). IV. Decisión de asociación de empresas (art. 101 TFUE). V. Respuesta del TJUE. VI. Resolución del juzgado que planteó la cuestión prejudicial. VII. Conclusiones.

I. Introducción

1. En este merecido homenaje al profesor Alfonso Calvo, verdadero maestro de todos/as sus discípulos/as, se ha seleccionado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto de la Superliga para comentarla como contribución a este *liber amicorum*¹. Se ha hecho por dos motivos, uno profesional y otro personal, además de por la actualidad del tema.

2. Desde el punto de vista profesional, esta resolución se enmarca en el Derecho de la competencia y este campo es uno de los muchos que han sido objeto de investigación y docencia por parte del profesor Alfonso Calvo.

En este sentido, Alfonso es un jurista pleno, porque ha trabajado, en cantidad y calidad, no sólo el Derecho Internacional Privado clásico, también, ha hecho lo propio con el Derecho de la competencia. Precisamente por tratarse esta materia de una cuestión de la que adolecen muchos profesores de nuestra disciplina queremos ponerla en valor en la persona del Profesor y rendirle homenaje con este artículo dedicado a esta temática.

3. En el plano personal, creemos que éste es el entorno y el momento adecuados para hablar de estas cuestiones más íntimas del homenajeado, esperamos que le guste que se haya pensado en unas personitas de las que él nunca se olvida, en sus nietos, que son su debilidad. Ellos son buenos jugadores de fútbol, sobre todo el mayor quien, por edad y porque marca goles, en plural, en cada partido que juega los fines de semana, puede considerarse ya una promesa de este deporte.

Esa afición al fútbol de sus nietos ha sido este otro factor que nos ha llevado a elegir esta sentencia como referencia para tratar el Derecho de la competencia y, más concretamente, el abuso de posición de dominio y las ententes como conductas que han sido analizadas en ella.

4. Por último, también es importante destacar que se trata de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de reciente publicación y del que se han hecho eco los medios de comunicación por la trascendencia mundial que tiene el fútbol y los equipos implicados en el asunto.

II. Hechos del caso

5. El asunto ha llegado al TJUE a través de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid en un procedimiento que enfrenta a la Superliga -*European Superleague Company, S.L. (ESLC)*- con la FIFA y la UEFA y en el que la primera demanda a las últimas por infrac-

¹ STJUE de 21 diciembre 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011.

id., entre otros, P. MORENO BRENES, “El proyecto de la Superliga y el derecho de la Unión Europea: la STJUE de 21-12-23”, *Diario La Ley*, nº 10431, 23 enero 2024; D. SALINAS-ARMENDÁRIZ GONZÁLEZ DE URBINA, *Diario La Ley*, nº 9947, 2021; A. PALOMAR OLMEDA/R. TEROL GÓMEZ/C. PÉREZ GONZÁLEZ/J. RODRÍGUEZ GARCÍA, *Un cambio en el modelo de relación entre el derecho de la UE y el deporte: a propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de diciembre de 2023 en los asuntos Superliga, ISU y Real Ambers F.C.*, Dykinson, 2024; P. MORENO BRENES, “El proyecto de la Superliga y el derecho de la Unión Europea: la STJUE de 21-12-23”, *Diario La Ley*, nº 10431, 23 enero 2024; P. CALLOL GARCÍA, “El litigio de la superliga, una síntesis de la relación entre el Derecho de la competencia y deporte”, *Anuario de derecho de la competencia*, 2023, pp. 251-272; J. HERVADA/R. MALDONADO/P. MORCILLO, “La superliga: implicaciones desde la óptica del Derecho de la competencia”, *Anuario de derecho de la competencia*, 2022, pp. 84-104; J.I. BELLVER BELDA, “Alcance de la sentencia del TJUE en el conflicto entre la UEFA y la superliga y análisis de un proyecto renovado”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 82, 2024; R. TEROL GÓMEZ, “El caso de la Superliga Europea de Fútbol. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023 (as. C-333/21) y sus consecuencias para el denominado *modelo europeo del deporte*”, *La Ley Unión Europea*, número 123, 2024; M.M. GARCÍA CABA, “El derecho del fútbol y la reciente interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un breve análisis de los casos Superliga y Royal Antwerp F.C.”, *Revista Aranzadi de Derecho del deporte y entretenimiento*, nº 82, 2024; M.C. URCELAY LECUE, “Las normas de la FIFA y la UEFA sobre la exigencia de su autorización previa para organizar nuevas competiciones de fútbol, como la Superliga, vulneran el Derecho de la UE. SRJUE, de 21 diciembre 2023 (JUR, 2023, 446233) Asunto C-333/21: European Superleague Company, S.L. contra Fédération internationale de football association (FIFA), Union des associations européennes de football (UEFA)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2024.

ción de los artículos 101 y 102 del TFUE. En este proceso también intervienen A22 Sports Management, al lado de Superliga, y la LFP -Liga de Fútbol Profesional- y RFEF -Real Federación Española de Fútbol- en la parte de los demandados.

6. La Superliga es una sociedad de Derecho privado con domicilio en España. Ha sido creada por varios clubes de fútbol, españoles -Club Atlético de Madrid, Fútbol Club Barcelona y Real Madrid Club de Fútbol-, italianos -Associazione Calcio Milan, Football Club Internazionale Milano y Juventus Football Club- y británicos -Arsenal Football Club, Chelsea Football Club, Liverpool Football Club, Manchester City Football Club, Manchester United Football Club y Tottenham Hotspur Football Club-.

Es importante señalar, a los efectos que interesan a este artículo, que estos equipos fundadores de la Superliga “*pretendían poner en marcha una nueva competición internacional de fútbol en la que participaran, por una parte, de doce a quince clubes de fútbol profesional que tendrían la condición de «miembros permanentes» y, por otra parte, un número por definir de clubes de fútbol profesional que tendrían la condición de «clubes clasificados» y que habrían de seleccionarse a través de un procedimiento determinado*” (apartado 25 de la STJUE comentada).

Entre otros acuerdos a los que había llegado la Superliga para poner en marcha esta competición, destaca el que le vinculaba con una serie de accionistas e inversores, en virtud del cual, estos se comprometían a financiar el proyecto siempre que el mismo no supusiera, para los miembros permanentes, dejar de pertenecer o participar en las federaciones nacionales de fútbol, ligas profesionales o competiciones internacionales de las que venían siendo parte hasta este momento. Para garantizar que la participación en la Superliga no iba a suponer ninguna penalización para los clubs de fútbol, el acuerdo recogía que se debía comunicar a la FIFA y a la UEFA el proyecto a efectos de su reconocimiento por parte de estas entidades. Reconocimiento que no ha llegado porque ambas sociedades se han opuesto frontalmente a la Superliga, no sólo no reconociendo esta competición, sino, también, excluyendo a los clubs y jugadores que participaran en el proyecto de disputar las competiciones organizadas por ellas. También, las Federaciones española, italiana e inglesa se han alineado con esta posición.

La negativa a autorizar la celebración de la Superliga se basa en los Estatutos de ambas instituciones, asociaciones, las dos, de Derecho privado con sede en Suiza. Basándose en ellos, la FIFA y seis confederaciones reconocidas por ella, entre ellas, la UEFA, emitieron una Declaración en la que no reconocían la Superliga y en la que dispusieron que sancionarían a cualquier club de fútbol o jugador que participara en esta competición internacional con dejar de hacerlo en aquellas que organizara la FIFA y la UEFA. Recordaron también que, según los Estatutos de la FIFA y de las confederaciones implicadas, *todas las competiciones deberían estar organizadas o reconocidas por el organismo que corresponda a cada nivel; por la FIFA a nivel global y por la confederación a nivel continental* [art. 73 de los Estatutos de la FIFA y art. 49 de los Estatutos de la UEFA] (apartado 30 de la STJUE comentada).

7. En este escenario, el Juzgado de lo Mercantil nº 17 de Madrid plantea al TJUE seis cuestiones prejudiciales relacionadas con tres asuntos. El primero de ellos tiene que ver con el monopolio que ostenta la FIFA y la UEFA en el mercado de la organización de competiciones en sus respectivos territorios y si la oposición al proyecto de la Superliga puede suponer un abuso de su posición de dominio. El segundo se refiere a la posible vulneración del artículo 101 TFUE por parte de estos organismos al ser asociaciones de empresas que pueden adoptar decisiones que restrinjan la competencia en el mercado interior europeo. Por último, también se alude a la restricción de la libertad de circulación de los jugadores y de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios de los clubs, así como, la restricción de la libre circulación de capitales como consecuencia de lo anterior.

8. En este trabajo, nos centraremos en analizar las cuestiones relativas al Derecho europeo de la competencia, a los artículos 101 y 102 del TFUE. Si bien, se ha de señalar que, si la conducta en cuestión vulnera las normas de competencia -como así veremos que concluye el Tribunal de Justicia-, también restringirá las libertades europeas, en nuestro caso, en concreto, la libre prestación de servicios que es la que estudia el órgano judicial europeo. Efectivamente, hay una relación bidireccional entre el Derecho de la competencia y las libertades europeas, de manera que, si se vulnera el primero se obstaculizan

las segundas. Así es, si, como ocurre en el caso y veremos después, la FIFA y la UEFA impiden que se celebren competiciones por parte de sus asociados en su ámbito territorial de actuación, eliminan la competencia y, también, estarán obstaculizando la libre prestación de servicios de todo aquel que quiera participar en esas competiciones (apartados 249 y 250 de la STJUE comentada).

9. Antes de entrar en el análisis de las normas de competencia, se ha de recordar, como así hace el TJUE, que un mismo comportamiento puede ser objeto de los dos preceptos del TFUE mencionados (apartado 119 de la STJUE comentada). Esto es, una misma conducta puede ser calificada, a la vez, de entente (art. 101) y de abuso de posición de dominio (art. 102)².

III. Abuso de posición de dominio (art. 102 TFUE)

10. El artículo 102 del TFUE prohíbe la explotación abusiva, por parte de una empresa o varias, de una posición dominante, en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros.

11. Del precepto anterior se desprende que el sujeto protagonista de este comportamiento anti-competitivo es la empresa. Sólo estas compañías pueden abusar de su posición de dominio. El Tribunal de Justicia ha definido *empresa*, en este marco, como “*cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*”³.

En la sentencia objeto de comentario se recuerda la jurisprudencia europea para destacar que los artículos 101 y 102 TFUE son aplicables a entidades como las nuestras, la FIFA y la UEFA, “*a entidades constituidas bajo la forma de asociaciones que tengan por finalidad, según sus estatutos, la organización y el control de un deporte determinado, en la medida en que estas entidades ejerzan una actividad económica relacionada con ese deporte, ofreciendo bienes o servicios, y deban calificarse, por ese motivo, de empresas (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, apartados 22, 23 y 26)*” (apartado 113). Estas asociaciones, la FIFA y la UEFA, desarrollan una doble actividad económica, organizan y comercializan competiciones de fútbol y explotan derechos derivados de las mismas, por esta razón, deben ser calificadas de empresas (apartado 115 de la STJUE comentada).

12. El comportamiento anticompetitivo de abuso de posición de dominio exige que la empresa, o empresas, protagonistas de esta conducta tengan posición de dominio en el mercado de referencia.

² STJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche*, asunto 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, apartado 116; STJUE de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH*, asunto 66/86, ECLI:EU:C:1989:140, apartado 37; STJUE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports SA y otros*, asuntos acumulados C-395/96P y C-396/96P, ECLI:EU:C:2000:132, apartado 33; STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics(UK) y otros*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartado 146.

Vid., también, en este sentido y por todos/as, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 289; F. IRURZUN MONTORO, “Derecho de la competencia y deporte profesional: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto de la Superliga”, *Revista española de Derecho europeo*, 90, abril-junio 2024, p. 131.

³ STJCE de 23 de abril de 1991, *Höfner*, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, apartado 21.

Otras sentencias en las que se recoge esta definición son, por ejemplo, STJCE de 22 de enero de 2002, *Cisal*, C-2018/00, ECLI:EU:C:2002:36, apartado 22; STJCE de 12 de septiembre de 2000, *Pavlov y otros*, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, apartado 74; STJCE de 17 de febrero de 1993, *Poucet y Pistre*, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, apartado 17; STJCE de 16 de noviembre de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance y otros*, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, apartado 14; STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, apartado 77; STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens*, asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, apartado 77; STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Drijvende Bokken*, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437, apartado 67; STJCE de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband y otros*, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, apartado 46; STJUE de 21 diciembre 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, apartado 112.

Vid., también, en este sentido y por todos/as, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 335.

Posición de dominio es el poder de mercado que permite a la empresa que lo ostenta obstaculizar la competencia efectiva. Dicho de otra manera, es la posición que permite actuar a la compañía de manera independiente de clientes, consumidores y competidores⁴. Pues bien, el Tribunal de Justicia considera que la FIFA y la UEFA son empresas en posición de dominio puesto que son las únicas que organizan y comercializan competiciones de fútbol, a nivel mundial y europeo, respectivamente (apartado 117). Podríamos decir que estas asociaciones constituyen un monopolio en sus mercados de actuación al ser, como decimos, las únicas que operan en ellos (apartado 139 de la STJUE comentada)⁵.

13. El TFUE no sanciona la posición de dominio, lo que prohíbe es la explotación abusiva de la misma (apartado 126 de la STJUE comentada)⁶. El abuso de posición de dominio puede acontecer tanto en relación con una empresa competidora que se encuentra ya en el mercado de referencia, como respecto de un potencial competidor que quiera entrar en el mercado relevante. En este último caso, el operador incumbente puede establecer barreras a la entrada o llevar a cabo otras actuaciones que estén al margen de la competencia en méritos para conseguir este objetivo de impedir la entrada de nuevos operadores. Con ellas, alcanzando ese objetivo, se limitaría la competencia y la innovación y, así, se perjudicaría al consumidor al privarle de la posibilidad de tener un mercado en el que se desarrollen nuevos productos o servicios a los que poder acceder⁷.

14. Una vez constatado que las empresas en cuestión tienen posición de dominio, el Tribunal estudia si el comportamiento de ellas supone un abuso de su poder de mercado. Y, para ello, establece que debe analizarse si esas reglas que utilizan la FIFA y la UEFA para decidir si autorizan, o no, la celebración, por parte de terceros, de competiciones de fútbol en su territorio de actuación, son transparentes, objetivas, precisas y no discriminatorias. De esta manera, si la conducta de estas instituciones responde a estos principios, el comportamiento podría ser lícito y, en este caso, no debería calificarse de abuso de posición de dominio. Por tanto, el sistema de autorización previa no es el problema, lo cuestionable es cómo es dicho sistema. Como afirma el órgano judicial español remitente, “*el establecimiento de un sistema de autorización por sí solo no es un reflejo de una explotación abusiva y a priori no afecta o limita la competencia; sin embargo, los términos en los que se desarrolla -la práctica ausencia de criterios materiales o procedimentales- es lo que determina la invalidez de su objeto*”⁸.

⁴ Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DOUE C45, de 24 de febrero de 2009, apartado 10. En este punto se cita la jurisprudencia europea de la STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, asunto 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, apartado 65 y de la STJCE de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche*, asunto 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, apartado 38.

⁵ *Vid.*, en este sentido, D. SALINAS-ARMENDÁRIZ GONZÁLEZ DE URBINA, *Diario La Ley*, nº 9947, 2021

⁶ STJCE de 9 de noviembre de 1983, *Michelin*, asunto 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, apartado 57; STJUE de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports SA y otros*, asuntos acumulados C-395/96P y C-396/96P, ECLI:EU:C:2000:132, apartado 37; STJUE de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, apartado 24; STJUE de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, apartado 21; STJUE de 6 de septiembre de 2017, *Intel*, C-413/14P, ECLI:EU:C:2017:632, apartado 133; STJUE de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, apartado 73.

Según esta jurisprudencia, “*De este modo, el artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se refiere únicamente a las prácticas que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de septiembre de 2008, Sot. Lélou kai Sia y otros, C468/06 a C478/06, Rec. p. 17139, apartado 68, y Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 180), sino también a las que los perjudican impidiendo el juego de la competencia. Si bien, en efecto, el artículo 102 TFUE no prohíbe a una empresa alcanzar, por sus propios medios, la posición dominante en un mercado y aunque, con mayor motivo, la acreditación de la existencia de una posición dominante en un mercado no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 57, y de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge Transports y otros/Comisión, C395/96 P y C396/96 P, Rec. p. 11365, apartado 37), no deja de ser cierto que, según reiterada jurisprudencia, incumbe a la empresa que ocupa una posición dominante una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión, C202/07 P, Rec. p. 12369, apartado 105 y la jurisprudencia citada)” (STJUE de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, apartado 24).*

⁷ STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) y otros*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartados 155 a 157.

⁸ SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Séptimo.

En nuestro asunto, el Tribunal de Justicia considera que la normativa no reúne estas características y, por ello, concluye que la FIFA y la UEFA abusan de su posición de dominio (apartado 152). No reúne esas características porque no hay criterios que deban guiar la decisión de las asociaciones y no hay un procedimiento detallado que, además, pueda estar sujeto a control efectivo. Así es, las demandadas en el proceso español alegan la existencia de la Circular 54/2014, de 12 de diciembre de 2014, como desarrollo de los Estatutos, pero esta norma, *de gran brevedad* por otro lado, *no se trata de un reglamento, ni de una norma de ordenación con criterios materiales y procedimentales regulatorios de competiciones internacionales*⁹. Esta Circular sólo regula el *procedimiento de autorización de torneos amistosos internacionales de escasa relevancia*¹⁰. Además, el control de las decisiones de la FIFA y la UEFA lo tiene el CAS -tribunal arbitral del deporte-, porque así ellas mismas lo han determinado. No hay un control judicial *objetivo e independiente*¹¹.

15. En realidad, los Estatutos de la FIFA y la UEFA son normas de funcionamiento de las respectivas asociaciones y en ellos se pueden establecer las condiciones que deben cumplir y respetar las empresas que quieran formar parte de ellas. En este sentido, estas normas pueden disponer que los miembros que quieran organizar una competición paralela a las que organizan estas asociaciones deban pedirles permiso para ello. El problema es la posición de dominio que ostentan ambas en sus respectivos mercados. Así es, si junto a estas asociaciones hubiera otras en régimen de competencia con ellas, las federaciones, clubs o jugadores que quisieran organizar o participar en una competición paralela podrían asumir la sanción que se les pondría y dejar de pertenecer a estas asociaciones, todo ello, por lo ya mencionado de que, en ese mercado, existirían otras asociaciones igual de importantes a las que podrían pertenecer. Sin embargo, en la situación actual, la posición monopolística de la FIFA y la UEFA hace que su normativa pueda implicar el cierre del mercado a la competencia, ya que, todas las federaciones, clubs y jugadores quieren seguir perteneciendo a estas asociaciones y no desean asumir el castigo de dejar de formar parte de ellas, porque eso supondría dejar de participar en las competiciones más importantes del mundo en el deporte del fútbol¹².

Si bien es lícito que las asociaciones organicen el modo de su funcionamiento y que los asociados deban respetarlo, también lo es que esas reglas rectoras no pueden, ni por su contenido y por su aplicación, impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado. Los Estatutos de la FIFA y la UEFA, por su generalidad y falta de control, son utilizados por ambas entidades con el objetivo de evitar tener competencia en sus mercados, y este objetivo lo pueden alcanzar con ellos porque estas normas, al no responder a los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad, dan lugar a la arbitrariedad del órgano decisor y a que, en consecuencia, pueda satisfacer su interés de seguir siendo monopolio en el mercado. No debemos olvidar, como así hace el juzgado remitente, que estas entidades son empresas que se rigen por criterios económicos y que, si pueden, intentarán evitar la entrada de competidores en sus mercados para, así, seguir manteniendo su poder y seguir teniendo los

Vid., en este sentido, en el deporte del patinaje sobre hielo, la STG de 16 diciembre 2020, *International Skating Union*, T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610.

⁹ SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Tercero.

¹⁰ SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Sexto.

Lo único que indica la Circular es que “*Por lo que respecta a los torneos que aún deben ser organizados por la UEFA, hay que enviar una solicitud de autorización a la administración de la UEFA tres semanas antes de la fecha del torneo (si es posible) junto con la lista de equipos participantes y una copia del reglamento del torneo (en una de las lenguas oficiales de la UEFA). A este respecto, le informamos de que se ha creado una herramienta informática específica para facilitar la obtención de la autorización de la UEFA. Esta herramienta informática se pondrá a disposición de todas las asociaciones miembros de la UEFA, a su debido tiempo, una vez que se haya completado con éxito una fase piloto con asociaciones seleccionadas*” (SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD. Sexto).

¹¹ SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Sexto.

Vid., en relación con el CAS, Y. ROMERO MATUTE, *El arbitraje internacional deportivo: la acción de nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales del CAS/TAS*, Aranzadi, Navarra, 2023.

¹² Son 211 las federaciones que forman parte de la FIFA y 55 las federaciones nacionales que lo son de la UEFA. La UEFA es una de las seis confederaciones reconocidas por la FIFA (SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Primero).

ingresos económicos de los que vienen disfrutando (FD Séptimo). Por esta razón no es de extrañar que no reconozcan a la Superliga porque, aunque ellas se empeñen en poner en valor su objetivo de velar por el orden e igualdad en el deporte del fútbol, lo cierto es que tienen la condición de empresa o negocio y el fútbol es una actividad muy lucrativa (FD Séptimo).

No obstante lo anterior, incluso la normativa cumpliera todos estos requisitos de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad, si su aplicación sigue suponiendo el cierre del mercado a la competencia, debería entenderse que la conducta es un abuso de la posición de dominio de la empresa en cuestión, salvo que hubiera un objetivo de interés general que lo justificara (apartado 183 de la STJUE comentada). Así es, como decimos, salvo que haya un objetivo legítimo que justifique el comportamiento, la conducta no puede eliminar la competencia en el mercado.

16. Estamos analizando el abuso de la posición de dominio de la FIFA y la UEFA desde la perspectiva de su rol de asociaciones. Ello es debido a que es, precisamente, la relación que une a ambas asociaciones con sus asociados lo que les otorga la posición monopolística en el mercado y lo que les lleva a abusar de su poder para seguir manteniendo el statu quo que tanto les beneficia.

17. Habría que distinguir este caso de otros en los que el poder público otorga a una determinada persona jurídica la potestad de decidir quién puede entrar en el mercado en cuestión. Estamos pensando en el asunto MOTOE, por ejemplo. En este supuesto, la empresa ELPA había sido designada por el Gobierno para determinar qué otras competiciones de motocicletas podían organizarse en el territorio de actuación de ella misma. El Tribunal de Justicia exigió en el asunto que esta normativa en la que se basaba ELPA para tomar sus decisiones debía tener límites, obligaciones y control, para evitar, sobre todo, que fuera discriminatoria y que se consiguiera con ella que la empresa decisora fuera la beneficiaria de la misma¹³. Dicho con otras palabras, no se puede ser juez y parte, o *regulador-gestor y organizador*, en palabras del Juzgado de lo Mercantil remitente en nuestro caso¹⁴. Lo mismo ocurre en el asunto *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, en relación con los expertos contables¹⁵. En este caso, la Cámara de técnicos oficiales de cuentas adoptó una normativa por la que se exigía que los expertos contables justificaran 35 créditos de formación, en los dos últimos años, impartida por la OTOC o autorizada por ella¹⁶.

En estos casos, por la razón destacada, esto es, por tener encomendada la persona jurídica este objetivo, se plantea que la conducta quede amparada por el artículo 106.2 TFUE, según el cual, *“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho,*

¹³ STJCE de 1 julio 2008, MOTOE, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376

¹⁴ SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Quinto.

El órgano judicial europeo lo estableció con estas palabras en el asunto MOTOE: “51. *En efecto, un sistema de competencia no falseada, como el previsto por el Tratado, tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. Encomendar a una persona jurídica como el ELPA, que organiza y explota comercialmente ella misma competiciones de motocicletas, la tarea de emitir para la administración competente un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas a fin de organizar tales competiciones, equivale de facto a conferirle la potestad de designar las personas autorizadas a organizar dichas competiciones, y a fijar las condiciones en las que estas últimas se organizan, y a conceder de este modo a dicha entidad una ventaja evidente sobre sus competidores (véanse, por analogía, las sentencias de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, C202/88, Rec. p. I1223, apartado 51, y de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Rec. p. I-5941, apartado 25). Por tanto, dicho derecho puede llevar a la empresa que lo ostenta a impedir el acceso de los demás operadores al mercado afectado. Esta situación de desigualdad de condiciones de competencia se ve, además, subrayada por el hecho, confirmado en la vista ante el Tribunal de Justicia, de que cuando el ELPA organiza o participa en la organización de competiciones de motocicletas, no está obligado a recabar ningún dictamen conforme para que la administración competente le conceda la autorización requerida. 52. Por otro lado, dicha normativa, que concede a una persona jurídica como el ELPA la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar competiciones de motocicletas, sin que dicha potestad se vea sujeta a una reglamentación de límites, obligaciones o control, puede conducir a la persona jurídica a la que se encomienda emitir dicho dictamen conforme a falsear la competencia favoreciendo las competiciones que organiza o aquellas en cuya organización participa”*

¹⁵ STJUE de 28 febrero 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:217

¹⁶ STJUE de 28 febrero 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:217, apartado 9.

el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

En nuestro supuesto de la Superliga, la FIFA y la UEFA son organismos privados a los que no se les ha encomendado, por parte del Estado, la misión de regular la entrada de nuevos competidores en el mercado (apartado 137). Son ellas las que, por su posición de dominio y a través de las normas de funcionamiento de sus propias asociaciones, se han dotado, de facto, de la capacidad de decidir si en sus propios mercados va a haber competencia o no y, si es el caso, quiénes van a ser los operadores que compitan con ellas¹⁷. Lo mismo ocurre en el asunto de la Federación internacional de patinaje, en el que esta asociación, sin haber sido designada por la autoridad pública para decidir quién puede participar en competiciones de su ámbito, “*ejerce como única federación deportiva internacional reconocida por el COI por lo que respecta a las disciplinas en cuestión, una actividad normativa*”¹⁸.

En todos ellos, eso sí, se trata de entidades que determinan, por disposición de autoridad pública o de facto, qué operadores van a competir con ellas en el mercado. “*Por consiguiente, habida cuenta de que la demandante organiza competiciones y que es a la vez titular de la facultad de autorizar las competiciones organizadas por terceros, debe señalarse que esta situación puede dar lugar a un conflicto de intereses. En estas circunstancias, de la jurisprudencia citada en los apartados 70 y 71 anteriores se desprende que la demandante está obligada a velar, en el examen de las solicitudes de autorización, por que estos terceros no se vean privados indebidamente de un acceso al mercado, hasta el punto de que la competencia en dicho mercado resulte falseada*”¹⁹.

18. En conclusión, esta relación de los equipos de fútbol que han propuesto la Superliga y la FIFA y la UEFA es la que utilizan estas últimas para cerrar el mercado que dominan a la entrada de nuevos competidores. La importancia de la FIFA y la UEFA en sus respectivos mercados, su posición de dominio, es la que lleva a los equipos de fútbol a pensar si les interesa entrar en el mercado en régimen de competencia con ellas. Si organizar una nueva competición a nivel europeo o mundial va a suponer que los clubes o los jugadores implicados sean apartados de las competiciones que organizan la FIFA y la UEFA, no habrá ninguna nueva competición en este marco porque la sanción es lo suficientemente importante como para que los equipos de fútbol se retracten de su propuesta. Todo ello, por la posición de dominio que tienen en sus respectivos mercados. Como afirma el Tribunal, es tan grande el poder de mercado que tienen que, “*en la práctica, resulta imposible, en la situación actual, crear de forma viable una competición fuera de su ecosistema, habida cuenta del control que ejercen, directamente o a través de las federaciones nacionales de fútbol que son miembros de las mismas, sobre los clubes, sobre los jugadores y sobre otros tipos de competiciones, como las organizadas en el ámbito nacional*” (apartado 149). En este sentido, se podría aplicar la teoría de las infraestructuras esenciales al considerar que la FIFA y la UEFA poseen esa *infraestructura esencial* a la que es necesario acceder para prestar servicios en el mercado del fútbol en Europa²⁰.

¹⁷ En este sentido, vid., SJM de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Sexto y Séptimo

¹⁸ STG de 16 diciembre 2020, *International Skating Union*, T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610, apartado 73.

Vid., también, en este sentido, STPI de 26 enero 2005, *Piau*, T-193/02, ECLIEU:T:2005:22, apartado 78. En este caso, se analizó el posible abuso de posición de dominio de la FIFA en el mercado de las prestaciones de servicios de los agentes de los jugadores. Se estudió su normativa en relación con esta actividad y se determinó que, si bien la FIFA tiene posición de dominio en este mercado, con su regulación no abusa de la misma o, al menos, no se ha podido demostrar que abuse de su poder de mercado (apartado 117).

¹⁹ STG de 16 diciembre 2020, *International Skating Union*, T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610, apartado 75.

Vid., en relación con el conflicto de intereses en nuestro caso, F. IRURZUN MONTORO, “Derecho de la competencia y deporte profesional: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto de la Superliga”, *Revista española de Derecho europeo*, 90, abril-junio 2024, p. 132.

²⁰ *Vid.*, F. IRURZUN MONTORO, “Derecho de la competencia y deporte profesional: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto de la Superliga”, *Revista española de Derecho europeo*, 90, abril-junio 2024, p. 136. En relación con la teoría de las infraestructuras esenciales, *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *La doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho antitrust europeo*, Madrid, Editorial La Ley, 2012, 422 p.; A.L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “La Doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho antitrust europeo: cuestiones escogidas”, vol. 31, *ADI*, 2010-2011, pp. 25-54.

IV. Decisión de asociación de empresas (art. 101 TFUE)

19. El artículo 101 del TFUE prohíbe los acuerdos colusorios, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior.

20. En nuestro caso, el TJUE considera que la FIFA y la UEFA son asociaciones, además de empresas, y que las normas que elaboran son *decisiones de asociaciones de empresas* en el sentido del artículo 101 TFUE (apartado 87)²¹. Según el Tribunal de Luxemburgo, “*el artículo 101 TFUE les resulta aplicable porque son miembros de estas asociaciones federaciones nacionales de fútbol que pueden, a su vez, calificarse de empresas, por ejercer una actividad económica asociada a la organización y la comercialización de competiciones de fútbol de clubes en el ámbito nacional y a la explotación de los derechos derivados de las mismas, o de las que son miembros o afiliados entidades que pueden calificarse de empresas, como sucede con los clubes de fútbol*” (apartado 115).

21. Volviendo al comportamiento ilícito que regula el artículo 101 TFUE, el Tribunal se plantea si esta decisión de la FIFA y la UEFA tiene por objeto o efecto restringir la competencia. El órgano judicial recuerda que si la conducta es lesiva de la competencia por el objeto no se debe comprobar si también lo es por efecto (apartado 159)²². Sólo, por tanto, se analizará el efecto, para determinar que estamos ante un comportamiento ilícito, cuando el mismo no tenga por objeto restringir o falsear la competencia.

22. Empezando por lo primero, el órgano judicial recuerda que la vulneración por objeto debe ser interpretada de manera estricta (apartado 161)²³. En este sentido, con esta concepción, la lesión por objeto sólo puede afirmarse en relación con acuerdos que tengan, por su propia naturaleza, un grado suficiente de nocividad para la competencia que haga innecesario el examen de los efectos²⁴. Entre otros, la fijación horizontal de precios, por ejemplo²⁵.

²¹ *Vid.*, en este sentido de considerar asociaciones de empresas a las protagonistas de este caso, F. IRURZUN MONTORO, “Derecho de la competencia y deporte profesional: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto de la Superliga”, *Revista española de Derecho europeo*, 90, abril-junio 2024, p. 126. *Vid.*, también, en relación con otros asuntos, STJCE 19 febrero 2002, *Wouters*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, apartado 64; STJUE de 25 de enero de 2024, *Em akaunt BG EOOD*, C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71, apartado 44.

²² STJCE de 30 junio 1966, *LTM*, asunto 56/65, ECLI:EU:C:1966:38; STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, apartados 15 y 16; STJUE de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungaria Biztosító y otros*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, apartado 34; STJUE de 11 de septiembre de 2014, *CB*, C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartado 52; STJUE de 26 noviembre 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, apartados 16 y 17; STJUE de 19 de marzo de 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, apartado 116; STJUE de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, apartados 30; STJUE de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros*, C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P y C-519/06P, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 55; STJCE de 13 julio 1966, *Consten y Grundig*, asuntos 56/64 y 58/64, ECLI:EU:C:1966/41; STJCE de 8 julio 1999, *Montecatini*, C-235/92P, ECLI:EU:C:1999:362, apartado 122; STJCE de 15 octubre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros*, C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P a C-252/99P y C-254/99P, ECLI:EU:C:2002:582, apartado 491.

Vid., A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 884.

²³ STJUE de 23 enero 2018, *Hoffman-La Roche*, C-179/16, ECLI:EU:C:2018:25, apartado 78; STJUE de 30 enero 2020, *Generics (UK)*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartado 67.

²⁴ STJUE de 11 septiembre 2014, *CB*, C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartados 49-52 y 57; STJUE de 18 noviembre 2021, *Visma Enterprise*, C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935, apartado 59; STJUE de 25 de enero de 2024, *Em akaunt BG EOOD*, C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71, apartado 48; STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, apartado 15; STJUE de 2 abril 2020, *Budapest Bank y otros*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, apartado 54; STJCE de 30 junio 1966, *LTM*, asunto 56/65, ECLI:EU:C:1966:38; STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, apartado 15; STJUE de 14 marzo 2013, *Allianz Hungaria Biztosító y otros*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, apartado 35; STJUE de 4 junio 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, apartados 28 y 29; STJUE de 13 diciembre 2012, *Expedia*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, apartado 36.

²⁵ STJUE de 11 septiembre 2014, *CB*, C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartado 51. Según este pronunciamiento, “*En efecto, la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y alzas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores*”.

Para determinar si la decisión de la asociación de empresas, en nuestro caso, es contraria por objeto a la competencia, el Tribunal recuerda los elementos, y su orden, que deben analizarse (apartado 165). En primer lugar, se habrá de estudiar el contenido de la decisión. En segundo lugar, el contexto económico y jurídico en el que se inserta. Esto es, la naturaleza de los bienes o servicios implicados y la estructura y funcionamiento del mercado en el que están compitiendo²⁶. Por último, se debe tener en cuenta la finalidad perseguida con la misma. En este caso, no es necesario que la asociación tenga intención de lesionar la competencia. Efectivamente, la voluntad del infractor no es determinante para calificar la conducta de ilícita (apartado 167)²⁷.

23. En relación con los efectos lesivos de la competencia, “*En el supuesto de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, es necesario en cambio examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición, exigir que concurran los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, EU:C:2013:160, apartado 34 y jurisprudencia citada)*”²⁸. Para acreditar que el acuerdo, la decisión de la asociación de empresas o la práctica concertada es lesiva de la competencia por efecto, la competencia debe verse afectada por ella, bien de forma real, bien de manera potencial (apartado 169 y 170)²⁹. En todo caso, deben ser efectos importantes y no meramente insignificantes³⁰.

En este sentido, para apreciar los efectos no insignificantes de la conducta sobre la competencia se han de tomar en consideración “*el marco concreto en el que se inscriben, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios*

Vid., también, STJUE de 11 julio 2013, *Gosselin*, C-440/11P, ECLI:EU:C:2013:514, apartados 95 y 111 y STJCE de 30 enero 1985, *Clair*, 123/83, ECLI:EU:C:1985:33, apartado 22. Ésta última, en relación con la fijación del precio mínimo de un producto que se envía a la Administración Pública y que, después, ella impone a todos los operadores económicos del mercado en cuestión.

Limitar la capacidad de producción es otra conducta que, por su naturaleza, es particularmente nociva para la competencia (STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643). Los acuerdos de reparto de clientela también tienen esta consideración (STJUE de 16 julio 2015, *ING Pensii*, C-172/14, ECLI:EU:C:2015:484, apartado 32; STJUE de 11 julio 2013, *Gosselin*, C-440/11P, ECLI:EU:C:2013:514, apartados 95 y 111).

²⁶ STJUE de 11 septiembre 2014, *CB*, C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartado 53; STJUE de 23 enero 2018, *Hoffman-La Roche*, C-179/16, ECLI:EU:C:2018:25, apartado 80; STJUE de 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító y otros*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, apartado 36; STJUE de 6 octubre 2009, asuntos acumulados C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P y C519/06 P, *GlaxoSmithKline Services y otros*, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 58; STJUE de 4 octubre 2011, *Football Association Premier League y otros*, ECLI:EU:C:2011:631, apartado 136; STJUE de 13 octubre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 35; STJUE de 13 diciembre 2012, *Expedia*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, apartado 21; STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, apartados 16; STJCE de 8 noviembre 1983, *IAZ y otros*, asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, ECLI:EU:C:1983:310, apartado 25; STJCE de 28 marzo 1984, *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink*, asuntos acumulados 29/83 y 30/83, ECLI:EU:C:1984:130, apartado 26; STJCE de 6 abril 2006, *General Motors*, C-551/03P, ECLI:EU:C:2006:229, apartado 66; STJCE de 10 diciembre 1985, *ETA*, 31/85, ECLI:EU:C:1985:494, apartado 11.

²⁷ STJCE de 8 noviembre 1983, *IAZ y otros*, asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, ECLI:EU:C:1983:310, apartados 23 a 25; STJUE de 6 octubre 2009, asuntos acumulados C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P y C519/06 P, *GlaxoSmithKline Services y otros*, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 58; STJCE de 6 abril 2006, *General Motors*, C-551/03P, ECLI:EU:C:2006:229, apartados 64 y 77; STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, apartado 21.

²⁸ STJUE de 11 septiembre 2014, *CB*, C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartado 55.

²⁹ STJCE de 28 mayo 1998, *John Deere*, C-7/95P, ECLI:EU:C:1998:256, apartado 77; STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) y otros*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartado 117; STJCE de 10 diciembre 1985, *ETA*, 31/85, ECLI:EU:C:1985:494, apartado 12; STJCE de 17 noviembre 1987, *BAT y Reynolds*, asuntos acumulados 142/84 y 156/84, ECLI:EU:C:1987:490, apartado 54; STJCE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, apartado 50; STJCE de 9 julio 1969, *Völk*, asunto 5/69, ECLI:EU:C:1969:35, apartado 7; STJCE de 21 enero 1999, *Bagnasco*, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, ECLI:EU:C:1999:12, apartado 34; STJCE de 28 mayo 1998, *New Holland Ford*, C-8/95P, ECLI:EU:C:1998:257, apartado 91.

³⁰ STJCE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, apartado 50; STJCE de 9 julio 1969, *Völk*, asunto 5/69, ECLI:EU:C:1969:35, apartado 7; STJCE de 28 mayo 1998, *John Deere*, C-7/95P, ECLI:EU:C:1998:256, apartado 77; STJUE de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) y otros*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, apartado 117; STJCE de 21 enero 1999, *Bagnasco*, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, ECLI:EU:C:1999:12, apartado 34; STJCE de 28 mayo 1998, *New Holland Ford*, C-8/95P, ECLI:EU:C:1998:257, apartado 91.

*contemplados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes*³¹.

24. El Tribunal concluye que el comportamiento analizado es lesivo por objeto de la competencia, al no responder estas normas a los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad y presentar, por ello, por su propia naturaleza, un grado de nocividad suficiente para la competencia en el mercado (apartado 178).

V. Respuesta del TJUE

25. Como se mencionó anteriormente, el Tribunal de Luxemburgo considera que la FIFA y la UEFA abusan de su posición de dominio por impedir la entrada de nuevos competidores al mercado. De facto, tal como está redactada la normativa de ambas asociaciones, ellas mismas se han dado el poder de decidir qué otras competiciones pueden hacerles competencia en sus respectivos ámbitos territoriales de actuación, utilizando, para ello, criterios que no respetan la transparencia, la objetividad, la no discriminación y la proporcionalidad, e imponiendo sanciones en caso de no acatamiento de sus decisiones por los destinatarios de las mismas (apartado 152).

Recordamos, en este punto, que lo verdaderamente importante, además de que las decisiones de estas instituciones no sean transparentes, objetivas, no discriminatorias y proporcionadas, es que las entidades en cuestión tienen posición de dominio en el mercado y, con sus decisiones, abusan de la misma al impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado en el que ellas mismas están actuando. Es cierto que exigir que la normativa reúna estos requisitos hace más difícil que las asociaciones puedan abusar de su posición de dominio porque no sería tan automático para ellas poder cerrar el mercado a la competencia, tendrían que justificar con más detalle por qué lo hacen, si es que pueden hacerlo. Pero también es verdad que, aún cuando sus decisiones reunieran estos requisitos, podrían seguir siendo lesivas de la competencia si suponen una barrera de entrada infranqueable para nuevos competidores en el mercado y no están justificadas (apartado 183 de la STJUE comentada). En nuestro contexto, el hecho de que la FIFA y la UEFA sean las únicas organizaciones en sus respectivos mercados, y que estén formadas por las empresas que pueden hacerles competencia, implica que puedan decidir seguir siendo los únicos operadores en el mercado, como ha ocurrido hasta ahora. Y lo hacen, de facto, por el poder de mercado que ostentan sobre sus potenciales competidores, no porque legalmente ellas tengan esa función de decidir quién entra en sus mercados.

26. En relación con el artículo 101 del TFUE, el Tribunal concluye que la conducta de la FIFA y la UEFA es una decisión de asociación de empresas ilícita, ya que, tiene como objeto restringir la competencia en el mercado interior europeo (apartado 179). Del mismo modo que en el caso del artículo 102 TFUE, utiliza los dos elementos ya vistos, cuales son, que la asociación compite en el mercado en el que quieren actuar algunos de sus asociados y que los criterios utilizados para decidir que no se celebren competiciones de fútbol por terceros en su territorio de actuación no responden a los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad.

La decisión de la asociación de empresas, para que sea ilícita, debe tener como objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia de sus asociados en el mercado interior y, en este caso, la decisión de la FIFA y la UEFA supone eso, que los asociados no puedan competir entre ellos porque se les obstaculiza la posibilidad de organizar competiciones en paralelo, pero lo que realmente pretende es

³¹ STJCE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, apartado 49.

Vid., también, en este sentido, STJCE de 15 diciembre 1994, *DLG*, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, apartado 31; STJCE de 12 diciembre 1995, *Oude Luttikhuis y otros*, C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, apartado 10; STJCE de 28 abril 1998, *Javico*, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, apartado 22; STJCE de 27 abril 1994, *Almelo y otros*, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171, apartado 37; STJCE de 12 diciembre 1967, *Brasserie de Haecht*, asunto 23/67, ECLI:EU:C:1967:54; STJCE de 28 febrero 1991, *Delimitis*, C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, apartado 14.

restringir la competencia que los asociados les puedan hacer a ellas, esto es, estas organizaciones están actuando, no sólo como asociaciones que quieren impedir que sus asociados compitan entre ellos en sus respectivos mercados, sino, también, como empresas que compiten en el mismo mercado al que sus asociados quieren entrar. Gráficamente, se podría decir que la FIFA y la UEFA actúan, también, en el mismo plano horizontal con sus asociados y no sólo en un contexto vertical en el que sean asociaciones que quieren determinar cómo debe ser la competencia en el mercado de sus asociados.

27. Dicho lo anterior, el Tribunal de Justicia se plantea si la decisión de la asociación de empresas, lesiva por objeto, podría quedar exenta de la sanción en virtud del artículo 101.3 TFUE, así como, si la jurisprudencia europea que indica que el artículo 102 TFUE no debe aplicarse a determinados comportamientos puede ser utilizada en este caso para no sancionar la conducta por abuso de posición de dominio (apartado 182).

28. Empezando por el artículo 101 TFUE, el órgano judicial europeo, antes de analizar si puede aplicarse a la decisión de la asociación de empresas la exención del apartado tercero del precepto, estudia si este artículo 101 TFUE, además del 102, deben utilizarse para calificar de ilícito este comportamiento.

En efecto, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido desde hace tiempo que determinadas conductas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de estos preceptos. Para que así sea, el comportamiento debe reunir los siguientes requisitos. En primer lugar, la decisión de la asociación de empresas, en nuestro caso, debe perseguir otros objetivos de interés general que no tengan nada ver con la restricción de la competencia³². En segundo lugar, que los medios utilizados para alcanzar estos objetivos de interés general sean los necesarios para ello. Y, por último, en tercer lugar, que si con esos medios empleados se restringe la competencia que, al menos, su utilización no vaya más allá en este contexto, esto es, que no suponga la eliminación de cualquier competencia (apartado 183)³³. Precisamente, esto

³² En este caso, objetivo de interés general podría ser uno relacionado con “desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura en las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente la de los más jóvenes” (art. 165.2 TFUE). En efecto, podrían tenerse en cuenta las características particulares del deporte y su función social y educativa (STJUE de 16 marzo 2010, *Olympique Lyonnais*, C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143, apartado 40). Características específicas del deporte que no pueden hacer, sin embargo, que las entidades dedicadas al mismo no deban observar, como el resto, las normas de competencia (vid., R. TEROL GÓMEZ, “El caso de la Superliga Europea de Fútbol. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2023 (as. C-333/21) y sus consecuencias para el denominado *modelo europeo del deporte*”, *La Ley Unión Europea*, número 123, 2024 y la bibliografía que recoge: Baena, R. y Valenzuela, P., «Derecho de la Competencia (I). La aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión Europea en el ámbito del deporte», *Derecho del Deporte Profesional* (Palomar Olmeda A. y Terol Gómez, R., Dirs.), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 533-565; Palomar Olmeda, A., «La aplicación al ámbito del deporte de las reglas del Derecho de la Competencia», *El modelo europeo del deporte* (Palomar, A., Dir.), Bosch, Barcelona, 2002, pp. 201-260, del mismo autor «El ordenamiento del deporte: una visión proyectiva sobre el derecho de la competencia europeo», *Derecho de la Unión Europea e Integración Regional. Liber Amicorum al Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo* (Molina del Pozo Martín, P.C., Coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 1237-1257, y la monografía de López López, I., *Las relaciones entre el Derecho de la competencia y el deporte*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023). Vid., también, en relación con el artículo 165 TFUE y su aplicación al caso, F. IRURZUN MONTORO, “Derecho de la competencia y deporte profesional: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto de la Superliga”, *Revista española de Derecho europeo*, 90, abril-junio 2024, pp. 123-126.

En el caso de la Federación internacional de patinaje se alegó que el objetivo legítimo era proteger la integridad del patinaje de velocidad de los riesgos vinculados con las apuestas (STG de 16 diciembre 2020, *International Skating Union*, T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610). Y se aceptó que concurría este objetivo legítimo pero se estimó que las restricciones que se impusieron iban más allá de lo necesario para conseguir el mismo (apartado 103). Pronunciamiento ratificado, en esto al menos, por la STJUE de 21 diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21P, ECLI:EU:C:2023:1012.

³³ STJCE de 19 febrero 2002, *Wouters y otros*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, apartado 97; STJCE de 18 julio 2006, *Meca-Medina y Majcen*, C-519/04P, ECLI:EU:C:2006:492, apartados 42 a 48 -test Meca Medina, en palabras del JM núm. 17 de Madrid (SJM núm. 17 de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Octavo); STJUE de 28 febrero 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:217, apartados 93, 96 y 97; STJCE de 12 diciembre 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, ECLI:EU:C:1996:487, apartado 38; STJCE de 15 diciembre 1994, *DLG*, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, apartado 35; STJCE de 19 enero 1988, *Gullung*, asunto 292/86, ECLI:EU:C:1988:15; STJCE de 3 diciembre 1974, *Van Binsbergen*, asunto 33/74, ECLI:EU:C:1974:131, apartado 12. Estas dos últimas sentencias, en relación con las libertades de establecimiento y de prestación de servicios de los abogados.

Respecto de los servicios prestados por los abogados, “En efecto, para aplicar esta disposición [actual artículo 101.1

es lo que alegan los demandados en el procedimiento principal para argumentar que su conducta no se puede considerar ilícita³⁴.

En nuestro caso, no sería necesario analizar estos elementos, puesto que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el comportamiento infringe el artículo 102 del TFUE no debe estudiarse si podría ser lícito desde la perspectiva del precepto 101 (apartado 185)³⁵. Además de lo anterior, o, en nuestro supuesto, independientemente de lo anterior, como la conducta estudiada es una decisión de asociación de empresas que restringe la competencia por objeto, se considera ilícita y la única manera de que no tenga ninguna sanción sería que pudiera ser objeto de aplicación del artículo 101.3 TFUE (apartado 186)³⁶. Así es, en relación con esto último, sería incongruente admitir que una decisión de asociación de empresas tenga un objeto legítimo y, por ello, no pueda considerarse ilícita, cuando, precisamente por su objeto, restringe la competencia³⁷.

29. El artículo 101.3 TFUE recoge los requisitos que deben concurrir, con un alto grado de probabilidad, en la conducta ilícita para que no sea objeto de sanción³⁸. De manera resumida, puede decirse que el comportamiento debe tener más efectos procompetitivos que los anticompetitivos que han llevado a calificarlo de ilícito. Concretamente, los cuatro elementos que deben verificarse en el acuerdo, decisión o práctica concertada son estos: 1) que *contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico*³⁹; 2) que *reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante*⁴⁰; 3) que *no impongan a las empresas*

TFUE] a un caso concreto, debe tenerse en cuenta el contexto global en que se adoptó la decisión de la asociación de empresas de que se trate y en la que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos, relacionados en el presente caso con la necesidad de establecer normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad, que proporcionen la necesaria garantía de honorabilidad y competencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y a la buena administración de justicia (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, Rec. p. I-6511, apartado 38)” (STJCE de 19 febrero 2002, *Wouters y otros*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, apartado 97). *Vid.*, respecto de este caso *Wouters*, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación del Derecho de la competencia a los baremos de honorarios de abogados: *Arduino y Cipolla*”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (codirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 433-468; *Id.*, *Régimen Jurídico de la Abogacía Internacional*, Comares, Granada, 2003, 347 p.; *Id.*, “Elaboración, por los Colegios de Abogados, de criterios orientativos para determinar los honorarios de los profesionales: práctica calificada de anticompetitiva”, *CDT*, vol. 16, nº 1, 2024, pp. 564-577.

La sentencia en el caso *Meca-Medina y Majcen* alude a las medidas antidopaje impuestas por el COI en relación con la natación y considera que persiguen un objetivo legítimo como es que la competición se realice en condiciones de igualdad entre todos los participantes (apartado 45).

³⁴ SJM núm. 17 de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Octavo.

³⁵ STJCE de 1 julio 2008, *MOTOE*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, apartado 53.

³⁶ STJUE de 4 septiembre 2014, *API y otros*, C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 y C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147, apartado 49; STJUE de 23 noviembre 2017, *CHEZ Elektro Bulgaria y FrontEx International*, C-427/16 y C-428/16, ECLI:EU:C:2017:890, apartados 51, 53, 56 y 57; STJUE de 18 julio 2013, *Consiglio Nazionale dei Geologi*, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489, apartados 52 a 56. En estos pronunciamientos, el Tribunal no afirma con esta claridad que las decisiones de asociaciones de empresas lesivas por objeto no pueden considerarse lícitas en ningún caso. Lo que hace es indicar que, en los respectivos supuestos, siendo contrarios a la competencia por objeto, o no pueden considerarse lícitos -la primera- o remite al órgano judicial nacional esta decisión -las dos últimas -.

³⁷ SJM núm. 17 de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25, FD Octavo.

³⁸ En este sentido, “*El Tribunal de Primera Instancia tampoco incurrió en error de Derecho, en el apartado 252 de la sentencia recurrida, al señalar que había de determinarse si la Comisión podía concluir que las alegaciones y las pruebas aportadas por GSK, que requerían, para su examen, un análisis prospectivo, no demostraban, con el suficiente grado de probabilidad, que el artículo 4 del acuerdo debía permitir obtener una ventaja objetiva apreciable que pudiera compensar los inconvenientes que causaba a la competencia, al favorecer la innovación*” (STJUE de 6 octubre 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros*, C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P y C-519/06P, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 95).

³⁹ STJCE de 13 julio 1966, *Consten y Grundig*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, ECLI:EU:C:1966:41; STJUE de 11 septiembre 2014, *MasterCard y otros*, C-382/12P, ECLI:EU:C:2014:2201, apartados 232, 234 y 236; STJUE de 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, apartados 42 y 43.

En la sentencia del caso *Consten y Grundig*, por ejemplo, se indica que “*Considerando que, por el contrario, en su valoración de la importancia relativa de los distintos elementos sometidos a su examen, la Comisión debe tanto apreciar su eficacia con respecto a una mejora objetivamente comprobable de la producción y de la distribución de los productos, como valorar si el beneficio que deriva de ella es suficiente para que se consideren indispensables las consiguientes limitaciones de la competencia*”.

⁴⁰ STJUE de 11 septiembre 2014, *MasterCard y otros*, C-382/12P, ECLI:EU:C:2014:2201, apartado 236; STJCE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, apartado 70.

interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; 4) que no ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate (apartado 190). Estos cuatro requisitos deben ser probados por la parte que los alega, salvo que la conducta pueda acogerse a alguno de los Reglamentos de exención por categorías que existen (apartado 191)⁴¹.

En relación a la comprobación de la concurrencia de los cuatro requisitos mencionados, el Tribunal de Justicia remite al órgano jurisdiccional que plantea las cuestiones prejudiciales, si bien, indica, respecto del último de ellos, que “*debe considerarse que tal situación [las normas de autorización previa, de participación y sancionadoras elaboradas por la FIFA y la UEFA que no responden a criterios de transparencia, objetividad, precisión y no discriminación] permite que las entidades que han adoptado estas normas impidan cualquier competencia en el mercado de la organización y de la comercialización de las competiciones de fútbol de clubes en el territorio de la Unión*” (apartado 199).

30. Entrando ya en el ámbito del artículo 102 TFUE, si bien el precepto no recoge ninguna exención a aplicar a estas conductas de abuso de posición de dominio, la Comisión sí lo hace en una de sus Comunicaciones⁴². También la jurisprudencia europea recoge esta posibilidad de exención cuando la empresa que abusa de su posición de dominio puede probar que su conducta es objetivamente necesaria o que el efecto de exclusión que conlleva se compensa, o supera, por efectos procompetitivos o de eficiencia que benefician también a los consumidores (apartados 201 y 202)⁴³.

Tal como establece el Tribunal de Justicia, “*En efecto, con respecto al artículo 81 CE, apartado 3, lo que debe tenerse en cuenta es el carácter favorable de la incidencia sobre el conjunto de los consumidores en los mercados pertinentes, y no la incidencia sobre cada miembro de esa categoría de consumidores*” (STJCE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, apartado 70). En este sentido, en nuestro caso, el Tribunal indica que el órgano jurisdiccional remitente es el que debe comprobar si las normas de autorización previa, de participación y de sanción en caso de incumplimiento, pueden tener incidencia favorable en las distintas categorías de usuarios afectados por ella, esto es, en las federaciones nacionales de fútbol, los clubes profesionales o aficionados, los jugadores profesionales o aficionados, los jóvenes jugadores y, en términos más generales, los consumidores, ya sean espectadores o telespectadores (apartado 195).

⁴¹ Respecto de la carga de la prueba, que recae sobre la parte que alega la exención, *vid.*, entre otras, STJCE de 11 julio 1985, *Remia y otros*, asunto 42/84, ECLI:EU:C:1985:327, apartado 45; STJUE de 6 octubre 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros*, C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P y C-519/06P, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 82; STJCE de 17 enero 1984, *VBVB y VBBB*, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, ECLI:EU:C:1984:9, apartado 52.

Los Reglamentos de exención por categorías que se encuentran en vigor en la actualidad son los siguientes:

Reglamento (UE) 2023/1066, de la Comisión, de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DOUE L143, de 2 junio 2023); Reglamento (UE) 2023/1067, de la Comisión, de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DOUE L143, de 2 junio 2023); Reglamento (UE) 2022/720, de la Comisión, de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L134, de 11 mayo 2022); Reglamento (UE) No 316/2014, de la Comisión de 21 de marzo de 2014 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DOUE L93, de 28 marzo 2014); Reglamento (UE) n° 1308/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 y (CE) n° 1234/2007, DOUE L347, de 20 diciembre 2013, modificado por el Reglamento (UE) 2021/2117 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021 que modifica los Reglamentos (UE) n° 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, (UE) n° 1151/2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, (UE) n° 251/2014, sobre la definición, descripción, presentación, etiquetado y protección de las indicaciones geográficas de los productos vitivinícolas aromatizados, y (UE) n° 228/2013, por el que se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión, DOUE L435, de 6 diciembre 2021.

⁴² Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DOUE C45, de 24 febrero 2009, con la versión incorporada por la Comunicación sobre Modificaciones de la Comunicación de la Comisión — «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», DOUE C116, de 31 marzo 2023.

⁴³ STJUE de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, apartados 40 y 41; STJUE de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, apartados 46 y 86; STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, asunto 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, apartado 184; STJCE de 6 abril 1995, *RTE e ITP*, C-241/91P y C-242/91P, ECLI:EU:C:1995:98, apartado 55; STJUE de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09,

En este caso, desde el punto de vista de la necesidad objetiva que pudieran tener las normas en cuestión, el Tribunal de Justicia considera que, desde el momento en el que se han adoptado de manera discrecional sin respetar el carácter de transparencia, objetividad, no discriminación y precisión, no responden a ninguna necesidad objetiva (apartado 203)⁴⁴. Sólo obedecen a la voluntad de impedir la entrada de competidores.

En relación con la comparación de las eficiencias con los efectos negativos para la competencia que genera la conducta, el órgano judicial europeo recuerda su jurisprudencia para exigir que la empresa con posición de dominio debe probar la concurrencia cumulativa de cuatro circunstancias⁴⁵. Así es, el operador debe probar que su comportamiento genera eficiencias, que éstas compensan o superan los efectos anticompetitivos, que la conducta es indispensable para conseguir esas eficiencias y que no elimina la competencia efectiva en el mercado (apartado 204). Del mismo modo que señaló en el caso de la aplicación del artículo 101.3 TFUE, indica que, este último requisito de no eliminar la competencia efectiva en el mercado, en el supuesto en cuestión, no se cumple (apartado 207).

VI. Resolución del juzgado que planteó la cuestión prejudicial

31. El Juzgado de lo Mercantil núm. 17 de Madrid, órgano remitente en esta cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia, ha resuelto la demanda interpuesta por la Superliga -y A22 Sports Management- contra la FIFA y la UEFA -y la LFP y la RFEF-, una vez el órgano judicial europeo ha respondido a las dudas de interpretación del Derecho europeo analizadas. Y lo ha hecho a través de una sentencia de 24 de mayo de 2024⁴⁶.

32. La jueza del Juzgado de lo Mercantil de Madrid define el mercado de referencia en el que ha de analizarse la conducta de la FIFA y la UEFA, a efectos de poder determinar si ésta restringe la competencia. Según la SJM, el mercado relevante es el de *organización y comercialización de competiciones internacionales de clubes de fútbol en el ámbito europeo* (FD Sexto). En este mercado, las asociaciones en liza tienen *posición monopolística* y su conducta refuerza el poder de mercado que ostentan (FD Sexto).

Es verdad que cada una de ellas tiene un ámbito de actuación geográfico diferente, la FIFA, a nivel mundial, y la UEFA, a nivel europeo. Pero también es cierto que las decisiones de celebración de competiciones en territorio de la UEFA deben ser tomadas por la FIFA y por la UEFA (artículos 22.3.e) y 73 de los Estatutos de la FIFA). Lo mismo indica el Estatuto de la UEFA cuando dice que “*los partidos, competiciones o torneos internacionales que no sean organizados por la UEFA, pero que se jueguen en el territorio de la UEFA, requerirán la aprobación previa de la FIFA y/o de la UEFA y/o de las federaciones miembro correspondientes, de acuerdo con el Reglamento de Partidos Internacionales de la FIFA y cualquier disposición de ejecución adicional adoptada por el Comité Ejecutivo de la UEFA*” (art. 49.3). Por lo tanto, a estos efectos, ambas asociaciones actúan como una sola a la hora de autorizar la entrada de competidores en el mercado europeo. También, por otro lado, no se trata de asociaciones independientes, ya que, la UEFA forma parte de la FIFA.

33. En este mercado, el órgano remitente considera, al igual que el Tribunal de Justicia, que las demandadas, FIFA y UEFA, abusan de su posición de dominio al establecer normas de autorización previa, escasas, sin criterios materiales y no desarrolladas, que no se basan en criterios de transparencia, objetividad y no discriminación y que conducen, por ello, a la arbitrariedad en su aplicación (FD Sexto).

ECLI:EU:C:2011:83, apartados 31, 75 y 76; STJCE de 3 octubre 1985, *CBEM*, asunto 311/84, ECLI:EU:C:1985:394, apartado 27; STJCE de 15 marzo 2007, *British Airways*, C-95/04P, ECLI:EU:C:2007:166, apartado 86; STJUE de 2 abril 2009, *France Télécom*, C-202/07P, ECLI:EU:C:2009:214, apartado 111.

⁴⁴ “Necesidad objetiva” podría concurrir, por ejemplo, si se demuestra que la normativa, siempre que responda a los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad, se encuentra justificada por los objetivos de la Unión en relación con el deporte (art. 165 TFUE).

⁴⁵ STJUE de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, apartado 42.

⁴⁶ SJM núm. 17 de Madrid, de 24 mayo 2024, ECLI:ES:JMM:2024:25.

34. En relación con la consideración del comportamiento como una decisión de asociación de empresas ilícita, el Juzgado de lo Mercantil también entiende que así es, que se trata de una conducta que restringe la competencia, por la falta de límites, obligaciones y control al sistema de autorización previa (FD Séptimo). Al ser una decisión lesiva por objeto, el órgano remitente, de la misma manera que el TJUE, considera que no debe analizarse si puede estar excluido de la aplicación del artículo 101.1 TFUE por tener un objeto legítimo. Tal como dice el Juzgado de lo Mercantil, no se puede sostener, a la vez, que el objeto perseguido es legítimo cuando se trata de un objeto que restringe la competencia (FD Octavo).

En relación a si es posible que quede exento de la sanción el comportamiento lesivo, esto es, en el marco del artículo 101.3 TFUE, el órgano judicial español empieza sus argumentos en contra de esta posibilidad, de la misma manera en que los termina el TJUE, esto es, indicando que el comportamiento no cumple con el último de los requisitos enunciados por el artículo 101.3 TFUE porque la conducta elimina o impide la competencia en el mercado relevante. Dice el Juzgado de lo Mercantil que el hecho de que se hayan autorizado, puntualmente, competiciones menores, de nivel local, no empaña la realidad de que la FIFA y la UEFA no han permitido que haya una competencia plena y efectiva en el mercado (FD Noveno)⁴⁷.

35. El órgano judicial remitente también pregunta al Tribunal de Justicia acerca de normativa de la FIFA y la UEFA que dispone que estas asociaciones son las propietarias de los derechos que se deriven de las competiciones que se celebren bajo su “jurisdicción” y que otorgan la responsabilidad en exclusiva a ellas para comercializar estos derechos en cuestión, excluyendo, por tanto, a los clubs que participen en las competiciones (artículo 67 y 68 de los Estatutos de la FIFA).

El Tribunal concluye que esta normativa no se opone a los artículos 101 y 102 del TFUE siempre que la propiedad de los derechos la tengan en relación con competiciones organizadas por ellas y no por terceros; así es como interpretan “jurisdicción”, también, la FIFA y la UEFA (apartado 211). Por otro lado, considera que establecer la responsabilidad exclusiva de estos derechos a ambas entidades sí vulnera estos preceptos 101 y 102 TFUE salvo que, en el caso del primero, se pueda acoger la conducta a la exención del artículo 101.3 TFUE y, en el segundo, se encuentre justificada y esto haga que no deba aplicarse este precepto de abuso de posición de dominio (apartado 230).

En este sentido, el mercado de referencia en este marco es el mismo que el de la organización de las competiciones de fútbol. Según el órgano judicial español, *la gestión de los derechos se liga necesariamente a la organización de la competición; y a la inversa* (FD Sexto). Por esta razón, se establece que el mercado de referencia es el de la *organización y la comercialización de derechos, de forma única* (FD Sexto).

VII. Conclusiones

36. En la sentencia objeto de comentario, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales que ha planteado el Juzgado de lo Mercantil número 17 de Madrid, en el caso de la demanda interpuesta por la Superliga contra la FIFA y la UEFA el 18 de abril de 2021.

El órgano judicial español pregunta, entre otras dudas, acerca de la ilicitud de la decisión de la FIFA y la UEFA de impedir que varios clubs de fútbol, miembros de ellas, puedan organizar una competición paralela a las que estas entidades organizan en el mercado internacional; la llamada Superliga.

⁴⁷ En relación con el requisito de que la medida sea necesaria para el objetivo perseguido, el órgano judicial español indica que, además de mejorar el sistema de autorización previa, puede pensarse en otras formas que complementen al mismo, a la hora de determinar la organización de competiciones de fútbol en el mercado en cuestión, y que sean menos lesivas de la competencia. Esas otras medidas podrían ser la creación de un organismo autónomo e independiente de las demandadas que se encargue de revisar las autorizaciones o la revisión de las mismas por parte de tribunales judiciales (FD Noveno). El órgano judicial español considera que el CAS, órgano arbitral que dirime los litigios que surjan del cumplimiento de la normativa de la UEFA y que es el elegido por ella para resolver esas disputas en las que ella misma está involucrada, con exclusión, además, de la competencia judicial, no es una vía que garantice control efectivo de las decisiones (FD Sexto). En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 21 diciembre 2023, *International Skating Union*, C-124/21P, ECLI:EU:C:2023:1012, apartado 199.

Estas asociaciones de empresas, y empresas también, la FIFA y la UEFA, recogen en sus Estatutos la necesidad de contar con la autorización previa de estas entidades para que sus asociados organicen otras competiciones diferentes a las que celebran ellas, en su territorio de actuación. Los promotores de la Superliga han solicitado autorización a la FIFA y la UEFA para organizar esta competición y estas entidades han rechazado esta posibilidad. La Superliga ha demandado a ambas asociaciones por entender que esta respuesta a su solicitud vulnera las normas de competencia y las libertades europeas.

El Juzgado de lo Mercantil plantea seis cuestiones prejudiciales al TJUE. Nos hemos centrado, en este trabajo, fundamentalmente, en aquellas que aluden a la vulneración de los artículos 101 y 102 del TFUE y hemos llegado a las siguientes conclusiones.

37. PRIMERA. En relación con el segundo de los preceptos mencionados, el Tribunal de Justicia considera que la FIFA y la UEFA abusan de su posición de dominio porque, es evidente, estas entidades ostentan poder de mercado suficiente para alterar la competencia efectiva en el mismo, es más, tienen una posición monopolística en sus respectivos mercados de referencia de la organización y comercialización de competiciones de fútbol a nivel mundial y europeo, respectivamente. Y, partiendo de esa premisa, su comportamiento supone un abuso de esa posición de dominio que no puede quedar exento de la sanción ya que, entre otras razones, esta conducta impide la competencia en el mercado al cerrar la entrada de competidores al mismo.

Considera que la conducta supone abuso de posición dominante por la razón de que la normativa en la que se basan la FIFA y la UEFA, para negar la posibilidad de que se organice la Superliga, no responde a los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y proporcionalidad. En este sentido, el hecho de que estas empresas compitan en el mercado al que quieren entrar sus asociados y que, en ese mercado, ellas tengan monopolio, hace que, si no la creación, que también, pero sí la aplicación de las normas se pueda hacer con el objetivo de evitar que entren competidores al mercado; como parece claro que ha pasado en este caso.

Ninguna asociación puede decidir quién entra en el mercado en el que se encuentra actuando, salvo que así lo determine la autoridad pública, pero sí puede establecer las condiciones que deben cumplir las empresas que quieran pertenecer a ella. En nuestro caso, la FIFA y la UEFA pueden decidir que si una federación, club o jugador, que forma parte de ellas, quiere participar en una competición no autorizada, dejará de jugar en los partidos que organicen ellas. Pero, como se trata de empresas con posición de dominio en sus respectivos mercados, con posición monopolística, esa sanción lleva a que no entren competidores en el mercado, lleva a que ninguna federación, club o jugador quiera sufrirla y, con ella, se garantizan seguir teniendo el monopolio en sus respectivos mercados. Por eso abusan de su poder, porque con sus decisiones consiguen imponer barreras de entrada infranqueables, que bloquean el mercado a la entrada de competidores. Si no tuvieran posición dominante su conducta quizá no afectaría a la competencia de forma sustancial el mercado interior, o lo haría en mucha menor medida. En este caso, las federaciones, clubes o jugadores implicados asumirían sin problema la idea de no participar en las competiciones organizadas por ellas si hay otras muchas que se celebran en el mismo mercado y en las que pueden jugar por no estar vetados.

38. SEGUNDA. En relación con el artículo 101 TFUE, el Tribunal de Justicia considera que la FIFA y la UEFA son asociaciones de empresas, en el marco del Derecho de la competencia, y que su decisión de tener que autorizar previamente la organización de una competición por parte de un asociado en su territorio de actuación es ilícita. Esta decisión, materializada en su normativa, es levisa por objeto porque, por su naturaleza, presenta un grado de nocividad suficiente al impedir la competencia de los asociados y, también, evitar que haya nuevos operadores en el mercado.

Además, no puede quedar exenta de la sanción porque, entre otros, no concurre en ella el requisito de que con la medida en cuestión no se elimine la competencia en el mercado. Con la normativa litigiosa, la FIFA y la UEFA deciden, de facto, qué competidores van a entrar en el mercado, a competir con ellas, y, por su propio interés, con ella están impidiendo que haya competencia para conservar su posición de dominio en el mismo.

39. TERCERA. La posición de dominio es un elemento fundamental en este asunto -y en todos-. Efectivamente, en nuestro caso, si la FIFA y la UEFA no tuvieran posición de dominio, como acabamos de mencionar, su conducta tendría una repercusión en la competencia menor. Evidentemente, su conducta no podría ser calificada de abuso de posición dominante pero sí debería seguir siendo una decisión ilícita de asociación de empresas.

Así es, el hecho de que en el supuesto se elimine el factor del poder de mercado no obsta para que las empresas sigan siendo asociaciones y para que sus decisiones busquen la coordinación del comportamiento de los asociados y la eliminación, por tanto, de la competencia entre ellos. En este caso, la conducta seguiría siendo entente pero podría quedar exenta de la sanción porque el requisito del artículo 101.3 TFUE de la no eliminación de la competencia, que no concurre en el supuesto real en el que las asociaciones tienen posición de dominio, en este caso figurado se cumpliría, al haber otras empresas en el mercado.

40. CUARTA. En resumen, el TJUE y el órgano judicial español remitente determinan que la FIFA y la UEFA, con su normativa, abusan de su posición de dominio y vulneran el artículo 101 del TFUE por decidir qué operadores pueden entrar a competir con ellas en sus respectivos mercados, en el primer caso, por tener posición de dominio, y, en el segundo, por ser asociación y coordinar el comportamiento de sus asociados en este sentido.

La FIFA y la UEFA están actuando como juez y parte en el caso, están determinando quién va a entrar en el mercado en el que se encuentran ellas compitiendo, están determinando quién les va a hacer competencia y, como empresas privadas que son, que responden a intereses económicos, su actuación va a ir encaminada siempre a seguir siendo monopolio, a no tener competencia en sus mercados. El hecho de que la FIFA y la UEFA decidan si sus asociados pueden competir con ellas en sus mercados, bajo pena de exclusión de sus competiciones, hace que tengan la posibilidad de cerrar el mercado a la competencia y que, de facto, así lo hagan con sus decisiones. Por esta razón, este comportamiento debe considerarse ilícito, por la posición monopolística que ostentan.

De forma concreta, ambas entidades abusan de su posición de dominio porque impiden la entrada de competidores en el mercado en el que ellas mismas están actuando y lo hacen con el único objetivo de beneficiarse económicamente no teniendo competencia. Por otro lado, como asociaciones de empresas, impiden que sus asociados compitan entre ellos y, también, y esto es lo más importante para ellas, que supongan una competencia para ellas mismas. Se trata de una conducta ilícita por objeto que no puede quedar exenta porque implica la eliminación de la competencia en el mercado. En definitiva, las empresas con posición de dominio tienen una responsabilidad especial para con el mercado porque sus conductas condicionan el funcionamiento del mismo y pueden impedir el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada (STJCE de 2 abril 2009, *France Télécom*, C-202/07P, ECLI:EU:C:2009:214, apartado 105).

El Reglamento 805/2004 sobre el título ejecutivo europeo veinte años después de su aprobación: una lectura desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Regulation 805/2004 creating a European enforcement order twenty years after its approval: a reading from the jurisprudence of the Court of Justice of European Union

MARÍA ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ*

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0003-3616-1079

Recibido: 10.05.2024 / Aceptado: 27.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8978

Resumen: En este trabajo se realiza un estudio de la jurisprudencia del TJUE interpretando los problemas que ha planteado la aplicación práctica del Reglamento 805/2004 sobre el Título ejecutivo europeo. Frente a las dudas que se suscitaron cuando fue aprobado, puede afirmarse que la supresión del exequátur no se ha realizado a costa de un sacrificio de los derechos de defensa. No obstante, se trata de un instrumento poco utilizado y desconocido por muchos operadores jurídicos.

Palabras clave: Título ejecutivo europeo, Créditos no impugnados, Jurisprudencia TJUE.

Abstract: This work analyzes the jurisprudence of the CJUE interpreting the problems posed by the practical application of Regulation 805/2004 creating a European enforcement order. The abolition of exequatur has not been carried out at the cost of the rights of the defence. However, it is an instrument little used and unknown by many legal operators.

Keywords: European Enforcement Order, Uncontested Claims, Jurisprudence CJEU.

Sumario: I. Introducción II. Las condiciones para certificar una resolución como Título ejecutivo europeo. Problemas de aplicación y su interpretación por el TJUE. 1. Sobre el concepto de “resolución” y de “órgano jurisdiccional”. 2. Sobre el concepto de “crédito no impugnado”. 3. Sobre los requisitos del artículo 6 para la certificación de la resolución como Título ejecutivo europeo. III. La certificación de la resolución como Título ejecutivo europeo y su naturaleza jurisdiccional. IV. La ejecución del Título ejecutivo europeo y las dudas que se plantean. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La aprobación del Reglamento (CE) núm. 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (en adelante, RTEE) supuso todo un hito en la regulación de la eficacia extraterritorial de resoluciones

*Esta publicación es parte del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

judiciales, pues era la primera vez que, en la materia patrimonial, se suprimía el exequátur¹. El control de la resolución se traslada al Estado miembro de origen, sin que el deudor pueda oponerse en fase de ejecución. Esta solución se justifica porque, como analizaremos, se establecen en el Reglamento unos requisitos procesales que avalan el respeto de los derechos de defensa durante el procedimiento de origen. Así, el art. 1 RTEE afirma expresamente que “la finalidad del presente Reglamento es crear un Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados que permita, mediante la fijación de normas mínimas, la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución”².

2. Allá por 2004 puede entenderse el calado de esta regulación si tenemos en cuenta que el, por entonces, Reglamento 44/2001 seguía manteniendo la clásica solución del reconocimiento y procedimiento de exequátur en el Estado miembro requerido. Tratándose del cobro de deudas no impugnadas resultaba, por tanto, mucho más ventajoso acudir al RTEE pues se puede proceder a una rápida materialización de las pretensiones del actor, paliándose los inevitables retrasos inherentes al tradicional procedimiento de exequátur, al tiempo que se producen importantes ventajas económicas. De esta forma, la tutela del crédito queda garantizada sin menoscabo de los derechos de defensa del deudor.

3. Ahora bien, desde primera hora se entendió la elaboración de este instrumento (junto con el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía y el del proceso monitorio europeo)³, como un “proyecto piloto” y antesala de los trabajos de reforma del Reglamento 44/2001, puesto que en función de los resultados obtenidos se trasladaría o no la fórmula elegida. Y la experiencia, como se sabe, no fue positiva. Por esta razón, en el Reglamento 1215/2012 la supresión del exequátur tiene un alcance más limitado al eliminarse solo el procedimiento formal de exequátur y permitirse que el deudor pueda oponerse en fase de ejecución. La escasa aplicación del RTEE y la necesidad de velar por el respeto de los derechos de defensa fueron los principales argumentos que justificaron la apuesta por esta otra solución⁴.

4. La nueva regulación del Reglamento 1215/2012, su aplicación a un mayor número de créditos (impugnados o no) y ser el instrumento más conocido, plantearon la cuestión de si el RTEE iba a seguir siendo realmente operativo o si, por el contrario, iba a quedar ensombrecido por aquél. El lector sabe perfectamente la respuesta.

5. Cuando se cumplen veinte años de la aprobación del RTEE puede afirmarse que sigue siendo un instrumento desconocido y que su aplicación no ha sido tan exitosa como se vaticinaba. Prueba de ello es que, hasta la fecha, el TJUE solo ha dictado nueve Sentencias y que, en la práctica española, los pronunciamientos judiciales rondan la treintena⁵. Toca, por tanto, realizar una nueva lectura del Regla-

¹ *DOUE* núm. L de 143, de 30 de abril de 2004.

² Como afirman R. GIL NIEVAS Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004 de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A.L. CALVO CARAVACA Y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 380, el Reglamento no contiene una definición de título ejecutivo europeo. No es un tipo especial de resolución sino una “cualidad” de ciertas resoluciones, transacciones judiciales y documento públicos.

³ Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (*DOUE* núm. L 399, de 30 de diciembre de 2006) y Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (*DOUE* núm. L 199, de 31 de julio de 2007), modificados por el Reglamento (UE) núm. 2015/2421, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 (*DOUE* núm. L 341, de 24 de diciembre de 2015).

⁴ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial (refundición), *DOUE* núm. L, 351, de 20 de diciembre de 2012. Para un estudio de los trabajos de reforma vid. M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en el Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, núm. 1, pp. 330-348.

⁵ Para su análisis vid. M^a T. ECHEZARRETA FERRER, “El Reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo. Catorce años de aplicación en España”, en P. DOMÍNGUEZ LOZANO (dir), *Derecho internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 23-61.

mento desde el prisma de su aplicación práctica, de los problemas que se han planteado y las soluciones ofrecidas por el TJUE. Todo ello nos permitirá realizar una valoración de conjunto para seguir realizando las ventajas que, a nuestro juicio, presenta este instrumento⁶.

II. Las condiciones para certificar una resolución como Título ejecutivo europeo. Problemas de aplicación y su interpretación por el TJUE

6. Para que una resolución pueda certificarse como TEE debe haberse dictado en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre un crédito no impugnado y siempre que se hayan cumplido los requisitos que enumera el art. 6.1. Además, la certificación es potestativa pues el acreedor tiene que solicitarla⁷. Una resolución que se haya certificado como TEE en el Estado miembro de origen será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento (art. 5). Los principales problemas que la aplicación práctica del Reglamento ha suscitado se concentran aquí, en la regulación de las condiciones que tienen que cumplirse para que el órgano de origen pueda certificar la resolución como TEE. Menos han sido las cuestiones planteadas en fase de ejecución, como pasamos a analizar.

1. Sobre el concepto de “resolución” y de “órgano jurisdiccional”

7. De forma análoga a como ocurre en el resto de instrumentos europeos el art. 4.1 RTEE contiene una noción autónoma y amplia de “resolución” al afirmar que “se entenderá por resolución, cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso”. Por su parte, señala el art. 7 que “cuando una resolución incluya una decisión ejecutiva relativa al importe de las costas procesales, con inclusión de los tipos de interés aplicables, se certificará como título ejecutivo europeo también por lo que se refiere a las costas, a no ser que el deudor de forma expresa se haya opuesto en el curso de un procedimiento judicial a soportar dichas costas con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen”. Sobre esta última disposición debe aclararse, como ha indicado el TJUE, que una decisión relativa a las costas procesales no se considera una decisión independiente en el marco del Reglamento 805/2004 puesto que este se aplica a las costas cuando están comprendidas, de manera accesoria, en una resolución principal que tenga por objeto un crédito no impugnado. En concreto, en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017, asunto C-66/17, Chudas, afirmó que: “Una decisión ejecutiva relativa al importe de las costas procesales se certificará como título ejecutivo europeo únicamente cuando la resolución principal tenga por objeto un crédito no impugnado. La decisión sobre las costas no puede certificarse independientemente de una resolución principal relativa a un crédito no impugnado. Por tanto, una decisión ejecutiva relativa al importe de las costas procesales, contenida en una sentencia que no tiene por objeto un crédito no impugnado, no puede certificarse como título ejecutivo europeo”⁸.

8. Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento pueden entenderse como “resolución” a los efectos del Reglamento, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad al ser una materia muy estudiada, la

⁶ Nuestro trabajo va a centrarse en el Título ejecutivo europeo de resoluciones judiciales, sin perjuicio de que, de forma puntual, hagamos algunas referencias a los documentos públicos y transacciones judiciales.

⁷ Para un estudio *in extenso* de todas estas condiciones vid. en nuestra doctrina, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 47 ss; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 41 ss; F. RAMOS ROMEU, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 19 ss; M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, pp. 41 ss.

⁸ ECLI:EU:C:2017:972. En el caso concreto, la acción que estaba en el origen del procedimiento principal tenía por objeto una pretensión de declaración de la existencia de un derecho sobre un vehículo particular, y no un crédito no impugnado. Como una acción de ese tipo no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento, una decisión sobre el importe de las costas procesales relativas a esa acción tampoco puede certificarse como título ejecutivo europeo (apartado 34).

sentencia que pone fin al juicio ordinario y al juicio verbal (arts. 434 y 447 LEC), el auto que despacha ejecución en el proceso monitorio y cambiario (arts. 816 y 825 LEC), o la tasación de costas prevista en los arts. 241 ss LEC siempre que no sea objeto de impugnación⁹. Tratándose del auto por el que se aprueba una transacción judicial en el juicio ordinario o verbal nos encontraríamos, a nuestro juicio, en el ámbito de aplicación del art. 24 RTTE (Título ejecutivo europeo de las transacciones judiciales)¹⁰.

9. La resolución tiene que haberse dictado en la materia patrimonial (debiéndose entender excluidos ya los alimentos)¹¹, por un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro (todos, salvo Dinamarca). Y como el Reglamento no define qué debe entenderse por “órgano jurisdiccional”, la duda que se ha planteado es si este concepto tiene que interpretarse en sentido estricto o si pueden entenderse incluidas también determinadas autoridades no judiciales¹².

10. En concreto, en la Sentencia de 9 de marzo de 2017, asunto C-484/15, Ibrica Zulfikarpasic, se preguntó al TJUE, con ocasión de la solicitud de expedición de un certificado de TEE de un mandamiento de ejecución adoptado por un notario en Croacia en virtud de un documento auténtico, si el “notario” está comprendido en el concepto de “órgano jurisdiccional”¹³. Para responder a la cuestión el Tribunal entiende que los conceptos de “órgano jurisdiccional” y de “procedimiento judicial” deben interpretarse a la luz de los objetivos perseguidos por el RTEE. El principio de confianza recíproca supone que las resoluciones hayan sido dictadas en un procedimiento judicial que ofrezca garantías de independencia e imparcialidad y que respete el principio de contradicción (apartado 43). Para que una resolución pueda certificarse como TEE debe haberse respetado el derecho de defensa del deudor. Aquí reside la esencia del Reglamento pues, como tendremos ocasión de analizar, si la resolución se dicta en rebeldía, solo podrá certificarse como TEE si se cumplieron las normas procesales mínimas, que garantizan que el deudor tuvo conocimiento del crédito y que pudo impugnarlo (Considerando 12). La necesidad del respeto del principio de contradicción ha sido exigida de forma reiterada por el TJUE en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, por lo que de igual forma debe ser entendido en el RTEE¹⁴.

11. En el ordenamiento croata esta exigencia no se cumple. Como afirma el TJUE, apartados 44 a 49 de la Sentencia, en Croacia los notarios son competentes para resolver, por medio de manda-

⁹ Para su análisis vid. M^a A RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del Título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, en AA.VV, *Hacia la supresión del exequatur en el espacio judicial europeo: el Título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, 2006, pp. 196-198 y bibliografía que cita.

¹⁰ El Auto AP de Valencia de 3 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:3277A) si bien considera que un acto de conciliación no puede ser certificado como TEE, lo valora como motivo de oposición a la ejecución *ex art.* 551 LEC. Para un estudio de las dudas que ha planteado en nuestra jurisprudencia las resoluciones que son certificables vid. M^a T. ECHEZARRETA FERRER, “El Reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo. Catorce años de aplicación en España”, en P. DOMÍNGUEZ LOZANO (dir), *Derecho internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 51-65.

¹¹ En virtud de lo dispuesto en el art. 68 del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos, “el presente Reglamento sustituye, en materia de obligaciones de alimentos, al Reglamento (CE) 805/2004, excepto en lo referente a los títulos ejecutivos europeos sobre obligaciones de alimentos expedidos en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007”. Si esta previsión estaba pensada para el Reino Unido, tras el Brexit queda vacía de contenido. Puede afirmarse, por tanto, que los alimentos están excluidos del ámbito de aplicación *ratione materiae* del RTEE.

¹² Únicamente señala el art. 4.6 RTEE que por “órgano jurisdiccional de origen” debe entenderse el órgano jurisdiccional o tribunal que conozca del asunto en el momento de cumplirse los requisitos previstos en las letras a), b) o c) del apartado 1 del artículo 3. Por su parte, el art. 4.7 establece que en Suecia, en los procedimientos sumarios de requerimiento de pago, el servicio público sueco de ejecución forzosa queda comprendido en el término “órgano jurisdiccional”.

¹³ Si encontramos una definición de lo que debe entenderse por “órgano jurisdiccional” en el art. 3.2 del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones; en los arts. 3.2 de los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 sobre regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas; y en el art. 3.2.1) del Reglamento 2019/1111 sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental.

¹⁴ ECLI:EU:C:2017:199.

¹⁵ Conforme a una reiterada jurisprudencia del TJUE quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, las medidas provisionales y conservatorias adoptadas *inaudita altera parte*. Sólo están incluidas aquellas resoluciones que en el Estado de origen sean, o hayan sido susceptibles de ser, objeto de instrucción contradictoria en las que el demandado haya tenido posibilidad de defenderse antes que se dicte una resolución en su contra. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3865-3869.

mientos, sobre las solicitudes de ejecución basadas en documentos auténticos. El deudor solo puede formular oposición cuando se le ha notificado el mandamiento de ejecución y si se opone, se transmitirá el expediente para su evaluación al órgano jurisdiccional competente, que adoptará una resolución sobre la oposición. Al deudor se le notifica el mandamiento de ejecución expedido en virtud de un documento auténtico una vez que se ha adoptado, sin que se le haya comunicado la solicitud presentada ante el notario. Como consecuencia de ello, no se puede calificar de contradictorio un procedimiento nacional de adopción de un mandamiento de ejecución sin notificar el escrito de incoación y sin informar en él al deudor acerca del crédito que da lugar a que el deudor no tenga conocimiento del crédito reclamado hasta el momento en que se le notifica el mandamiento de ejecución. Por tanto, en el marco del Reglamento 805/2004 *“en Croacia los notarios no están incluidos en el concepto de órgano jurisdiccional cuando actúan en el marco competencial que les atribuye el Derecho nacional en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de documentos auténticos”*¹⁵.

12. Ahora bien, en el presente caso no existía una “resolución” sino un documento público que, conforme a lo previsto en el art. 25 RTEE, para ser certificado sólo se exige que se refiera a un crédito no impugnado y que sea ejecutivo en el Estado miembro de origen. Por esta razón, y como sostiene J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “no es comprensible que el Tribunal de Justicia exija, además, el requisito del procedimiento contradictorio, propio del proceso judicial, y no del notarial, como es nuestro caso”¹⁶. Como el art. 3.1.d) RTEE establece que se considerará no impugnado un crédito “si el deudor lo ha aceptado expresamente en un documento público con fuerza ejecutiva”, considera el Tribunal que no puede entenderse, conforme a lo previsto en el derecho croata, que la falta de oposición por parte del deudor sea una aceptación expresa del crédito (apartados 56 a 58).

13. Con esta interpretación queda claro, a nuestro juicio, que en el Reglamento 805/2004 el binomio conceptual “resolución”-“órgano jurisdiccional” va asociado a un procedimiento judicial en el que debe respetarse el derecho de defensa del deudor (principio de contradicción). Distinto es que otras autoridades no judiciales puedan certificar como TEE los documentos públicos con fuerza ejecutiva siempre que conste que el deudor acepta el crédito en dicho documento. En definitiva, debe tratarse de un crédito no impugnado en el sentido que lo entiende el Reglamento.

2. Sobre el concepto de “crédito no impugnado”

14. El concepto clave que delimita poder acudir o no al RTEE es el de “crédito no impugnado”. En caso contrario, la resolución no puede ser certificada como TEE debiendo el acreedor solicitar la ejecución conforme a lo previsto en el Reglamento 1215/2012. Precisamente fue este limitado ámbito de aplicación, unido al necesario respeto del derecho de defensa del deudor, lo que permitió que pudiera consagrarse una supresión del exequátur en un sentido tan amplio. Pero: ¿qué debe entenderse por “crédito”? Y, lo más importante, ¿cuándo se considera que es “no impugnado”?

15. Con respecto a la primera cuestión puede deducirse del art. 4.2 RTEE que tiene que tratarse de una suma de dinero vencida y exigible (o cuya futura fecha de exigibilidad se indique), por lo que quedan excluidas otras reclamaciones como pueden ser las deudas fungibles o en especie¹⁷. El carácter “no impugnado” del crédito va a depender, como describe el art. 3.1 RTEE, de la postura procesal que el deudor adopte en el desarrollo del procedimiento de origen.

¹⁵ Tampoco considera el Tribunal de Justicia que el notario en Croacia pueda ser considerado “órgano jurisdiccional” en el marco del Reglamento 1215/2012. Vid. Sentencia de 9 de marzo de 2017, asunto C-551/15, Pula Parking (ECLI:EU:C:2017:193).

¹⁶ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Procedimiento contradictorio en el marco de documentos públicos que reconocen créditos no impugnados. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2017, Ibrica Zulfikarpasic, C-484/15”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, núm. 2, p. 690.

¹⁷ Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 47-60.

16. Puede que el deudor acepte el crédito de manera expresa en el proceso o mediante una transacción judicial aprobada por el órgano jurisdiccional o celebrada en el curso de un procedimiento judicial. También pudo aceptarlo en un documento público con fuerza ejecutiva (art. 3.1 letras a) y d)¹⁸.

17. Pero también puede suceder que el deudor mantenga una actitud pasiva al no impugnar el crédito en el marco de un procedimiento judicial (art. 3.1.b) o que tras una inicial impugnación del crédito no comparezca ni ha sido representado en la vista relativa a dicho crédito, siempre que dicho comportamiento equivalga, conforme a la *lex fori*, a una aceptación tácita del crédito o de los hechos alegados por el acreedor (art. 3.1.c)¹⁹. Si el crédito se considera no impugnado por esta actitud negativa del deudor, la certificación de la resolución como TEE va a depender de que se hayan respetado en el proceso de origen los requisitos procesales que se establecen en el Capítulo III (“normas mínimas aplicables a los procedimientos”). Dicho con otras palabras, que si el deudor no impugnó el crédito es porque así lo quiso, no porque no pudo.

18. El principal problema que ha suscitado la aplicación práctica de este art. 3 es saber si, cuando se dicta una sentencia en rebeldía, el concepto de “crédito no impugnado” debe interpretarse de forma autónoma o por remisión a la *lex fori*. Esta cuestión fue formulada al Tribunal de Justicia en el asunto C-511/14, *Pebros Servizi*, por las dudas que planteaba el Derecho italiano en el que la rebeldía del demandado (“*in contumacia*”), no equivale al allanamiento en la demanda^{20 21}. Y el TJUE considera que “*los requisitos para calificar un crédito de no impugnado se fijan de forma autónoma por el Reglamento*”. Si el deudor ha sido correctamente emplazado, ha tenido oportunidad de defenderse y voluntariamente no impugna el crédito es porque lo está aceptando de forma tácita. Por ello carece de relevancia que según el Derecho italiano una sentencia condenatoria dictada en rebeldía no equivalga a una sentencia condenatoria sobre un crédito no impugnado. La remisión que el art. 3.1.b) realiza a la ley del Estado miembro de origen es solo para señalar las vías procesales por las que el deudor puede oponerse eficazmente al crédito, pero “*no para determinar las consecuencias jurídicas que se siguen de la ausencia del deudor en el procedimiento, pues es el propio Reglamento el que regula de manera autónoma tales consecuencias*” (apartado 42). Si el deudor quiere impugnar el crédito debe cumplir los requisitos que exige la *lex fori*, por lo que si no se cumplieren hay que considerar el crédito como “no impugnado” a los efectos del Reglamento (art. 3.1.b)²².

19. Ahora bien, como recalca el TJUE, que se dicte una sentencia en rebeldía y que se considere el crédito no impugnado a los efectos del Reglamento no significa que vaya a certificarse como TEE puesto que hay que respetar el cumplimiento de todos los requisitos del art. 6, entre los que se encuentra el respeto de las normas mínimas que “*están destinadas a garantizar suficientemente la salvaguarda*

¹⁸ Centrándonos en el Derecho español, quedarían encuadrados en estos supuestos, por ejemplo, el allanamiento, total o parcial, que culmina con una sentencia de condena (art. 21 LEC); la celebración de una transacción homologada por el órgano jurisdiccional (art. 19 LEC); así como los casos de aceptación de la deuda en alguno de los documentos públicos que tienen fuerza ejecutiva conforme al art. 517 LEC. Vid. para su estudio F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 62-63; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 69-70; F. RAMOS ROMEU, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 85-86; M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, p. 57.

¹⁹ En nuestro ordenamiento pensemos en una falta de comparecencia con la consiguiente declaración en rebeldía (art. 496 LEC); en la comparecencia sin oposición a la demanda (art. 405 LEC); en la incomparecencia del deudor en un proceso monitorio o cambiario (arts. 816.1 y art. 825 LEC); o el caso del desistimiento de la oposición. Vid. bibliografía citada en nota anterior.

²⁰ STJUE de 16 de junio de 2016 (ECLI:EU:C:2016:448). Nota de M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El concepto autónomo de “crédito no impugnado” del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, *La Ley/Unión Europea*, 2016, núm. 40.

²¹ Lo mismo puede afirmarse del Derecho español (art. 496.2 LEC).

²² Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento se ha creado un debate en la doctrina acerca de si bastaría cualquier oposición (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006, pp. 61-62) o si tiene que ser por razones de fondo (R. BONACHERA Y C. SENÉS MOTILLA, “La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español”, *La Ley*, 18 de octubre de 2005, núm. 6331, p. 8; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 72 y F. RAMOS ROMEU, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 91-92).

del derecho de defensa” (apartado 44). Sólo si el deudor pudo preparar su defensa, su actitud pasiva fue voluntaria, y el acreedor así lo solicita, podrá certificarse la resolución.

3. Sobre los requisitos del artículo 6 para la certificación de la resolución como Título ejecutivo europeo

20. De los cuatro requisitos que enumera el art. 6 para la certificación de la resolución como TEE ha sido el relativo a los consumidores y el que exige el cumplimiento de las normas procesales mínimas del Capítulo III del Reglamento, los que han planteado mayores dificultades en su aplicación práctica²³.

21. Si el deudor es un consumidor y si el carácter no impugnado del crédito se debió a su actitud pasiva o negativa, la resolución solo podrá certificarse como TEE si se dictó en el Estado miembro en que esté domiciliado dicho consumidor (art. 6.1.d)²⁴. Aunque la norma recoge el concepto de consumidor utilizado en los distintos instrumentos europeos (aquella persona que celebra un contrato para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional)²⁵, se ha preguntado al Tribunal de Justicia si esta disposición se aplica también a los contratos celebrados entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales.

22. En la Sentencia de 5 de diciembre de 2013, asunto C-508/12, Walter Vapenik²⁶, el Tribunal interpreta el concepto de “consumidor” de forma coherente con el contenido en otras normas del Derecho de la Unión, en particular con el Reglamento 1215/2012 y con el Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En ambos instrumentos se reconoce la necesidad de proteger al consumidor cuando el contrato se ha celebrado “entre una persona que no realiza actividades comerciales o profesionales y una persona que sí las realiza” (apartado 30)²⁷. Interpretar el concepto de “consumidor” en el ámbito del Reglamento 805/2004 de forma más amplia que el previsto en el Reglamento 1215/2012 conduciría a una incoherencia pues no puede descartarse que el acreedor solicite la ejecución conforme a este último instrumento, en caso de que la resolución no se certifique como TEE. Por estas razones considera el TJUE que el art. 6.1.d) RTEE “no se aplica a los contratos celebrados entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales”.

23. Resulta curioso que en la jurisprudencia española distintos pronunciamientos definan el concepto de “consumidor” por referencia a esta Sentencia del TJUE y al art. 6 RTEE cuando realmente no se

²³ Junto a ellos exige el art. 6 que la resolución sea ejecutiva en origen (aspecto que será determinado por la *lex fori*) y que la resolución no sea incompatible con las normas de competencia establecidas en las Secciones 3 y 6 del Capítulo II del Reglamento 44/2001 (Reglamento 1215/2012). Para un estudio detallado vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 111-155; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 107-151; F. RAMOS ROMEU, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 41-103; M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, pp. 41-68.

²⁴ Para saber si el deudor-consumidor está domiciliado en el Estado de origen de la resolución existe una remisión al art. 59 del Reglamento 44/2001, que debe entenderse referida al art. 62 Reglamento 1215/2012. Como afirman P. BLANCO MORALES LIMONES Y A. DURÁN AYAGO, “Luces y sombras de Título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados”, en A. L. CALVO CARAVACA Y S. AREAL LUDEÑA (dirs), *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 56-57, en el caso de que el deudor no sea un consumidor sino, por ejemplo, un empresario ya no habrá que estar al domicilio del deudor, sino que operarán todas las normas de competencia judicial internacional reguladas en el Reglamento.

²⁵ Para un estudio de la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de consumidor en el ámbito del Reglamento 1215/2012 vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3287-3316.

²⁶ ECLI:EU:C:2013:790.

²⁷ El Tribunal recuerda que, en su Sentencia de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91, Shearson Lehman Hutton, ya había afirmado, en el ámbito del Convenio de Bruselas de 1968, que las normas de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores no pueden aplicarse a los contratos celebrados entre dos personas que realizan actividades comerciales o profesionales (apartado 32).

trataba de asuntos relativos a títulos ejecutivos europeos²⁸. Ello da buena muestra del desconocimiento de la regulación de este instrumento²⁹.

24. Siguiendo con el estudio de los requisitos para certificar la resolución como TEE exige el art. 6.1.c) que, si el carácter no impugnado del crédito se debió a una actitud pasiva del deudor, debieron haberse cumplido en el proceso de origen las normas procesales mínimas del Capítulo III. La finalidad de estas normas es garantizar el respeto del derecho de defensa, es decir, que el deudor tuvo conocimiento del procedimiento entablado en su contra y que pudiendo impugnar el crédito, no lo hizo (Considerando 12). Si este extremo no queda garantizado la resolución no puede certificarse como TEE (art. 12, *a contrario sensu*), por lo que deberá acudir al Reglamento 1215/2012.

25. A nuestro juicio, la esencia del Reglamento está en condicionar la supresión del exequátur al cumplimiento de las normas mínimas³⁰. Y si alguna duda existía sobre si la supresión del exequátur se había realizado menoscabando el derecho de defensa, la práctica ha demostrado que no. Como vamos a analizar, el TJUE viene sosteniendo de forma reiterada que “*las normas mínimas recogidas en el Capítulo III del Reglamento materializan la voluntad del legislador de la Unión Europea de velar porque los procedimientos que culminan con la adopción de resoluciones relativas a créditos no impugnados garanticen suficientemente la salvaguarda del derecho de defensa en el Estado miembro de origen habida cuenta del principio de no fiscalización a este respecto en el Estado miembro de ejecución*”.

26. Si es cierto que el Reglamento no armoniza los distintos derechos procesales de los Estados miembros, también lo es que la falta de conformidad de una normativa nacional a estas normas mínimas impedirá que se certifique la resolución como TEE. Así lo ha confirmado el TJUE en la Sentencia de 17 de diciembre de 2015, asunto C-300/14, Imtech Marine Belgium³¹. En el caso concreto la duda que se planteó es si el Derecho belga se adaptaba a las exigencias del art. 19 RTEE, norma mínima que establece que, en los supuestos que contempla en sus apartados a) y b), sólo puede certificarse la resolución como título ejecutivo europeo si el deudor puede solicitar, conforme a la legislación del Estado miembro de origen, la revisión de la resolución. El Tribunal considera que tanto de la literalidad del precepto, como de lo previsto en el Considerando 19, puede deducirse que el Reglamento no implica una obligación de los Estados miembros de adaptar su legislación nacional a las normas mínimas ni, por tanto, de establecer un procedimiento específico de revisión como el previsto en el art. 19. La consecuencia de la inexistencia de un procedimiento de revisión “*es la imposibilidad de certificar una resolución como título ejecutivo europeo en las circunstancias especificadas en dicho artículo*” (apartado 29).

27. Con la finalidad de garantizar el correcto emplazamiento al deudor se enumeran en el Reglamento distintas formas de notificación distinguiéndose las que son “*con acuse de recibo por parte del deudor*” (art. 13), de aquellas otras “*sin acuse de recibo por parte del deudor*” (art. 14). Si las pri-

²⁸ Entre otras, Sentencia AP de Pamplona de 28 de junio de 2016 (ECLI:ES:APN:2016:652); Sentencia AP de Las Palmas de Gran Canarias de 9 de julio de 2015 (ECLI:ES:APGC:2015:1278), Sentencia AP de Las Palmas de Gran Canarias de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:APGC:2016:759); Auto AP de Las Palmas de Gran Canarias de 31 de enero de 2017 (ECLI:ES:APGC:2017:295A). Un análisis minucioso de esta jurisprudencia lo realiza M^a T. ECHEZARRETA FERRER, “El Reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo. Catorce años de aplicación en España”, en P. DOMÍNGUEZ LOZANO (dir), *Derecho internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 36-37.

²⁹ Uno de los motivos de la escasa utilización del Reglamento es la falta de información sobre su existencia y sobre la forma de ponerlo en práctica, como explican C. OTERO GARCÍA CASTRILLÓN Y S. BENAÏSSA PEDRIZA, “Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea. La experiencia española”, en *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 11 ss.

³⁰ Afirma el Considerando 10 que “*la supresión de los controles en el Estado miembro de ejecución debe estar inseparablemente vinculada y sujeta a la existencia de una garantía suficiente de que se observen los derechos de la defensa*”.

³¹ ECLI:EU:C:2015:825. Nota de M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Los requisitos para certificar una resolución como Título ejecutivo europeo y los derechos de defensa del deudor. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2015, asunto C-300/14”, *La Ley/Unión Europea*, 2016, núm. 35; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Recurso extraordinario en el Estado de origen. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de diciembre de 2015, Imtech Marine, C-300/14”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, núm. 2, pp. 702-708.

meras se caracterizan porque existe certeza de que el escrito de incoación o documento equivalente ha sido recibido por su destinatario³²; en las segundas solo existe un alto grado de probabilidad de dicha recepción porque el documento no ha sido notificado personalmente al deudor, sino que ha llegado a su entorno o esfera de percepción³³. En todo caso, la notificación sin acuse de recibo no será admisible si no se conoce con certeza el domicilio del deudor (art. 14.2). Esta exclusión está totalmente justificada ya que el Reglamento vincula el carácter no impugnado del crédito a que la actitud pasiva del deudor sea voluntaria y consciente. Por ello, cuando se emplean métodos de notificación ficticios el órgano jurisdiccional de origen, al no tener garantías de que se hayan respetado los derechos de defensa, no podrá certificar la resolución dictada en rebeldía como TEE. Razonar en sentido contrario sería incompatible con la filosofía y los objetivos del Reglamento.

28. La cuestión de la compatibilidad de la notificación por edictos, prevista por muchos ordenamientos estatales, con el Reglamento 1215/2012, ha sido resuelta por el TJUE en una consolidada jurisprudencia. Para solventar la cuestión el Tribunal recuerda que el derecho fundamental de defensa concurre con el derecho a la tutela del demandante, por lo que pueden existir restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate siempre que no constituyan un menoscabo desproporcionado del derecho de defensa³⁴. Un objetivo de interés general podría ser evitar la situación en que se encuentra el demandante cuando sea imposible localizar al demandado. En dichas circunstancias, si el procedimiento quedase paralizado, se privaría totalmente de eficacia el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, por lo que corresponde al órgano de origen valorar cuándo queda justificado un menoscabo del derecho de defensa que no sea proporcionado. Por consiguiente, *“el Derecho de la Unión no se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante edictos, de conformidad con el Derecho nacional, siempre que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto se haya cerciorado antes de que se realizaron todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar a dicho demandado”* (SSTJUE de 17 de noviembre de 2011 y de 15 de marzo de 2012)³⁵.

29. Además, debe tenerse en cuenta que en el Reglamento 1215/2012, junto a la tutela del derecho de defensa durante el desarrollo del proceso de origen (art. 26), se permite que el deudor pueda oponerse en fase de ejecución (art. 45.1.b), posibilidad que no existe en el Reglamento 805/2004. Si se certificase como TEE una resolución dictada en rebeldía contra un deudor que no tuvo conocimiento del procedimiento entablado en su contra, la resolución sería ejecutada sin control alguno en el Estado miembro requerido y sin que pudiera oponerse. Lo único que podría hacer el deudor es solicitar la suspensión del procedimiento de ejecución si se hubiese solicitado y si se cumplen los requisitos que exige el art. 23 RTEE. Estos argumentos justifican que *“una sentencia en rebeldía dictada cuando no es posible determinar el domicilio del demandado no puede ser certificada como título ejecutivo europeo”* (apartado 64, Sentencia de 15 de marzo de 2012). Afirmación que mantiene el TJUE incluso en

³² El escrito de incoación o documento equivalente podrá haberse notificado al deudor (o a su representante) mediante una notificación personal acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado por el deudor; notificación personal acreditada por un documento firmado por la persona competente que la haya realizado en el que declare que el deudor recibió el documento o que se negó a recibirlo sin justificación legal y en el que conste la fecha de la notificación; notificación por correo acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor; notificación por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor.

³³ Por ejemplo, y como establece el art. 14.1, notificación personal, en el domicilio del deudor, a personas que vivan en la misma dirección de éste, o estén empleadas en ese lugar; si el deudor es un trabajador por cuenta propia notificación a personas empleadas por él; depósito del escrito en el buzón del deudor...

³⁴ Entre otras, STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, Marco Gambazzi (ECLI:EU:C:2009:219).

³⁵ Sentencia de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10, Hypotecnyí banka a.s (ECLI:EU:C:2011:745, nota de M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El difícil equilibrio entre el derecho a la tutela judicial del demandante y la protección de los derechos de defensa: el asunto Lindner”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 1, pp. 345-353) y Sentencia de 15 de marzo de 2012, asunto C-292/10, Cornelius de Visser (ECLI:EU:C:2012:142, nota de M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “De nuevo una Sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, núm. 2, pp. 356-366).

el supuesto de designación de un representante a los efectos del procedimiento por parte del tribunal remitente, que no ha podido averiguar la dirección del deudor y que tampoco compareció en la vista (Sentencia de 27 de junio de 2019, asunto C-518/18, RD)³⁶.

30. Varios son los pronunciamientos judiciales españoles, de distintas instancias, que se hacen eco de la imposibilidad de certificar una resolución como TEE cuando se ha realizado una notificación por edictos, al producirse una vulneración del derecho de defensa. Es el caso, por ejemplo, del Auto AP de Alicante de 22 de febrero de 2017 (que revocó la certificación realizada por el Juzgado de Primera instancia de Denia)³⁷; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de mayo de 2013³⁸; o la STC 26/2020 de 24 de febrero, en el famoso asunto *Cristopher Lee*. Resumiendo mucho, puesto que nos parece excesivo relatar todos los hechos, en el caso concreto no se había realizado la más mínima diligencia de averiguación del domicilio del demandante en amparo, acordando el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Burgos la notificación por edictos a solicitud de la parte ejecutante, dictando posteriormente auto despachando ejecución que se certificó como TEE. Una vez que el demandado tiene noticias del proceso de ejecución plantea ante el órgano español incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC y solicita la revocación del certificado de TEE. Contra la denegación de la petición de revocación de la certificación, así como contra la desestimación del incidente de nulidad de actuaciones se interponen dos recursos de amparo que fueron acumulados. El TC consideró que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado al haber sido notificado por edictos y haberse certificado la resolución como TEE³⁹.

31. Junto a estas formas de notificación, los arts. 16 y 17 RTEE establecen las indicaciones que deben constar en el escrito de incoación o documento equivalente. Su finalidad es proporcionar al deudor información sobre el crédito, los requisitos procesales para impugnarlo y las consecuencias que se derivarían de su falta de impugnación o incomparecencia en el proceso⁴⁰. Una cuestión que se ha planteado al Tribunal de Justicia es si es posible certificar la resolución como TEE sin que se haya informado al deudor de la dirección del órgano jurisdiccional al que debe responder, ante el que debe comparecer o, en su caso, ante el que hay que incoar el procedimiento de impugnación, como exige el art. 17. Y puesto que las normas mínimas del Capítulo III son de obligado cumplimiento la respuesta del TJUE fue negativa. Una resolución dictada sin que el deudor haya sido informado de la dirección del órgano de que se trata no puede ser certificada como título ejecutivo europeo (STJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-289/17, *Inkasso*)⁴¹.

32. El incumplimiento de las normas mínimas puede, no obstante, subsanarse en los dos supuestos que describe el art. 18 RTEE y que se refieren a una pasividad total del deudor durante el proceso de origen puesto que pudiendo impugnar la resolución mediante un recurso que permita su revisión plena no la impugna de forma voluntaria (apartado 1 del art. 18); o cuando el comportamiento del deudor du-

³⁶ ECLI:EU:C:2019:546. En concreto, el TJUE afirmó que el RTEE debe interpretarse en el sentido de que “*en el supuesto de que a un órgano judicial le resulte imposible conocer la dirección del demandado, dicho Reglamento no permite certificar como título ejecutivo europeo una resolución judicial relativa a un crédito, dictada tras una vista en la que no hayan comparecido ni el demandado ni el representante designado a los efectos del procedimiento*”.

³⁷ ECLI:ES:APA:2017:47A

³⁸ ECLI:ES:TSJCANT:2013:813.

³⁹ Para su estudio vid. A. BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, “La última actuación de Christopher Lee (a propósito del Reglamento comunitario 805/2004)”, *La Ley*, 2020, núm. 9634; N. MARCHAL ESCALONA, “El recurso de amparo: la última oportunidad para la protección de los derechos fundamentales de defensa frente a la expedición de un título ejecutivo europeo (Comentario a la Sentencia del TC 26/2020, de 24 de febrero)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2020, núm. 39; M^a T ECHAZARRETA FERRER Y M^a A RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Dos pronunciamientos judiciales relacionados decisivos para el avance del reconocimiento mutuo del Reglamento 805/2004: la Sentencia del TC 26/2020, de 24 de febrero y el Auto de la AP de Girona 243/2020, de 10 de junio”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2021, núm. 68.

⁴⁰ En líneas generales consideramos que el Derecho procesal español cumple con esas exigencias, vid. M^a A RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El encaje del Título ejecutivo europeo en el Derecho procesal español”, en AA.VV, *Hacia la supresión del exequatur en el espacio judicial europeo: el Título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, 2006, pp. 211-212.

⁴¹ ECLI:EU:C:2018:133.

rante las actuaciones judiciales demuestra que ha recibido personalmente el documento que se le debía notificar con el tiempo suficiente para preparar su defensa (art. 18.2). El espíritu de la norma es claro, el deudor tiene que participar en el proceso y defenderse en origen, impugnando el crédito, recurriendo la resolución o solicitando la revocación del certificado TEE. Si de forma voluntaria no lo hace debe asumir las consecuencias de su actitud ya que, en fase de ejecución, no podrá alegar el incumplimiento de estas normas mínimas⁴².

33. Una situación contraria sería aquella en la que el deudor, sin que haya mediado culpa por su parte, no haya tenido conocimiento del procedimiento entablado en su contra o no haya podido impugnar el crédito. En ese caso, y como señala el art. 19 RTEE, solo podrá certificarse la resolución como TEE si el deudor puede solicitar conforme a la legislación del Estado miembro de origen la revisión de dicha resolución, cuando concurren las siguientes circunstancias: - de un lado, si la notificación del documento por el que se incoa el procedimiento se hubiera notificado por una de las formas del art. 14 y dicha notificación no se hubiese efectuado con la suficiente antelación para organizar su defensa, siempre que no se le pueda imputar responsabilidad por ello; - por otra parte, cuando el deudor no pudo impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su voluntad. En ambos casos debió actuar con prontitud.

34. Y puesto que el art. 19 remite expresamente a la legislación del Estado miembro de origen, corresponderá al juez que debe certificar la resolución como TEE examinar si, conforme a su derecho interno, el deudor puede solicitar esa revisión⁴³. Para entender si un recurso previsto en una determinada legislación cumple con las exigencias del Reglamento debe permitir “una revisión plena de la resolución, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico” y que el deudor pueda “solicitar dicha revisión más allá de los plazos ordinarios establecidos en el derecho nacional para formular oposición o interponer recurso contra la resolución” (apartados 38 y 39 Sentencia TJUE de 17 de diciembre de 2015, Imtech Marine Belgium)⁴⁴.

35. En nuestro ordenamiento jurídico la DF 21^a LEC por la que se establecen medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento 805/2004 guarda silencio sobre este recurso, si bien en el Portal europeo de justicia aparece publicado que nuestro país ha comunicado que “la revisión podrá llevarse a cabo por vía de la rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado rebelde regulado en el artículo 501 LEC” (solución que ya había sido propuesta por la doctrina)⁴⁵.

⁴² La jurisprudencia española es sólida en este sentido pues si el motivo de oposición a la ejecución más invocado es la irregularidad de la notificación, en la mayoría de ocasiones no ha prosperado ya que debió invocarse en el proceso de origen. Para su estudio vid. M^a T. ECHEZARRETA FERRER, “El Reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo. Catorce años de aplicación en España”, en P. DOMÍNGUEZ LOZANO (dir), *Derecho internacional privado europeo. Diálogos con la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 43-46.

⁴³ Establece el artículo 30 RTEE que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión este procedimiento de revisión. Las Comunicaciones realizadas por los distintos Estados miembros pueden consultarse en el Portal Europeo de e-Justicia (<https://e-justice.europa.eu>)

⁴⁴ En concreto el TJUE afirmó que: “El artículo 19, apartado 1, del Reglamento núm. 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que, para proceder a la certificación como título ejecutivo europeo de una resolución dictada en rebeldía, el juez que conoce de tal solicitud debe asegurarse de que su Derecho interno permite efectivamente y en todo caso llevar a cabo una revisión plena, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, de tal resolución en los dos supuestos contemplados por la referida disposición y que permite prorrogar los plazos para interponer recurso contra una resolución relativa a un crédito no impugnado, no sólo en los casos de fuerza mayor, sino también cuando concurren otras circunstancias extraordinarias, independientes de la voluntad del deudor, que le hayan impedido impugnar el crédito controvertido”.

⁴⁵ Entre otros, R. BONACHERA Y C. SENÉS MOTILLA, “La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español”, *La Ley*, 18 de octubre de 2005, núm. 6331, p. 12; J. F. COBO SÁENZ, “El encaje del título ejecutivo europeo en el Derecho procesal de los Estados miembros: ¿necesidad de ajustes?”, en *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el Título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, 2006, pp. 249-251; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 159-160; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 150; E. SANJUÁN Y MUÑOZ, “El título ejecutivo europeo (II)”, *La Ley*, 2004, núm. 6083, p. 5.

III. La certificación de la resolución como Título ejecutivo europeo y su naturaleza jurisdiccional

36. La certificación de la resolución como TEE se realizará siempre a instancia del acreedor pues si no quiere puede acudir al Reglamento 1215/2012 (Considerando 20)⁴⁶. Una vez certificada, la resolución será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento (art. 5). El certificado se expide, como dispone el art. 9.1, cumplimentando, en la misma lengua que la resolución, el modelo de formulario normalizado que figura en el Anexo I.

37. No hay que confundir “la certificación de la resolución como TEE” con la “expedición del certificado”, pues en la práctica puede realizarse por distintos órganos. La certificación no puede entenderse como un examen formal de la resolución, sino como un acto de carácter jurisdiccional pues el órgano de origen debe verificar que se cumplen todos los requisitos que se exigen, máxime cuando la resolución ha sido dictada en rebeldía. Y porque la certificación exige estas comprobaciones “*debe quedar reservada al juez*” (SSTJUE de 17 de diciembre de 2015, Imtech Marine, y de 16 de junio de 2016, Pebros Servizi). En cambio, como la expedición del certificado consiste en rellenar espacios y cumplimentar los casilleros recogidos en el Anexo I, sí que podría encomendarse a otra autoridad.

38. En nuestro ordenamiento no se plantea problema alguno puesto que la DF 21ª LEC afirma que “la competencia para certificar un título ejecutivo europeo corresponde al mismo tribunal que dictó la resolución”. La certificación judicial de un título ejecutivo europeo se adoptará de forma separada y mediante providencia cumplimentándose el Anexo I del Reglamento. La denegación de emisión de un certificado de título ejecutivo europeo se adoptará de forma separada y mediante providencia, y podrá impugnarse por los trámites del recurso de reposición⁴⁷.

39. Una vez que se ha expedido el certificado de TEE la única posibilidad que tiene el deudor es solicitar al órgano jurisdiccional de origen su rectificación o revocación (art. 10 RTEE). La rectificación tendrá lugar cuando “debido a un error material, haya discrepancias entre la resolución y el certificado” (por ejemplo, la suma del crédito es una en la resolución y otra en el certificado)⁴⁸. Y se revocará “cuando la emisión del certificado sea manifiestamente indebida a tenor de los requisitos del presente Reglamento” (imaginemos que se certifica la resolución como TEE habiéndose realizado una notificación por edictos).

40. A nuestro juicio, y a pesar de que el art. 10.4 RTEE afirma que “no cabrá recurso alguno contra la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo”, sí es posible en la práctica puesto que la revocación permite al órgano jurisdiccional revisar el cumplimiento de los requisitos para la certificación de la resolución como Título ejecutivo europeo⁴⁹. De hecho, establece la DF 21ª LEC que el procedimiento para la revocación de la emisión de un certificado de un título ejecutivo europeo a que se refiere el artículo 10.1.b) del Reglamento se tramitará y resolverá de conformidad con lo previsto para el “recurso de reposición”, con independencia del orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal.

41. La jurisprudencia española es muy sólida en este sentido al afirmar que la rectificación o revocación del certificado debe solicitarse ante el órgano jurisdiccional de origen y no ante el de la eje-

⁴⁶ Como aclara el propio art. 6 la certificación puede solicitarse al órgano de origen “en cualquier momento”. Además, establece el art. 8 que si solo determinadas partes de la resolución cumplen los requisitos del Reglamento, se expedirá un certificado TEE parcial únicamente respecto de dichas partes.

⁴⁷ Sobre el recurso de reposición para oponerse a la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo vid. Sentencia AP de León de 15 de junio de 2022 (ECLI:ES:APLE:2022:893).

⁴⁸ Establece la DF 21ª LEC que el procedimiento de rectificación de errores se resolverá en la forma prevista en los tres primeros apartados del art. 267 LOPJ.

⁴⁹ Así lo entienden, entre otros, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y Mª J. PRIETO JIMÉNEZ, “La supresión del exequátur en Europa: el Título ejecutivo europeo”, *La Ley*, 2004, núm. 6151, p. 11.

cución. Se constata que, una vez que se ha solicitado la ejecución en nuestro país, muchos deudores se oponen a la ejecución invocando el incumplimiento de las normas mínimas (por ejemplo, el demandado no fue informado de las vías de recurso). Si la certificación se produjo de forma indebida, porque no se cumplieron las normas mínimas, debió solicitarse en el proceso de origen su revocación pues el tribunal español de la ejecución no puede revisar el fondo del certificado de TEE, ni la resolución⁵⁰.

IV. La ejecución del Título ejecutivo europeo y las dudas que se plantean

42. Conforme establece el art. 20.1 RTEE “las resoluciones certificadas como títulos ejecutivos europeos se ejecutarán en las mismas condiciones que las resoluciones dictadas en el Estado miembro de ejecución”, remitiéndose el procedimiento de ejecución a lo dispuesto en la *lex fori*. Así pues, en nuestro ordenamiento el acreedor deberá presentar ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado o del lugar de ejecución la documentación que se enumera en el art. 20.2 (copia de la resolución que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad, copia del certificado de TEE que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad y, en el supuesto de que fuese necesario, la traducción de certificado TEE), y la ejecución *stricto sensu* se regirá por lo dispuesto en la LEC⁵¹.

43. El deudor podrá oponerse si concurre el motivo de denegación previsto en el art. 21.1 RTEE, relativo a la inconciliabilidad de resoluciones⁵². Y puesto que la norma exige la contrariedad con una resolución anterior no puede invocarse como motivo de oposición la pendencia de un proceso en nuestro país⁵³.

44. La primera duda que plantea esta regulación es si junto a este motivo del art. 21 pueden oponerse a la ejecución los previstos en las respectivas legislaciones estatales ya que el Reglamento 805/2004, a diferencia de lo previsto en el Reglamento 1215/2012, guarda silencio sobre esta posibilidad. En nuestro ordenamiento jurídico la doctrina mayoritaria se ha mostrado partidaria de que puedan invocarse los establecidos en los arts. 556 a 559 LEC, siempre que no sean incompatibles con lo previsto en el Reglamento⁵⁴. Y así lo ha confirmado la jurisprudencia⁵⁵.

45. Lo que sí regula el Reglamento son las causas de suspensión o limitación de la ejecución (art. 23). Si el deudor en el Estado miembro de origen hubiera impugnado la resolución certificada como TEE (incluida la solicitud de revisión conforme al art. 19) o hubiera solicitado la rectificación o la revocación del certificado de TEE, el órgano jurisdiccional de la ejecución podrá, a instancia del deudor, limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares, subordinar la ejecución a la constitución de una garantía o bien, en circunstancias excepcionales, suspender el procedimiento de ejecución.

⁵⁰ Entre otros, Auto AP de San Sebastián de 5 de febrero de 2008 (ECLI:ES:APSS:2008:198A); Auto AP de Almería de 30 de julio de 2008 (ECLI:ES:APAL:2008:357A); Auto AP de Castellón de la Plana de 8 de julio de 2021 (ECLI:ES:APCS:2021:155A); Auto AP de Palma de Mallorca de 9 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APIB:2022:183A).

⁵¹ Nuestra jurisprudencia afirma de forma reiterada que la ejecución del título ejecutivo europeo se realiza conforme a lo dispuesto en la LEC estando vedada la revisión en cuanto al fondo. Vid, por ejemplo, Auto AP de Zaragoza de 21 de mayo de 2009 (ECLI:ES:APZ:2009:1052A); Auto AP de A Coruña de 26 de octubre de 2011 (ECLI:ES:APC:2011:1080A); Auto AP de Málaga de 12 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:87A).

⁵² La configuración este motivo de denegación difiere del establecido en el art. 45.1. letras c) y d) del Reglamento 1215/2012, al exigirse la anterioridad de la resolución y la identidad de objeto y partes. Vid. C. ROSENDE VILLAR, “Ventajas del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados en reclamaciones de deudas transfronterizas”, en *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 208-210.

⁵³ Auto AP de Barcelona de 29 de julio de 2008 (ECLI:ES:APB:2008:4357A).

⁵⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 181-182; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 184-185; M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, pp. 127-128.

⁵⁵ Por ejemplo, el Auto AP de Vigo de 26 de septiembre de 2011 afirma que “el ejecutado solo puede oponer los motivos de oposición que el ejecutado pueda esgrimir con arreglo a la ley del Estado de ejecución, es decir, al amparo de lo dispuesto en los artículos 556 y siguientes...” (ECLI:ES:APPO:2011:1131A). En sentido análogo, Auto AP de Palma de Mallorca de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:APIB:2022:40A).

46. Este concepto de “circunstancias excepcionales”, que pueden justificar la suspensión de la ejecución, debe considerarse como un concepto autónomo que debe interpretarse de manera uniforme y estricta, como ha afirmado el TJUE en la Sentencia de 16 de febrero de 2023, asunto C-393/21, Lufthansa Technik AERO Alzey GmbH⁵⁶. Del claro reparto de competencias que realiza el Reglamento entre los órganos del Estado miembro de origen (que son los que deben certificar la resolución como TEE) y los del Estado miembro de ejecución, se deduce que éstos no pueden ser competentes para examinar, ni directa ni indirectamente, en el marco de una solicitud de suspensión del procedimiento de ejecución, la resolución o su certificación como TEE (apartados 38 a 42). La prohibición de revisión del fondo de la resolución así lo impide. Cuando se solicita la suspensión del procedimiento de ejecución el órgano de la ejecución solo puede valorar los intereses del acreedor y del deudor para hallar el justo equilibrio que persigue la disposición. Por ello, el concepto de “circunstancias excepcionales” se refiere a una situación “*en que la continuación del procedimiento de ejecución de una resolución certificada como título ejecutivo europeo, cuando el deudor haya impugnado en el Estado miembro de origen dicha resolución o haya presentado una solicitud de rectificación o de revocación del certificado de título ejecutivo europeo, exponga a ese deudor a un riesgo real de sufrir un perjuicio especialmente grave cuya reparación sea imposible o extremadamente difícil en caso de anulación de la referida resolución o de rectificación o revocación del certificado de título ejecutivo europeo. Este concepto no remite a circunstancias ligadas al procedimiento judicial dirigido en el Estado miembro de origen contra la resolución certificada como título ejecutivo europeo o contra el certificado de título ejecutivo europeo*”. Corresponde, por tanto, al órgano de la ejecución valorar, en cada caso, si procede o no suspender la ejecución.

47. Además, aclara la Sentencia que la suspensión del procedimiento de ejecución no puede aplicarse de forma simultánea con alguna de las otras dos medidas previstas en el art. 23⁵⁷. Por último, afirma que si en el procedimiento de origen se suspendiese la ejecutividad de la resolución certificada como TEE y el acreedor presenta ante el órgano de la ejecución el certificado al que se refiere el art. 6.2, dicho órgano jurisdiccional está obligado a suspender el procedimiento de ejecución. Un TEE no puede producir efecto jurídico si la fuerza ejecutiva de la resolución así certificada ha sido suspendida en el Estado miembro de origen (apartados 59 a 63).

48. Si es cierto que el art. 23 prevé que la suspensión del procedimiento de ejecución tiene que ser solicitada por el deudor, contamos en nuestra jurisprudencia con algún pronunciamiento en el que el órgano español, excediéndose de sus competencias, ha acordado la suspensión de oficio. Es el caso, por ejemplo, del Auto AP de Girona de 10 de junio de 2020⁵⁸.

V. Conclusiones

49. El análisis que hemos realizado de la jurisprudencia del TJUE interpretando el Reglamento 805/2004 pone de relieve que los mayores problemas se han planteado en la regulación de los requisitos que deben cumplirse para que un órgano jurisdiccional pueda certificar una resolución como TEE. Ello es lógico pues en el RTEE el control de la resolución recae en el Estado miembro de origen que es donde el deudor debe agotar sus posibilidades de defensa. La certificación de la resolución como TEE acredita

⁵⁶ ECLI:EU:C:2023:104. Vid. Nota de P. DE MIGUEL ASENSIO, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2023, vol. XXIII, pp. 529-530; A. FONT I SEGURA, “La suspensión de ejecución del título ejecutivo europeo por «circunstancias excepcionales»”, *La Ley/Unión Europea*, 2023, núm. 114.

⁵⁷ Lo que sí sería posible es una aplicación simultánea de las medidas de limitación del procedimiento de ejecución a medidas cautelares y de constitución de una garantía (apartados 51 y 52).

⁵⁸ ECLI:ES:APGI:2020:522A. Nota de M^a T. ECHEZARRETA FERRER Y M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Dos pronunciamientos judiciales relacionados decisivos para el avance del reconocimiento mutuo del Reglamento 805/2004: la Sentencia del TC 26/2020, de 24 de febrero y el Auto de la AP de Girona 243/2020, de 10 de junio”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2021, núm. 68; J. PÉREZ FONT, “Suspensión de la ejecución de un título ejecutivo europeo tras la admisión a trámite de un recurso de apelación contra la sentencia certificada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, núm. 1, pp.1028-1033.

que se han cumplido las condiciones que exige el Reglamento para la supresión del exequátur. Por tanto, la resolución puede ser ejecutada directamente, sin control alguno y sin que el deudor pueda oponerse.

50. Cuando se trata de un crédito no impugnado consideramos más ventajoso para el acreedor acudir al RTEE que al Reglamento 1215/2012 en el que se mantienen más motivos de oposición a la ejecución. Si el crédito se considera como “no impugnado” es porque así lo ha querido el deudor. Además, la regulación de las normas mínimas del Capítulo III del Reglamento y su cumplimiento por el órgano de origen avalan el respeto del derecho de defensa como, de forma reiterada, ha recordado el Tribunal de Justicia.

51. Hay que reconocer, no obstante, que la práctica ha demostrado lo contrario pues el RTEE sigue siendo un instrumento poco utilizado. Esperamos, con este trabajo, poder contribuir a ello.

Remisión *ad extra* y *ad intra* en el Reglamento 650/2012: la repercusión del Derecho interregional español en el contenido digital de la herencia internacional*

Ad extra and *ad intra* referral in Regulation 650/2012: the impact of Spanish interregional law on the digital content of international heritage

CARMEN RUIZ SUTIL

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad de Granada

Investigadora de la Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina)

Recibido: 16.05.2024 / Aceptado: 05.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8979

Resumen: A la hora de precisar la ley aplicable a la sucesión en los casos internacionales, se plantea el debate permanente ante las respuestas otorgadas por los tribunales y por la DGSJyFP cuando se acuden a las reglas sobre remisión a un sistema plurilegislativo contenidas en el Reglamento 650/2012. En paralelo, se añade la interrogante de si es adecuado mantener el principio de extensión de las soluciones previstas para los conflictos internacionales a los conflictos internos cuando nos encontramos ante situaciones sucesorias transnacionales. Por último, ante la transformación de nuestras sociedades por los sistemas tecnológicos digitales, abordaremos el impacto del marco normativo interregional español para el contenido digital de la sucesión en supuestos transfronterizos, así como la gestión necesaria para la tutela *post mortem* de los datos personales y huellas que ha dejado el fallecido en internet ante herencias con componente transfronterizo.

Palabras clave: sucesión internacional, Reglamento 650/2012, supuestos de plurilegislatividad, criterio de la vecindad civil y contenido digital de la sucesión.

Abstract: When specifying the applicable law applicable t in international succession cases, an ongoing debate arises regarding the responses provided by the courts and by the DGSJyFP when resorting to the rules on referral to a multilegislativ system contained in Regulation 650/2012. In parallel, the question arises as to whether it is appropriate to maintain the principle of extending solutions provided for international conflicts to internal conflicts when faced with transnational succession situations. Lastly, considering the transformation of our societies by digital technological systems, we will address the impact of the Spanish interregional regulatory framework for the digital content of succession in cross-border cases, as well as the necessary management for the post-mortem protection of personal data and fingertips left by the deceased on the internet in the event of inheritances with a cross-border component.

Keywords: International succession, Regulations (EU) 650/2012, assumptions of multilegislation, criterion of civil neighborhood and digital content of succession

*Esta investigación se enmarca en el Proyecto I+D+i PID 2020-113165GB-I00 “Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante situaciones privadas internacionales” financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033.

Sumario: Introducción; II. Los supuestos de plurilegislatividad del Reglamento 650/2012: 1. Remisión *ad extra*; 2. Remisión *ad intra*; A) El “fetichismo” de la vecindad civil en supuestos sucesorios del causante español; B) Respuestas proactivas ante la “no vecindad civil” de causantes extranjeros con residencia en España; III. El contenido digital de los procesos sucesorios transfronterizos y los nuevos desafíos: 1. La herencia digital y la respuesta del Derecho interregional español; 2. Cuestiones digitales sucesorias en contextos transfronterizos y soluciones del derecho interregional español; IV. Conclusiones

I. Introducción

1. Quiero primero agradecer al comité editorial la oportunidad de sumarme al homenaje del profesor A. L. Calvo Caravaca, gran maestro en nuestra disciplina y universitario ejemplar, que siempre he considerado, si se me permite, como un transformador de los retos científicos suscitados en las múltiples materias que ha dominado del Derecho internacional privado. Con esta contribución expongo mi deseo de incorporarme al reconocimiento de la trayectoria del profesor A. L. Calvo Caravaca, como un modo de corresponder a su enriquecedora labor científica, a la brillantez, a la profundidad y al espíritu innovador que siempre ha sabido transmitir en su magisterio y que ha influido a lo largo de mis estudios.

2. La movilidad internacional de las personas y la dispersión de su patrimonio en el mundo ha operado una revolución en las sucesiones por causa de muerte. A la hora de precisar la ley aplicable a la sucesión en los casos internacionales, los legisladores adoptan ópticas diferentes en sus respuestas. Ante esta panorámica, se abre aún más el debate los efectos de la remisión a un sistema plurilegislativo. Este trabajo viene a señalar la problemática de esta cuestión en materia sucesoria. Precisamente, la obra científica del Dr. Calvo Caravaca ha trazado los ejes principales sobre los que pivota la cuestión suscitada en el ámbito sucesorio y que, pese al tiempo transcurrido, sigue en boga. De modo que trataremos de exponer algunas de las cuestiones prácticas, como las emanadas por los tribunales y por la DGRN/DGSJyFP.

3. El interés de este trabajo no radica en ofrecer un análisis exhaustivo y pormenorizado de esta problemática, ya que merecería un estudio independiente y obligando a una extensión mucho mayor. Presentaremos una panorámica práctica de la situación como consecuencia de la incursión de la legislación europea, aunque sin perder de vista el régimen interno.

4. La remisión a un sistema plurilegislativo recogida en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo¹ (en adelante Reglamento 650/2012) ha alcanzado una especial significación para la doctrina jurídica². La articulación de respuestas se encuentra en los art. 36, 37 y 38 del Reglamento 650/2012, lo que obliga

¹ DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012.

² A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014; A. L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H. P. MANSEL (EDS.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, pp. 469-504; L. PRATS ALBENTOSA, “La Ley aplicable a la sucesión mortis causa en la Unión Europea y la creación del certificado sucesorio europeo”, *La Ley*, núm. 7929, de 24 de septiembre de 2012; J. L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO, *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2015; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La propuesta de Reglamento sobre sucesiones y testamentos y su posible aplicación al Derecho interregional: especial consideración de los pactos sucesorios”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 639-665; I. HEREDIA CERVANTES, “*Lex successionis* y *lex rei sitae* en el Reglamento de sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2011, pp. 415-445; *Id.*, “El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones”, *La Ley*, núm. 7933, de 28 de septiembre de 2012; P. DIAGO DIAGO, “La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ y F. SERRANO MIGALLÓN (COORDS.), *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, México, ed. Porrúa – UNAM, 2005, pp. 671-692; A. BONOMI, “Successions internationales: conflits de lois et de juridictions”, *Recueil de Cours*, 2010, vol. 350, pp. 71-418; A. DUTTA, “Successions and wil in the conflict of laws on the eve of Europeanisation”, *RabelsZ*, 2009, pp. 547-606.

a tener presente la aplicación de los ordenamientos extranjeros y sus conflictos de leyes internos, tal y como sucede en el sistema español con las sucesiones interestatales. La incidencia de esta normativa de funcionamiento europea también se aprecia en la actuación de la práctica registral y jurisprudencial, dato que hace que nos detengamos en la rica casuística. Advertiremos que su puesta en marcha viene generando complicaciones y debates doctrinales o jurisprudenciales, ya que las soluciones a la remisión a un sistema plurilegislativo se activan cuando la norma de conflicto envía a un ordenamiento que, dentro de su sistema jurídico, determine cuál de las legislaciones existentes regirá finalmente la sucesión transfronteriza.

5. A modo de ejemplo y con fines de comprobar esta reglamentación europea, expondremos algunos sistemas conflictuales sucesorios de países extraeuropeos relacionados con los extranjeros con mayor presencia en España, según las cifras oficiales publicadas por el INE³. Ello nos permitirá conocer si la solución definitiva a la remisión a un sistema plurilegislativo es capaz de desactivar la finalidad de las normas de conflicto y, en particular, lo pretendido por los causantes y las esperanzas de los herederos.

6. En paralelo, evidenciaremos si el principio de extensión de las soluciones previstas para los conflictos internacionales a los conflictos internos, que fue planteado en el Título Preliminar Cc., interesa mantenerlo o, en su caso, que sea reformado, temática que impacta de lleno en las cuestiones sucesorias transfronterizas suscitadas en España. A raíz de la internacionalización de las reglamentaciones y de la europeización de la materia, la mayoría de las normas previstas para resolver los conflictos de leyes, particularmente las que atañen a la materia civil, emanan del legislador europeo. En consecuencia, la reserva estatal para regular las reglas de conflicto en materia civil se ha visto fuertemente desplazada. El sistema español de resolución de conflictos internos ha evolucionado de facto hacia un sistema dual⁴, al mantener, por un lado, las normas de Derecho internacional privado del Cc. para los casos en que las soluciones convencionales y europeas no sean aplicables a situaciones puramente internas, y al consagrar, por otro lado, las respuestas previstas por las reglamentaciones convencionales o europeas mediante la “incorporación por remisión”⁵. Evidenciaremos, de esta forma, que el sistema español viene estableciendo una distinción entre las soluciones previstas para resolver conflictos internacionales y los internos en materia sucesoria, aunque se intente mantener las mismas respuestas para ambas problemáticas⁶.

7. Por último, abordaremos el marco normativo interregional español para la denominada herencia digital o virtual⁷, en contraposición al tradicional concepto de herencia analógica, a fin de seguir

³ Datos estadísticos del INE 2023 sobre extranjeros residentes en España nacionales de otros países con sistemas plurilegislativos destacan de Reino Unido: 293.171; Marruecos: 883.243 o Nigeria: 36.367.

⁴ S. GOYENECHÉ ECHEVERRÍA, “Sobre la oportunidad (y necesidad) de una reforma del sistema interno de Derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 87-118, en espec. p. 91.

⁵ El legislador español ha decidido incorporar al Capítulo IV del Título Preliminar del Código y por remisión las normas de conflicto de fuente internacional recogidas en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Igualmente, las previstas por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Así, a tenor de lo dispuesto en los nuevos apartados. 4, 6 y 7 del art. 9, modificados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, 29 de julio de 2015) y por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, 3 de julio de 2021), en virtud de este principio de identidad de soluciones, estas normas de fuente convencional se aplicarán también a los conflictos internos de leyes.

⁶ Al respecto, *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español: balance y perspectivas de futuro”, *Derecho Privado y Constitución*, 2021, n° 38, p. 44.

⁷ Se denominado de esta manera en contraposición al tradicional patrimonio analógico, opción por la que se decanta M^a. A. MARTOS CALABRÚS, “Aproximación a la sucesión en el patrimonio virtual”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M^a. P. GARCÍA RUBIO (dirs.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, edit. La Ley, Madrid, 2014, pp. 931 y ss. Por tanto, el patrimonio virtual comprende los bienes y derechos físicos, además del patrimonio inmaterial, tal y como aclara M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales». La respuesta plurilegislativa española”, *Revista de Derecho Civil*, vol.

contribuyendo al debate generado por la tutela *post mortem* de los datos personales recogidos en la red y de los contenidos digitales de la sucesión, patrimoniales o extrapatrimoniales, en supuestos transfronterizos. Nos centraremos en la gestión de la huella virtual del fallecido y las respuestas del Derecho interregional español. Precisamente, el ordenamiento plurilegislativo español en materia de Derecho civil nos lleva a analizar el tratamiento de este fenómeno que se ha realizado hasta la fecha en la regulación estatal prevista en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales⁸ (en adelante LOPD) y en la pionera legislación autonómica catalana, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña⁹ (en adelante Ley 10/2017 de voluntades digitales).

II. Los supuestos de plurilegislatividad del Reglamento 650/2012

8. La remisión a un Estado plurilegislativo obliga a conocer qué legislación del ordenamiento referido es la que debemos aplicar a la sucesión planteada cuando existan diferentes unidades con Derecho propio por razones territoriales o, por su parte, convivan normas según las diferentes categorías de personas¹⁰.

9. En el espacio europeo de justicia, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas. La irrupción de normas europeas va transformando la estructura interna de nuestro sistema de Derecho internacional privado. En lo que concierne a la llamada dimensión interna, el Reglamento permite a los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales que continúen aplicando sus propias reglas en materia de sucesiones a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales (art. 36).

10. A continuación, expondremos los principales problemas vinculados a la regulación para los supuestos de plurilegislatividad que encuentran respuesta en diversos preceptos del instrumento europeo. Por un lado, el art. 36 del Reglamento 650/2012 establece reglas conflictos interterritoriales de leyes a través de dos técnicas de remisión: una indirecta¹¹ y de aplicación preferente (en su primer apartado) y otra directa (en su segundo apartado). Por otro lado, el art. 37 que se dedica a los conflictos interpersonales de leyes, con mecanismos similares al anterior, aunque sin posibilidad de aplicar la técnica de remisión directa, al no existir territorios en los que concretar los puntos de conexión a efectos de determinar el ordenamiento aplicable. En el último lugar, el art. 38, que establece que los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no queden obligados a aplicar el texto europeo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales. En consecuencia, la cuestión crucial será comprobar si en España se puede acudir a las reglas para los conflictos de Derecho interregional que han sido diseñadas en el Reglamento o, por el contrario, todavía resulta de aplicación el art. 9.8 Cc. en relación con los arts. 14.1 y 16.1 Cc.

VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), Estudios, pp. 89-133, pp.92 y ss, donde explica que la doctrina norteamericana lo ha bautizado como «digital assets» o también «digital estate», esto es, elementos, bienes, recursos o activos digitales.

⁸ BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

⁹ BOE núm. 173, de 21 de julio de 2017. Véase la versión consolidada que refleje los preceptos declarados inconstitucionales a través de la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019 (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019).

¹⁰ L. GARAU JUANEDA, “La aplicación de los Reglamentos de la UE a los llamados “conflictos internos” y el necesario cambio de paradigma sobre la función de las normas de conflicto”, *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 10, 2019; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Remisión a un sistema plurilegislativo. El ejemplo español y algunas tareas por resolver”, *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris-Madrid, Iprolex/Lextenso, 2018, pp. 63-84.

¹¹ *Vid.* P. QUINZÁ REDONDO, “La plurilegislatión del Derecho civil español ante el Derecho internacional privado de la Unión Europea: dinamismo vs. estatismo”, *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI* (Dir. J. ALCAIDE FERNÁNDEZ y E.W. PETIT DE GABRIEL), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 565-574.

1. Remisión *ad extra*

11. Los ordenamientos extranjeros pueden contener sistemas plurilegislativos, tal y como sucede en Estados Unidos de América¹², Canadá¹³, México¹⁴, Reino Unido o Suiza¹⁵. Los sistemas jurídicos de base personal también pueden ser plurilegislativos cuando existan diversas normativas vinculadas a la religión, etnia o condición tribal de la persona, como es el caso de Marruecos¹⁶ o de Nigeria¹⁷, entre otros. Por tanto, según el supuesto de sucesión transfronteriza, nos encontramos con conflictos de leyes interterritoriales o de leyes interpersonales.

12. Al enfrentarnos con la ley aplicable a la sucesión en supuestos de Estados con más de un sistema jurídico de base territorial —conflictos territoriales de leyes—, como regla general atenderemos

¹² En el caso de EE.UU., no cuenta con una legislación sucesoria unificada en todo su territorio nacional, sino que los 52 Estados que lo conforman mantienen un grado de autonomía para elaborar sus propias normas internas. Por lo tanto, presentan regulaciones dispares en materia sucesoria, lo que supone en la práctica que debemos atender a la regulación concreta del Estado donde haya fallecido el causante o donde se encuentren los bienes hereditarios. *Vid.* A. LEGERÉN MOLINA, *El sistema testamentario estadounidense*, 1ª edic., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 17 y ss.; A. OLIVA IZQUIERDO y OTROS, *Los Regímenes Sucesorios del Mundo*, vol. I, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2020, pp. 619-749.

¹³ En Canadá, el derecho sucesorio no se regula a nivel federal, sino en cada una de las provincias y territorios. A modo de ejemplo, la regulación existente en Toronto se rige por *la Succession Law Reform Act* de 1990 y contiene una regulación similar a la del Derecho inglés. En cuanto a Quebec, el Código Civil de 1994 de esta provincia parte de la base de la libertad de testar (art. 703), aunque introduce algunas limitaciones a la libertad de testar para otorgar protección al cónyuge superviviente y a los hijos menores. Sobre el derecho sucesorio en Canadá, *vid.* J. A. TAPIS, “Sucesiones y fideicomisos en virtud de la legislación internacional privada en Canadá”, *Revista del Notariado*, núm. 937, jul – sep. 2019, en <https://www.revista-notariado.org.ar>; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y J. J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, 2ª edic., Granada, Comares, 2015, pp. 376-382; A. OLIVA IZQUIERDO y OTROS, *Los Regímenes Sucesorios del Mundo...*, vol. I, *op. cit.*, pp. 345-375.

¹⁴ En dicho ordenamiento no existe una norma para dar respuesta a los conflictos originados por el derecho interestatal, tal y como afirma J. OROZCO GONZÁLEZ, *Las sucesiones internacionales e interestatales en México. Perspectiva judicial, notarial y consular*, México, Tirant Lo Blanch, 2020. Así, los 32 Estados que componen el país tienen su propia normativa interna. En general, *vid.* N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Una aproximación al Derecho sucesorio en México”, en C. HORNERO MÉNDEZ y OTROS (dirs.), *Derecho sucesorio comparado. Las experiencias española y mexicana en un contexto internacional* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 107-126; E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, “Las sucesiones internacionales México-España”, en C. HORNERO MÉNDEZ y OTROS (dirs.), *Derecho sucesorio comparado. Las experiencias española y mexicana en un contexto internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 349-379, en espec. p. 361; A. OLIVA IZQUIERDO y OTROS, *Los Regímenes Sucesorios del Mundo...*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1241-1285.

¹⁵ *Vid.* respectivamente J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y J. J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico de Derecho sucesorio...*, *op. cit.*, pp. 171-200 y 232-236. También A. OLIVA IZQUIERDO y OTROS, *Los Regímenes Sucesorios del Mundo...*, vol. II, *op. cit.*, para Reino Unido pp. 1493-1504 y para Suiza pp. 1709-1715.

¹⁶ *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y J. J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico de Derecho sucesorio...*, *op. cit.*, pp. 408-415.

¹⁷ En el sistema legal nigeriano conviven tres fuentes legales diferentes: 1) Las leyes federales conforme el *Common Law* inglés, que son aplicables en zonas urbanas y a población no musulmana. Por ejemplo, en materia de derecho sucesorio, con independencia de la ley personal del causante, si este ha contraído matrimonio bajo la regulación del *Marriage Act* y estamos ante un supuesto de sucesión abintestato, la sucesión quedará sujeta a lo dispuesto por la presente ley [*section 36(1) of the Marriage Act*]; 2) El Derecho consuetudinario, de tal manera que si la persona fallecida pertenecía a una comunidad que sigue predominantemente el derecho y las prácticas consuetudinarias, éstas serán de aplicación a la sucesión. Principalmente se aplica en los siguientes casos: a) cuando el fallecido no contrajo un matrimonio legal en virtud de la normativa *Marriage Act*; b) si el difunto contrajo un matrimonio legal pero no tenía ningún descendiente o cónyuge superviviente de dicha unión; c) cuando el fallecido había expresado el deseo de que sus bienes se transmitieran a los beneficiarios de acuerdo con sus costumbres y tradición. En este tipo de declaraciones se reconocen y las propiedades del difunto se distribuirían y gestionarían en consecuencia; d) si los beneficiarios deciden por unanimidad repartir los bienes del difunto fallecido de acuerdo con sus costumbres y tradiciones; 3) El derecho islámico de la *Sharia* que según la sección 18 de la Constitución nigeriana de 1999 es aplicable en 12 Estados del norte nigeriano. Sobre dicho sistema jurídico, *vid.* T. ADEKUNLE, *Succession and inheritance law in Nigeria: Resolving the discriminatory proprietary rights of widows and children*, en 1

CHUKWUDI, *The overview of private international law in Nigeria*, 2021, en <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1971819>; *Id.*, *Territorial Jurisdiction relating to Succession and Administration of Estates under Nigerian Private International Law*, 2021, en <https://conflictoflaws.net/2021/territorial-jurisdiction-relating-to-succession-and-administration-of-estates-under-nigerian-private-international-law/>; M. TAKIM OTU, *Succession to, and Inheritance of Property under Nigerian Laws: A Comparative Analysis*. *European Journal of Social Sciences*, 2021 https://www.europeanjournalofsocialsciences.com/issues/PDF/EJSS_62_2_05.pdf; P. OSTIEN & A. J. DEKKER, *Sharia and National Law in Nigeria*. In *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries*, Leiden, Leiden University Press, 2010, pp. 553-612; A. OLIVA IZQUIERDO y OTROS, *Los Regímenes Sucesorios del Mundo...*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1369-1377.

a las previsiones de las normas de conflictos internos del Estado cuya ley es reclamada, tal y como indica el art. 36.1 del Reglamento. En defecto de lo anterior, se aplican el criterio de la ley de la concreta unidad territorial para puntos de conexión territoriales (apartado 2 del art. 36). Por su parte, el apartado 3 del art. 36 del Reglamento 650/2012 arbitra una norma particular relativa a la validez en cuanto a la forma de los testamentos y pactos sucesorios, siempre que el art. 27 del Reglamento remita a la ley de un Estado plurilegislativo que no tenga normas de conflicto internas al respecto. Con independencia del punto de conexión empleado, dicha laguna se resuelve mediante la remisión a la ley de la unidad territorial con la que el causante presente vínculos más estrechos. Con todo, debemos insistir que para los Estados miembros partes del Convenio de la Haya de 15 de octubre 1961 en lo relativo a la forma del testamento¹⁸, se aplicarán las previsiones de remisión a sistemas plurilegislativos hechas en su art. 1 último párrafo del citado texto convencional.

13. Por otra parte, ante una situación relacionada con un Estado con más de un sistema jurídico de base personal —conflictos interpersonales de leyes—, el art. 37 del Reglamento 650/2012 articula una regla general y otra subsidiaria. Así pues, cuando el país cuya ley ha sido designada por la norma de conflicto del Reglamento comprenda varios sistemas jurídicos o conjuntos de normativas aplicables a diferentes categorías de personas en materia sucesoria, la regla general lleva a tener en cuenta el sistema jurídico o el conjunto de normas que resulten determinadas por las reglas interpersonales vigentes en dicho Estado. A modo de ejemplo, si se trata de una remisión a un sistema plurilegislativo de base personal, como el marroquí, el art. 2 del Código de familia para musulmanes o *Moudawana*¹⁹ determina el régimen aplicable en materia sucesoria según la religión o la nacionalidad del causante²⁰.

14. A falta de tales normas, habrá que localizar el sistema jurídico o el conjunto de normativas con el que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha. Para ilustrar la interpretación de dichos vínculos, si nos remitimos al ordenamiento nigeriano y ante una inexistencia de solución basada en la remisión indirecta, se va a considerar que la persona queda más estrechamente conectada con la legislación interna según su condición religiosa o su pertenencia a una determinada comunidad²¹.

15. Lo que parece importante, a la hora de establecer el derecho que va a regir la sucesión transfronteriza, es la evaluación previa de los pros y contras de la posible remisión a un sistema plurilegisla-

¹⁸ BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988. Sobre el tema, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H-P. MANZEL (Eds.), *The EU Succession Regulation. A Commentary...*, *op. cit.*, p. 528; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2022, p. 514.

¹⁹ Los privilegios de nacionalidad y de religión permiten concluir la existencia de varios regímenes diferenciados en materia sucesoria en Marruecos, según el art. 2 del Código de familia para los musulmanes: a) la legislación aplicable tanto a los marroquíes como a los extranjeros que profesen la religión musulmana y que se relacionen con extranjeros, que viene constituido por la Código de familia para musulmanes; b) la normativa que rige para las relaciones entre extranjeros no musulmanes, a quienes se les aplica el *Dahir* de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos (*Bulletin Officiel*, de 12 septiembre de 1913, nº 46, p. 77). Esta reglamentación para extranjeros contiene el sistema conflictual aplicable a las distintas instituciones que conforman el estatuto personal, como es el caso de las sucesiones y los testamentos (art. 18), normativa aplicable si las partes en la relación sucesoria son extranjeros y ninguno de ellos es musulmán. No obstante, el art. 2 del Código de familia para musulmanes altera el esquema de aplicación de la ley nacional del extranjero a su sucesión en numerosos supuesto. *Vid.* A. LARA AGUADO, “Relaciones sucesorias hispano-marroquíes”, en M. MOYA ESCUDERO (COORD.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 233-285, en espec. p. 236; c) el régimen para los marroquíes que profesan la religión judía, a los que se les aplica las normas de su propio estatuto hebraico (*Torá*, el *Talmud* y algunas leyes positivas establecidas por los rabinos marroquíes). Por ejemplo, ley hebrea en materia de herencia concede al primogénito dos partes de la herencia y priva a la hija casada de la misma. Sobre el tema, *vid.* <https://telexpresse.com/82751.html> (traducción propia).

²⁰ Véase la SAP de Madrid núm. 391/2013, de 27 de septiembre de 2013, ECLI: ES:APM:2013:15392, Aranzadi Westlaw, JUR 2014/5518, donde la integración de la laguna origina que se aplique la ley interna más vinculada al sujeto por razones de proximidad personal, es decir, la legislación hebraica existente en Marruecos para los marroquíes que profesión la confesión judía. *Vid.* el comentario por J. M. FONTANELLAS MORELL, *REDI*, vol. LXVI, núm. 2, 2014, pp. 280-285. No obstante, desde nuestro punto de vista, echamos en falta que el tribunal español hubiera atendido a la respuesta marroquí para los conflictos internos (art. 2 de la *Moudawana*).

²¹ Ver nota 18 aclaratoria sobre Nigeria.

tivo, ya que puede variar la respuesta material del asunto sucesorio, aunque todo dependerá del contexto y las circunstancias particulares de cada caso.

2. Remisión *ad intra*

16. La denominada remisión *ad intra* viene originada a partir de que las respuestas del Reglamento 650/2012 que pueden derivar en la aplicación de la ley española, gracias a la actuación del reenvío o por la propia designación de las normas de conflicto, aunque también por la falta de acreditación del derecho extranjero o, incluso, por la excepción de orden público. De cualquier manera, a la autoridad competente se le plantea la necesidad de determinar cuál de entre las leyes locales de las distintas unidades territoriales será la que finalmente regirá el asunto sucesorio, lo que añade más interrogantes al resultado final de las herencias transfronterizas²².

17. A continuación, trataremos las cuestiones sucesorias que atañen al causante español y al extranjero cuando es la ley española la encargada de regirlas.

A) El “fetiche”²³ de la vecindad civil en supuestos sucesorios del causante español

18. Al abordar la sucesión transfronteriza de un causante español a la que se le aplica el derecho nacional, el art. 38 del Reglamento 650/2012 parece dirigir la respuesta a las reglas estatales sobre conflictos internos de leyes²⁴. Al respecto, nuestro legislador no se ha manifestado sobre la opción de aplicar las soluciones del texto europeo en materia de sucesiones²⁵, postura que deriva en una serie de problemas y que, a continuación, trataremos de exponer.

19. En España coexisten diferentes legislaciones que afectan significativamente a las reglas sucesorias, como sucede en el derecho civil común, en la legislación foral o especial²⁶. La decisión de aplicar el Reglamento 650/2012 a los conflictos de Leyes internos supondría cambiar el régimen normativo interregional actual (art. 16 y 9.8 Cc.). Sin duda, de producirse tal opción por el legislador español, deberá ser cuando menos expresa, teniendo en cuenta que afecta al reparto competencial que la Constitución otorga en exclusiva al Estado sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 C.E.)²⁷. Desde luego, la aplicabilidad del Reglamento 650/2012 a los conflictos internos

²² A. BONOMI, P. WAULETEL y OTROS, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012*, CIZUR MENOR, Aranzadi, 2015, pp. 448-449.

²³ Nos permitimos adoptar este adjetivo otorgado por A. FONT I SEGURA “Crónicas de derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XXI, 2021, p. 605.

²⁴ El enunciado de esta regla no se corresponde con su redacción, que dispone que los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones «no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales», lo que da entrada a una interpretación contraria a su enunciado.

²⁵ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Articles 36, 37 and 38”, en A. L. CALVO CARAVACA, A. DAVI y H-P. MANZEL (EDS.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 512-539, en espec. p. 529; C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 17ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 2023, p. 633 y ss.

²⁶ Véase el planteamiento inicial sobre el ordenamiento plurilegislativo español que realiza la SAP Barcelona nº 513/2020 de 23 noviembre (ECLI:ECLI:ES:APB:2020:11815): “... Conviene comenzar por precisar, bien que pudiera no resultar necesario al no existir discusión alguna entre las partes al respecto, que conforme al art. 9.8 Cc., “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de sus bienes y el país donde se encuentren”, y al art. 16.1ª) Cc. que establece que “será ley personal la determinada por la vecindad civil”, lo que en definitiva supone que la norma aplicable en la sucesión es el libro cuarto del CcCat., al ostentar dicha causante la vecindad civil catalana en el momento de su fallecimiento (24 diciembre 2010) y conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 10/2008, de 10 de julio” ... Por tanto, se recuerda el carácter plurilegislativo de nuestro sistema; la necesidad de determinar la ley aplicable en supuestos interterritoriales y la aplicación del sistema conflictual interterritorial.

²⁷ Tradicionalmente, esta razón de la exclusividad competencial estatal inhabilita cualquier regulación de las Comunidades Autónomas para regular la aplicabilidad de su propio ordenamiento jurídico (lo que sean conflictos internos aragoneses, vascos,

no es viable mediante una mera Declaración unilateral del Estado al amparo del art. 149.1.3 CE («Relaciones internacionales»), ya que esta vía presenta problemas tanto competenciales como operativos: ni la disponibilidad que se habilita por el texto europeo cabe en una competencia general como esta, sino que es una cuestión de organización interna del Estado (con sus propias reglas competenciales), ni las disposiciones del Reglamento 650/2012 habilitan la recepción de semejante Declaración²⁸.

20. Indudablemente, los operadores que aparecen implicados en la situación (juez, notario, partes...) deben dedicar especial atención a la eventual vinculación europea de los asuntos sucesorios transfronterizos, al considerar el juego del principio de la autonomía conflictual del causante que prevé el Reglamento europeo.

21. Desde el punto de vista del derecho interregional español, nuestro sistema interno de solución de conflictos pivota en torno a los arts. 14.1, 16.1 y 9.8 del Cc. En lo que se refiere al estatuto personal, la vecindad civil es la determinante para la aplicación del Derecho común o del Derecho civil autonómico («especial o foral»), solución que se rige por lo dispuesto en el art. 14 del Cc., resultando irrelevante el lugar de fallecimiento del causante.

22. El criterio de sujeción de la vecindad civil²⁹ es únicamente para el nacional español, teniendo en cuenta que dicha condición no se aplica a los extranjeros³⁰, por lo que se convierte en un auténtico “fetichismo” en supuestos sucesorios³¹. Al mantener una regulación específica para determinar la ley aplicable a la sucesión de los españoles cuando surgen conflictos internos, se interpreta que nuestro legislador hace tácitamente un uso de la facultad ofrecida por el art. 38 del Reglamento 650/2012³², sin considerar la aplicación del art. 36.1 del texto europeo.

23. Por remisión de los citados preceptos del Cc., la sucesión transfronteriza de un español, a la que se aplica el derecho nacional, se va a regular por la ley del territorio cuya vecindad civil³³ posea en el

etc.); aunque la vigencia de esta afirmación parece reconsiderarse a la vista de Sentencias como las del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril de 2013.

²⁸ J. J. PÉREZ MILLA, “El espacio del derecho interregional tras los Reglamentos sobre obligaciones de alimentos y separación y divorcio”, *RDC*, 2018, t. XXIV, pp. 33-54, en espec. pp. 41-42.

²⁹ M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “El art. 12.5 Cc. y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *RGLJ*, vol. LXXVII, 1978, pp. 61-80; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol. 249, 1994, pp. 369-430; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo...*, *op. cit.*, pp. 567-572; M. E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en M. E. GINEBRA MOLINS Y J. TARABAL BOSCH (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas* Barcelona, Col·legi Notarial de Catalunya y Marcial Pons, 2016, pp. 237-262; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 1, (Marzo 2018), pp. 233-247; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo”, en A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Litigación internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa* Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 245-290; P. QUINZÁ REDONDO Y G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *Indret*, núm.3, julio 2013, pp. 1-27.

³⁰ No obstante, apreciamos un mal uso de la noción “vecindad civil” como, por ejemplo, en la SAP Barcelona nº 319/2022, 13 mayo (ECLI:ES:APB:2022:4922), donde se declara la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento. Se trataba de un matrimonio de conveniencia que constituyó una unión estable de pareja ante notario en Cataluña justo antes de contraer matrimonio. Lo relevante es que el recurrente, ciudadano marroquí, como la contrayente provenía aparentemente de la República Checa y justo después de establecerse en España y empadronarse en Terrassa, se declara ante notario que posee la vecindad civil catalana. Lo sorprendente es que esta declaración conste sin que se hubiera efectuado ninguna comprobación por parte del notario. Otra de las confusiones de este criterio se pueden comprobar en las SSTSJ Madrid nº 112/2022, 3 febrero (ECLI:ES:TSJM:2022:1740) y nº 334/2022, 21 marzo (ECLI:ES:TSJM:2022:3728), donde se muestra que la distinción entre vecindad civil y vecindad administrativa no está todavía completamente asumida. Más sobre el tema, *vid.* A. FONT I SEGURA, “Articulación del Derecho estatal y la pluralidad normativa”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 645-648.

³¹ Término acuñado por A. FONT I SEGURA “Crónicas de derecho interregional...”, *loc. cit.*, p. 605.

³² El legislador ha tenido oportunidades para realizarlo, tal y como ocurrió con la modificación de los apartados 4, 6 y 7 del art. 9 del Cc. por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³³ Los modos de adquisición de la vecindad civil se contemplan en el art. 14 del Cc. y, de un modo similar a la nacionalidad,

momento de fallecer—criterio que sustituye al de la nacionalidad—. Para este tipo de sucesiones, sigue operativo el art. 9.8 Cc. en aplicación de lo dispuesto en el art. 16 Cc., mientras esté vigente y exista una norma de conflicto en el Capítulo IV del mismo Título Preliminar en materia de sucesiones³⁴. Si en el futuro se plantea la modificación de nuestro sistema de Derecho interregional a la luz de la posibilidad ofrecida por el art. 38 del Reglamento³⁵, las normas de conflicto internas se mantendrían únicamente para los problemas ofrecidos por el derecho transitorio.

24. Aún son muchos los supuestos en los que los tribunales descansan en la vecindad civil para la concreción del derecho aplicable. La importancia de la conexión, por tanto, se mantiene. Ello implica que sea necesario considerar los problemas que se plantean a la hora de determinarla y cómo inciden en la identificación del derecho aplicable a los conflictos internos, lo que no contribuye a facilitar la seguridad jurídica ni el manejo de esta cuestión por los tribunales³⁶. Por ejemplo, estos obstáculos se vinculan con la ausencia de constancia registral de la vecindad civil, dificultando su constatación y dependiendo, en ocasiones, de la determinación de los años en que una persona ha estado residiendo en un territorio a fin de saber si ha adquirido o no la correspondiente vecindad³⁷.

25. Si nos ceñimos a los asuntos transfronterizos, esta solución interna española conlleva una serie de inadaptaciones entre las disposiciones señaladas del Cc. y las respuestas del Reglamento. A continuación, vamos a destacar dos supuestos de desajustes interpretativos:

26. El primero de ellos viene producido a partir de la aplicación de la ley española reclamada por el ejercicio de la *professio iuris* del causante español (ex art. 22 Reglamento 650/2012). En principio, tendremos que apelar a la regla de remisión indirecta del art. 36.1 del texto europeo, que nos transfiere a lo contenido en el art. 16.1 Cc. para determinar el concreto sistema normativo de entre los varios que coexisten en nuestro país, con el objetivo de dar respuesta a la sucesión transnacional³⁸. Ante este supuesto de Derecho interregional, la solución la encontraremos en la legislación correspondiente a la vecindad

se puede adquirir por filiación natural o por filiación adoptiva, aunque también por residencia. Sobre la determinación de la vecindad civil, véase la Res. de la DGSJyFP de 3 de octubre de 2023, *BOE* núm. 262, 2 de noviembre de 2023, en la que se vuelve a aclarar que el elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil es el de la residencia, identificándose el lugar de residencia habitual con el de domicilio civil, según el art. 40 del Código Civil, siendo independiente de la vecindad administrativa o de la inscripción en el padrón municipal o en registros fiscales.

³⁴ En este sentido, el FD 4^º de la RDGRN/DGSJyFP de 15 de junio de 2016, *BOE* núm. 175, 21 de julio de 2016, afirma que desde que resulta aplicable el Reglamento, el art. 9.8 CC ha quedado circunscrito a las sucesiones *mortis causa* sin elemento internacional. En la misma línea, el FD 6^º de la RDGRN/DGSJyFP 29 de julio de 2015, *BOE* núm. 234, 30 de septiembre de 2015. No obstante, tratándose de sucesiones abiertas después de 17 de agosto de 2015, es posible la remisión del art. 16.1 CC al art. 9.8 Cc. ante la aplicación de la ley personal determinada por la vecindad civil, tal y como sucede en RDGRN/DGSJyFP 12 de junio de 2017, *BOE* núm. 159, 5 de julio de 2017; en la RDGRN/DGSJyFP 12 de julio de 2017, *BOE* núm. 178, 27 de julio de 2017 o en la SAP Álava de 20 de julio de 2018, ES:APVI:2018:583.

³⁵ Un sector importante de la doctrina insiste que el legislador español tiene que abordar la cuestión de la aplicación a los conflictos internos lo previsto por el Reglamento 650/2012. Con ello, se evitaría mantener un doble sistema, uno para supuestos calificados como internacionales y otro para supuestos interregionales. Las normas de Derecho interregional no deben ser entendidas como diferentes a las de Derecho internacional privado, sino solo como una mera prolongación de estas para concretar cuál de los ordenamientos que coexisten en España debe ser aplicado. *Vid.* F. B. IRIARTE ÁNGEL, *La necesaria actualización del sistema de resolución de conflictos internos de leyes*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 23 y ss.; L. GARAU JUANEDA, “La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria...”, *loc. cit.*, pp. 1-14; M. E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas y Estados plurilegislativos”, en C. VILLÓ TRAVÉ (DIR.), *Retos y oportunidades del Derecho de sucesiones*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2019, pp. 225-252.

³⁶ *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La determinación de la vecindad civil: el talón de Aquiles del sistema español de derecho interterritorial”, *AEDIP*, t. XIII, 2013, pp. 1174-1178.

³⁷ Se trata de un problema que ha sido puesto de relieve en la práctica de la DGRN/DGSJyFP y jurisprudencialmente, tal y como se exponen en las crónicas de R. ARENAS GARCÍA/A. FONT I SEGURA, *AEDIP*, t. XVIII, 2018, pp. 976-979; t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 590-592; t. XXI, 2021, pp. 600-611 y que tiene continuidad en las decisiones dictadas durante los años, 2022, 2023 y 2024). Igualmente, en la parte dedicada a los “Conflictos internos de leyes” o “Derecho interregional” de la Crónica de Derecho internacional privado de la REEI.

³⁸ Para consultar los diversos ejemplos que ilustran las disfunciones planteadas y en función de las distintas conexiones que llaman a la ley española, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 650/2012...”, *loc. cit.*, pp. 17-20.

civil del causante, bien sea la que posea en el momento de la elección o bien la que tuviera en el momento del fallecimiento³⁹, en función de cuál haya sido el tomado como referencia por el causante a la hora de ejercitar la *professio iuris*⁴⁰. No obstante, en este punto, de considerar el art. 9.8 Cc. como regla de conflicto interregional, exclusivamente tiene en cuenta la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento, descartando la posibilidad de atender a la legislación correspondiente de su vecindad civil al tiempo de dicha elección. A pesar de que el causante hubiese optado expresamente por la ley española en tanto ley nacional al tiempo de la elección, la concreta legislación española aplicable a su sucesión seguiría siendo la correspondiente a su vecindad civil en el momento del fallecimiento, pese a que en el período que tuvo lugar la elección ostentara otra distinta vecindad civil. En consecuencia, si un causante de vecindad civil gallega de origen que, tras haber optado por la ley española en un momento en que su vecindad civil seguía siendo la de origen, esto es, la gallega, adquiere posteriormente la vecindad civil común, no hay duda de que por mandato del art. 9.8 Cc., y en aplicación de lo preceptuado en el art. 36.1 Reglamento, será aplicada a su sucesión lo previsto en la legislación civil común. A nuestro entender, tal y como ha expuesto la doctrina⁴¹, dicha solución choca con los objetivos defendidos por el art. 22 del texto de la UE. En estas situaciones a las que se acaba de aludir, lo razonable sería tener presente la legislación correspondiente a la vecindad civil del causante al tiempo de la elección, pues será la que se adecúe a las previsiones testamentarias, independientemente de que el causante no hubiese optado por la nacionalidad en el momento de la elección o en el del fallecimiento⁴².

27. En cuanto a la elección tácita del causante español prevista en el art. 22.2 del Reglamento 650/2012⁴³, la dificultad deriva en verificar si el derecho elegido corresponde con la vecindad civil que tuviera aquél en el momento de otorgamiento o, en su caso, del fallecimiento, cuestión que podría desprenderse de las disposiciones del testamento. Si pensamos, por ejemplo, en la posibilidad de que el causante respetó un cuarto de legítima (Derecho gallego o Derecho catalán) pero, sin embargo, muere con vecindad civil común (dos tercios de legítima), lo razonable sería entender que tácitamente eligió la ley de la vecindad civil correspondiente al momento del otorgamiento. La consideración a la voluntad del testador y a la planificación de la sucesión por anticipado son argumentos en defensa de esta interpretación, que, por otro lado, no se desvía de lo que permite el Reglamento, como es escoger la ley de la nacionalidad en el momento de la elección (art. 22).

28. El segundo supuesto referido a la descoordinación viene ocasionado por la elección del causante español de un concreto Derecho foral para ser aplicado a su sucesión⁴⁴, sin mencionar la ley

³⁹ A. BONOMI, P. WAUTELET y OTROS, *El Derecho europeo de sucesiones...*, op. cit., p. 261, § 18; I. ESPÍNEIRA SOTO, “La ley rectora de la admisibilidad y validez de las disposiciones mortis causa. Incidencia de la *professio iuris*”, en <https://www.nota-riosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ARTICULOS/2012-validezdisposiciones-mortis-causa.htm>

⁴⁰ En sentido similar a lo dispuesto en el art. 22 del Reglamento, que permite elegir la ley de la nacionalidad que se posee en el momento de hacer la elección o también en el momento del fallecimiento. En cambio, las normas internas para resolver los conflictos interregionales declaran aplicable la ley personal del causante –determinada por la vecindad civil– en el momento del fallecimiento. Esta problemática es planteada en M. E. GINEBRA MOLINS, “Sucesiones transfronterizas...”, loc. cit., 2016, pp. 248-251.

⁴¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 650/2012...”, loc. cit., pp. 18-19.

⁴² Así lo afirma A. FONT I SEGURA, “El Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ante la pluralidad normativa del ordenamiento español”, en A. LARA AGUADO (DIR.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 297-316, en espec. p. 309, que considera que no debería frustrarse el efecto útil del Reglamento, de manera que se podría aplicar la ley de la vecindad civil poseída en el momento de tal elección, aunque la dificultad de encaje de ambos sistemas es evidente.

⁴³ Cabe apreciar la elección tácita de la ley aplicable cuando el testador hace referencia en su testamento a disposiciones concretas o a instituciones propias de un ordenamiento jurídico-civil específico. Esta posibilidad encuentra su apoyo en el Considerando 39 del Reglamento 650/2012, pues la elección implícita se vincula a la referencia o mención explícita en la disposición mortis causa, ya sea genéricamente a una ley, o bien a determinadas disposiciones específicas, sin que exista una elección expresa de la ley aplicable. Para abordar el tema adecuadamente y tomar perspectiva al abordar los problemas planteados por la profesión tácita, ya que todos los sistemas de DIPr que llevan tiempo conviviendo con la institución, vid. M. FONTANELLAS MORELL, “Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, (Octubre 2018), pp. 376-408, en espec. p. 399 y ss.

⁴⁴ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *Las sucesiones mortis causa en Europa. Aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2022, pp. 666-681, en espec. pp. 669-670.

nacional conforme al art. 22 del Reglamento 650/2012. Este hecho puede implicar un indicio de elección tácita de la normativa española, siempre que el causante llegara a tener la nacionalidad española en el momento de la elección o del fallecimiento, pudiendo interpretarse como eficaz si ha elegido la correspondiente a su vecindad civil. Más dudas plantea el siguiente ejemplo: la elección directa de la ley gallega por un causante nacional español de vecindad civil catalana que tiene su residencia habitual en Francia. Con tal elección, son dos las posibles interpretaciones que se abren al juzgador: 1) entender que debe aplicar las normas de conflicto internas españolas; 2) obviar la elección para acudir a la regla general del art. 21 del Reglamento 650/2012⁴⁵. La primera solución llevaría a la determinación de la ley catalana de la vecindad civil del causante como aplicable, no dando entrada a la elección hecha en una *professio iuris*⁴⁶. La segunda respuesta será la de aplicar la ley de su residencia habitual conforme al art. 21 del Reglamento, en este caso la francesa, al considerar que no es válida la elección del derecho foral en los términos descritos. Y es que, según la doctrina, al designar otra ley distinta que no corresponda a su vecindad civil, se aboca a la ineficacia de dicha elección, entendiendo que, subsidiariamente, se acudiría a la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21 del texto europeo)⁴⁷. Como advertimos, la respuesta a este desajuste va encaminada a rechazar la elección de alguna de las concretas legislaciones en vigor en nuestro país si no coincide con la correspondiente a la vecindad civil del causante español⁴⁸.

29. Esta limitación de la autonomía de la voluntad del causante español puede ser rebatida, ya que de tener en cuenta el derecho foral directamente designado, aun cuando no coincida con la vecindad civil del causante, puede ser compatible con los supuestos de elección implícita o deducida admitidos en los arts. 22.2⁴⁹, 83.2⁵⁰ o 83.4⁵¹ del Reglamento. En dichas situaciones, resulta forzado entender que es obligatorio pasar por el filtro de la regla de la remisión indirecta del art. 36.1 del Reglamento para identificar el concreto derecho aplicable español. A pesar de que exista este vacío legal⁵², si abogamos

⁴⁵ A. L. CALVO CARAVACA, A. DAVÍ y H. P. MANSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation...*, op. cit., p. 524.

⁴⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 650/2012...”, loc. cit., p. 19.

⁴⁷ En esta línea, A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen...*, op. cit., 2013, p. 306, § 18, donde se afirma categóricamente que el Reglamento no permite al causante designar directamente las reglas internas a las que desea someter su sucesión. Según M. REQUEJO ISIDRO y B. HESS, *Incidencia del Reglamento 650-2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2018, p. 91, la elección de ley debe recaer sobre una ley estatal, y no sobre la de una unidad territorial, de manera que si el causante realiza una elección en esos términos habrá que interpretar que se refiere al ordenamiento estatal, pasando luego a concretar la que corresponda conforme al art. 36 Reglamento. Para A. RENTERÍA AROCENA, “Las sucesiones mortis-causa transfronterizas en derecho español: los convenios internacionales, el Reglamento 650/2012 y las reformas legislativas de 2015”, 2015, p. 85, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2015/12/Sucesiones-mortis-causa-transfronterizaa-Alfonso-Renteria-Arocena.pdf>, el respeto mostrado por el Reglamento 650/2012 hacia las normas de los Estados miembros en materia de conflictos internos de leyes convierte en ineficaz –a los solos efectos interregionales y sin perjuicio de la validez de la *professio iuris* en cuanto a la designación genérica de la ley española como ley rectora de la sucesión– la elección directa por el causante de una determinada ley civil foral o especial de nuestro país, ya que el régimen del Código Civil no reconoce eficacia alguna, en el ámbito interno, a tal elección de ley.

⁴⁸ A. FONT I SEGURA, “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, en I. A. CALVO VIDAL (COORD.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 75 a 121.

⁴⁹ Precepto que brinda la oportunidad de que una expresión indeterminada o imprecisa derivada de una disposición mortis causa pueda llegar a ser válida en lo que se refiere a la elección de ley, instituyendo así la *professio iuris* tácita.

⁵⁰ Esta disposición da opción de acudir al DIPr del Estado en que el causante tenía su residencia habitual o al del Estado de su nacionalidad, cuando su elección de ley se haya realizado con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento.

⁵¹ Básicamente, el papel de este apartado es establecer una condición salvaguarda para todas aquellas disposiciones *mortis causa* anteriores a la fecha de aplicación del Reglamento, dentro de un sistema jurídico que no contempla tal posibilidad de elección, estableciendo una especie de “presunción iuris et de iure en favor de la elección de ley sucesoria”, siempre y cuando dicha disposición se haya regido por la normativa que el de *de cuius* habría podido elegir conforme a los art. 24.2 texto europeo. A la luz del art. 83.4, se entiende que tal ordenamiento ha sido electo para ser aplicado a toda la sucesión, proporcionando así la admisibilidad y validez en cuanto al fondo de la disposición *mortis causa*.

⁵² J. M. FUGARDO ESTEVILL, *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 126, donde expone que: “En principio, la vecindad funciona como la nacionalidad: sólo se tiene una vecindad civil común, especial, propia o foral, de aquí que no parezca posible que el nacional con determinada vecindad pueda designar como ley aplicable a la sucesión la ley sucesoria aplicable a otra clase de vecindad (...)”. De la misma opinión A. FONT I SEGURA, *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 130-131.

por una interpretación analógica del art. 22 del Reglamento para aceptar la *professio iuris* como válida y aplicar el derecho gallego elegido a la sucesión del supuesto planteado, podemos consolidar la tesis afirmativa en uno de los ejes del texto europeo: garantizar la planificación por anticipado de la sucesión⁵³.

30. En suma, nos hallamos ante una indefinición de los límites de la autonomía de la voluntad conflictual para los españoles cuando se internacionaliza la sucesión. Ciertamente, este tipo de desarreglos pueden acarrear la aplicación de una ley que no es elegida ni esperada por el causante, derivando en la invalidez de ciertas disposiciones testamentarias. En consecuencia, consideramos que, en la actualidad, el art. 36.1 del texto europeo tiene un efecto devastador, ya que restringe al nacional español la posibilidad de terminar aplicando la ley elegida de su nacionalidad/vecindad civil⁵⁴.

31. Ante estas anomalías, la doctrina española ha abierto un debate sobre la renovación del sistema español de resolución de conflictos internos de leyes⁵⁵. Dicha revisión podría inclinarse por el método del conflicto, garantizando la igualdad de trato de los sistemas jurídicos internos⁵⁶. La adaptación de esta solución al contexto actual puede realizarse mediante el establecimiento de un criterio de conexión adecuado, reformando el de la vecindad civil⁵⁷ y siguiendo la tendencia de la introducción de la autonomía de la voluntad controlada⁵⁸, tal y como viene irrumpiendo en el ámbito del DIPr. de familia y de sucesiones. De esta manera, se podrá conseguir una cierta flexibilización⁵⁹ para garantizar una mayor seguridad jurídica. También se aboga por una reforma global, planteando la adopción de una ley interregional, ya que se considera insuficiente una reforma sustancial del art. 16 del Cc.

32. A nuestro entender, consideramos que el camino más adecuado es una normativa específica redactada a la luz de las necesidades actuales, tal y como ya ha expuesto la doctrina especializada en la materia⁶⁰. Mientras tanto, desde el punto de vista notarial, se brindan soluciones prácticas, como es la conveniencia de especificar la ley aplicable en aquellos casos en los que la *professio iuris* se realice a favor de la ley nacional de un Estado plurilegislativo⁶¹. Desde la perspectiva de la práctica jurídica, la redacción de la cláusula de elección de ley a la nacionalidad española debe ser más concreta en favor de la legislación civil de la vecindad civil que tuviera en ese momento. Ello evitaría cualquier margen de duda sobre la voluntad del optante y disponente de la sucesión.

⁵³ Considerandos 7 y 38 del Reglamento 650/2012.

⁵⁴ A. FONT I SEGURA, "El Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ante la pluralidad normativa...", *loc. cit.*, p. 315.

⁵⁵ Sobre el tema, véase el estudio profundo de S. GOYENECH ECHEVERRÍA, *La détermination de la loi successorale applicable au regard des systèmes juridiques non unifiés: Aspects de droit espagnol et de droit français*, Cizur Menor, Aranzadi Civitas, 2023. También J. J. ÁLVAREZ RUBIO, "La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo...", *loc. cit.*, pp. 11-48.

⁵⁶ J. PÉREZ MILLA, "Un Derecho entre Gigantes", en M. C. BAYOD Y J. A. SERRANO GARCÍA (DIRS.), *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, Zaragoza, Instituto Fernando El Católico, 2018, p. 88, afirmó que el derecho interregional español no es otro que el derecho internacional cuyas normas tienen como objetivo resolver los conflictos internos que puedan surgir.

⁵⁷ En esta dirección fue planteada la Proposición de Ley presentada por las Cortes de Aragón por la que se modifica el Código civil en relación con el estatuto personal y vecindad civil. Sobre el tema, *vid. M^o. E. ZABALO ESCUDERO*, "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias", *Revista Millennium DIPr.*, núm. 3, enero-junio 2016, Id. "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones...", *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 3, 2016, pp. 1-17, en <https://www.millenniumdipr.com/archivos/1642170568.pdf>

⁵⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho interregional y Constitución", *Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 22, julio 2022, pp. 79-133, en espec. p. 126-129; S. GOYENECH ECHEVERRÍA, *La détermination de la loi successorale applicable au regard des systèmes juridiques non unifiés...*, *op. cit.*, pp. 291-298.

⁵⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho interregional: Claves para una reforma...", *op. cit.*, p. 123

⁶⁰ Un estudio en profundidad sobre la reforma se puede consultar S. GOYENECH ECHEVERRÍA, *La détermination de la loi successorale applicable au regard des systèmes juridiques non unifiés...*, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

⁶¹ *Id.* A. RIPOLL SOLER, "Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial...", *loc. cit.*, p. 39, que propone la incorporación de una mejor redacción de la cláusula de *professio iuris*. A los efectos de lo dispuesto en el art. 22 Reglamento 650/2012, el testador elige como ley aplicable a su sucesión la correspondiente a su nacionalidad española y, dentro del ámbito de aplicación del art. 36 del citado Reglamento, hace constar que, actualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 del Cc., su vecindad civil es la aragonesa, por lo que elegida su ley nacional como rectora de su sucesión realiza la concreción de la misma a favor de la legislación civil aragonesa, con arreglo a la cual ordena y planifica su sucesión en este testamento.

B) Respuestas proactivas ante la “no vecindad civil” de causantes extranjeros con residencia en España

33. Las sucesiones transfronterizas en España que afectan a un causante extranjero generan cierta confusión y no es una cuestión pacífica cuando se aplica la normativa española⁶², bien conforme a ley de su residencia habitual, bien acorde a la ley que presenta los vínculos más estrechos e, incluso, por el funcionamiento del reenvío. Los arts. 14 y 15 del Cc. señalan que solo tienen vecindad civil los españoles⁶³. Por tal razón, la respuesta ofrecida por el Derecho interregional no resulta operativa, al carecer el extranjero de la vecindad civil de alguna de las unidades territoriales que integran el sistema plurilegislativo (arts. 16.1.1 y 14.1 del Cc.).

34. Estas notables disfunciones aparecen como consecuencia de la singularidad de nuestro sistema de Derecho civil y la inmovilidad del Derecho interregional⁶⁴, originando problemas de aplicación y de hermenéutica⁶⁵. A pesar de quedar pendiente una solución adecuada y actualizada de las normas reguladoras del Derecho interregional español y su aplicación en los casos sucesorios transfronterizos, nos detendremos en aportar luz a esta cuestión controvertida.

35. En el panorama español, encontramos soluciones interpretativas -estática⁶⁶ o dinámica⁶⁷- sobre lo que se entiende por normas internas de conflicto de leyes⁶⁸, a partir de la remisión que efectúa el art. 16.1.1 del Cc. al Capítulo IV del Cc. en relación con el art. 9.8 del Cc.⁶⁹.

⁶² Vid. J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La remisión a la ley española en materia sucesoria...”, *loc. cit.*, pp. 240-243.

⁶³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional: Claves para una reforma...”, *loc. cit.*, critica que la reglamentación del Cc. en relación con los conflictos de leyes en el ámbito interregional, es caduca. Además, como expone L. GARAU JUANEDA, “La integración del Reglamento europeo en materia sucesoria...”, *loc. cit.*, esta normativa interregional plantea problemas en la aplicación de los Reglamentos europeos, ya que éstos mayoritariamente toman en cuenta la residencia habitual como punto de conexión fundamental en materia de determinación del derecho aplicable y como foro de competencia judicial internacional.

⁶⁴ Hubiera sido deseable una evolución normativa tras la entrada en aplicación de los reglamentos o ante la incorporación del Derecho internacional convencional, como por ejemplo el art. 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 en la Ley 8/2021.

⁶⁵ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo...”, *loc. cit.*, p. 17. Para analizar la vigente regulación de la vecindad civil y su papel como punto de conexión dentro del sistema español de derecho interregional, *vid.* P. QUINZÁ REDONDO Y G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de sucesiones...”, *loc. cit.*, p. 18; E. CASTELLANOS RUIZ, “La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas con la vecindad civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, nº 2, (Octubre 2022), pp. 262-274; R. ARENAS GARCÍA, “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el tribunal constitucional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, pp. 640-651.

⁶⁶ Según la postura estática, la doctrina parece entender que la existencia de una norma estatal que no permite la aplicación de un Derecho foral a un extranjero por carecer de vecindad civil no debe equipararse al supuesto de hecho del art. 36.2, esto es, la ausencia de normas internas sobre conflictos de leyes. Por tanto, el art. 9.8 del Cc. seguiría resultando de aplicación a los conflictos puramente internos de leyes y a los internacionales suscitados antes o después de la entrada en funcionamiento del Reglamento 650/2012. Sobre el tema, *vid.* M^a. E. ZABALO ESCUDERO, “El derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales”, en J. J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (COORS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 900-912; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea...”, *loc. cit.*, pp. 5-6.

⁶⁷ El postulado defendido por esta doctrina se infiere que el art. 9.8 del Cc., por lo que solo se aplicará a los conflictos internos de leyes que se pueden suscitar en situaciones excluidas del ámbito de aplicación material y temporal del mencionado Reglamento 650/2012. Por tanto, los conflictos internos de leyes que se puedan originar en el marco de la normativa europea quedarían sometidos a la normativa conflictual establecida en el texto europeo o, en su caso, a las normas convencionales si tienen eficacia universal. *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, núm. 1, 1993, pp. 139 y ss.; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, t. 249, 1994-V, pp. 149-364, en espec. p. 172 y ss.; P. QUINZÁ REDONDO, “La plurilegislación del derecho civil español ante el derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 565-572.

⁶⁸ *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge superviviente...”, *loc. cit.*, p. 144.

⁶⁹ P. QUINZÁ REDONDO Y G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones...”, *loc. cit.*, p. 19 y ss., donde nos propone un ejemplo concreto para comprobar las distintas soluciones al respecto de dicha problemática. Véase también G. MORENO CORDERO, “La Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el derecho interna-

36. A pesar de tener un sistema específico en España para resolver los conflictos de leyes internos, son insuficientes para la sucesión de un extranjero⁷⁰. Este motivo lleva a la afirmación de que la cláusula de remisión indirecta del art. 36.1 del texto europeo no responde eficazmente en estas situaciones sucesorias vinculadas con nuestro país.

37. En la práctica, comprobamos que la solución más conveniente estriba en la aplicación directa del art. 36.2 del Reglamento 650/2012, entendiendo que “a falta de tales normas” se debe identificar como la inadecuación de nuestro ordenamiento para otorgar una respuesta precisa y segura a la sucesión de los extranjeros que residen en España⁷¹. Particularmente, la DGSJyFP viene pronunciándose sobre el problema de la aplicación del Derecho foral sucesorio a extranjeros cuando existe una *professio iuris* a tal ley, como sucede en la Res. de la DGRN/DGSJyFP de 24 de mayo de 2019⁷². La respuesta del Centro Directivo fue denegar la práctica de la inscripción de una escritura de donación con pacto de definición formalizada entre ciudadanos de nacionalidad francesa, donde la madre donante y los hijos donatarios hicieron constar que tenían residencia habitual efectiva en Mallorca, aunque sin ostentar vecindad civil balear⁷³. La DGSJyFP, en una aplicación estricta del Derecho balear, considera que existe una autolimitación de sus normas impuesta por el art. 50 de la Compilación balear⁷⁴, que impide la celebración del pacto cuestionado cuando el disponente, futuro causante, no sea mallorquín⁷⁵. Por tanto, se concreta su aplicación a los supuestos puramente internos y no internacionales⁷⁶. Dicha resolución fue revocada por la SAP de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2020⁷⁷, al estimar que los residentes extranjeros pueden

cional privado español”, en A. LARA AGUADO (DIR.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012. Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 258-296, a través del ejemplo con la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente de un fallecido francés con residencia en nuestro país y que, en defecto de elección, será la ley española conforme a la ley correspondiente a la residencia habitual del causante al momento de su fallecimiento (art. 21.1 del Reglamento), nos advierte de los desajustes producidos si no entendemos la aplicación de la solución dinámica.

⁷⁰ A. FONT I SEGURA, “El Reglamento 650/2012 en materia sucesoria ante la pluralidad normativa...”, *loc. cit.*, p. 312, nota 22, defiende que la solución coherente y más eficiente es aplicar el art. 36.2 del Reglamento 650/2012.

⁷¹ P. QUINZÁ REDONDO Y G. CHRISTANDL, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones...”, *loc. cit.*, pp. 18-20.

⁷² BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019. *Vid.* B. BIBILONI GUASP, “El pacto sucesorio de definición balear otorgado por extranjeros residentes en España”, <https://www.notariosyregistradores.com>; I. ESPINEIRA SOTO, “Retirando capas de barniz: Reglamento europeo de sucesiones y Derecho interregional español. Resolución DGRN de 24 de mayo de 2019 sobre “Definición mallorquina” y Reglamento (UE) 650/2012”, en <https://www.notariosyregistradores.com>; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 de mayo de 2019, núm. 74, *La Ley (UE), Unión Europea*, 2019, p. 53 y ss.

⁷³ En su calificación, la registradora de la propiedad suspendió la inscripción de dicha escritura dado que los extranjeros no podían ostentar vecindad civil alguna. En este caso, se estimó que la institución utilizada, pacto sucesorio de definición de la Compilación Balear, queda reservada por ley y por los antecedentes históricos a los ciudadanos españoles de vecindad civil balear mallorquina.

⁷⁴ El art. 50 de la Compilación Balear, aplicable en virtud de remisión *ad intra*, establecía como condición de validez de la donación con definición de legítima una limitación subjetiva consistente en que el descendiente/donatario que renuncia a los derechos sucesorios lo haga respecto a un ascendiente que ostente la vecindad civil mallorquina. En sentido similar, véase el AAP de Palma de Mallorca, de 31 de octubre de 2019, ECLI: ES:APIB:2019:43, que confirma una decisión de instancia que deniega una autorización para aceptar en nombre de la hija menor la donación de una participación indivisa en nuda propiedad de dos bienes inmuebles sito en Mallorca, con pacto sucesorio de definición y que tanto la madre como la hija son de nacionalidad alemana residentes en Mallorca desde hacía dos años.

⁷⁵ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado...*, 12ª ed., *op. cit.*, 2022, pp. 610-612.

⁷⁶ *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?: el Reglamento 650/2012 y la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019”, *La Ley: Unión Europea*, n° 74, 2019, pp. 53-74, que cuestiona el enfoque y critica los argumentos utilizados para ofrecer una interpretación alternativa sobre las relaciones entre el Reglamento 650/2012 y los derechos civiles autonómicos españoles. Esto también sucede en la RDGSJyFP de 10 de agosto 2020, BOE núm. 257, de 28 de septiembre de 2020, respecto una escritura pública que contiene un pacto sucesorio con entrega de bienes y definición por donante italiano, al amparo del Derecho Civil de las Islas Baleares. El Centro Directivo desestima el recurso interpuesto por la Notaria de Ibiza y confirma la nota de calificación del registrador por la que se califica negativamente una escritura de pacto sucesorio con entrega de bienes por donante de nacionalidad italiana, a pesar de que se declara su residencia habitual en la isla de Ibiza y habiendo manifestado optar por la legislación balear en dicho pacto sucesorio. Véase el comentario a la misma en S. SÁNCHEZ LORENZO, *AEDIP*; t. XXI, 2021, pp. 660-663.

⁷⁷ ECLI:ES:APIB:2020:2608, resolución comentada por F. B. IRIARTE ÁNGEL, “Extranjeros y derechos forales: comentario a

celebrar pactos sucesorios según la normativa del Derecho civil balear, decisión que fue confirmada por la STSJ de las Islas Baleares número 1/2021, de 14 de mayo⁷⁸. Estos pronunciamientos recogen interesantes aportaciones, de forma que se asume la regla sobre remisión a un sistema plurilegislativo del art. 36.2 letra a) del Reglamento, sin la intermediación de las normas internas sobre conflicto de leyes españolas (art. 36.1 del texto europeo), para ratificar que procede la aplicación de la legislación mallorquina a la sucesión del extranjero. De ahí que la referencia a la residencia habitual en España del causante extranjero debe ser entendida a la unidad territorial donde residía habitualmente en el momento de otorgar la donación con pacto de definición⁷⁹. También se asevera que la mención de vecindad civil mallorquina de los ascendientes insertada en el art. 50 de la Compilación balear trata de cumplir una función meramente aclaratoria, por lo que entenderla como norma de carácter conflictual resulta superflua e irrelevante.

38. Al parecer, la cuestión controvertida no era ni debía ser la aplicación de la ley balear, sino que, en un primer lugar, los pactos sucesorios contemplados en el art. 72 y siguientes de la Compilación balear, en relación con el art. 50, exigían la concurrencia de la vecindad civil balear del donante/causante o ascendiente. Ante esta respuesta del Derecho material balear surge una segunda cuestión a despejar: ¿en qué medida tal exigencia quedaba autolimitada a supuestos puramente internos o, por el contrario, podría alcanzar a otros supuestos relativos a los pactos sucesorios de donantes o ascendientes extranjeros?

39. La respuesta la encontramos en la Ley 8/2022, de 11 de noviembre de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Islas Baleares⁸⁰, que regula estas transmisiones en vida con carácter sucesorio en Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera. Desde la entrada en vigor de esta reglamentación, se prescinde de la expresión «vecindad civil mallorquina» que atañe a los ascendientes y que aparecía en el art. 50 de la Compilación Balear. Por lo tanto, en estos momentos se permite a los extranjeros utilizar la donación con pacto de definición típica del derecho balear.

40. La Res. de la DGSJyFP de 20 de enero de 2022⁸¹ vuelve a discurrir sobre un asunto similar. El inconveniente aquí expuesto se plantea desde la aplicación del Derecho gallego a un pacto sucesorio de mejora por adjudicante de nacionalidad francesa y residente en Galicia, contrato incluido en el ámbito del art. 3.1.b) del Reglamento⁸². La respuesta es polémica, al denegar la inscripción del pacto al disponente extranjero, ya que el Derecho civil de Galicia solo es aplicable cuando se tiene la vecindad civil gallega, en virtud del art. 4 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia⁸³. La doctrina es crítica con esta interpretación, pues señala que dicho precepto continúa añadiendo “con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común”⁸⁴, legislación que nada dispone acerca de qué norma de entre todas las leyes ci-

la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 2020”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nº 2, (Octubre 2021), pp. 784-788.

⁷⁸ ECLI:ES:TSJBAL:2021:460.

⁷⁹ Al respecto de las dudas que pudieran surgir de esta controversia, véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición...”, *loc. cit.*, y el contraste imprescindible aportado por B. BIBILONI GUASP, “El pacto sucesorio de definición otorgado por extranjeros residentes en España (II) (El debate jurídico posterior a la resolución de 24 de mayo de 2019)”, en <https://www.notariosyregistradores.com>.

⁸⁰ BOE núm. 290, de 3 de diciembre de 2022, con entrada en vigor el 17 de enero de 2023.

⁸¹ BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2022. *Vid.* I. ESPINEIRA SOTO, “Pacto sucesorio gallego otorgado por extranjero residente en Galicia. Removiendo los obstáculos puestos por la Resolución de la DGSJyFP de 20 de enero de 2022, en <https://www.notariosyregistradores.com>; H. MOTA, “Sistemas plurilegislativos y aplicación del Reglamento Europeo de Sucesiones: A propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica Fe Pública de 20 de enero de 2022: Una visión desde Portugal”, *AEDIP*; T. XXIII, 2023, pp. 411-431.

⁸² En sede de pactos sucesorios, la interpretación del TJUE es especialmente relevante, donde se puso de manifiesto la importancia y la autonomía que el Reglamento concede a las disposiciones *mortis causa*, tal y como sucede en la STJUE 12 octubre 2017 (Asunto Kubicka, C-218/16), EU:C:2017:755. También constituye un hito de especial consideración la citada STJUE de 9 de septiembre de 2021 (Asunto C277/20, UM y HW UM) o la STJUE 21 junio 2018 (Asunto C-20/17, Oberle), ECLI:EU:C:2018:485.

⁸³ DOG núm. 124, de 29 de junio de 2006, BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

⁸⁴ *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, enero-marzo 2022, pp. 1-34. También en E. CASTELLANOS RUIZ, “La aplicación del Derecho foral sucesorio a los extranjeros: A vueltas...”, *loc. cit.*, pp. 262-274.

viles sucesorias que coexisten en España deberá aplicarse a la sucesión o a la disposición *mortis causa* de un extranjero residente en nuestro país. En todo caso, la resolución comentada aborda la transmisión del bien concreto y de presente, con el efecto de mejora al hijo si se dan los requisitos que establecen los arts. 214 a 218 de la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, por lo que no se justifica la sujeción al Derecho sucesorio gallego cuando uno de los adjudicantes es de nacionalidad francesa. Por consiguiente, ante la imposibilidad de ser aplicado el art. 16.1 Cc., se da entrada al art. 36.2 a) en relación con lo dispuesto en el art. 25.1 del Reglamento, recurso que suple deficiencias y lagunas de la normativa interna.

41. Por lo que se refiere a una eventual *professio iuris* realizada por extranjero a favor de un Derecho foral, a juicio de la DGSJyFP, el hecho de que el adjudicante haya realizado tal pacto puede significar una *professio iuris* tácita para el caso de que el adjudicante extranjero adquiriera en el futuro la nacionalidad española y la ostentara en el momento del fallecimiento. Y es que la *professio iuris* permite elegir, como ley aplicable a la sucesión o a un pacto sucesorio (arts. 22.1 y 25.3⁸⁵), la ley de la nacionalidad que se ostente al hacer la elección o al fallecer. En el caso que ocupa a la DGSJyFP, no existe una elección de ley aplicable al conjunto de la sucesión, ni tan siquiera se puede aplicar el art. 25.3 del Reglamento que permite el pacto de *lege utenda*⁸⁶, puesto que el adjudicante no tiene nacionalidad española ni vecindad civil gallega al tiempo de concluir el pacto. Asimismo, al referirse la disposición a un bien sucesorio concreto⁸⁷, el Centro Directivo entiende que tal elección de la ley aplicable sería una elección parcial, sin que sea posible ser admitida por vía del art. 22 del Reglamento, que requiere que sea una elección de la ley al conjunto de la sucesión⁸⁸. En todo caso, el Centro Directivo termina por no admitir la procedencia del otorgamiento de pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente⁸⁹. Este rechazo se ha argumentado en la existencia de una autolimitación de sus normas impuesta por el art. 4 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, lo que impide reconocer la eficacia sustancial de un pacto de mejora realizado por un adjudicante que no posea la vecindad civil gallega.

42. Según lo expuesto, al igual que sucedió en la citada STSJ de las Islas Baleares, de 14 de mayo de 2021, los tribunales terminarán avalando la aplicación del Derecho gallego a estos caracterís-

⁸⁵ El art. 25 del Reglamento distingue claramente entre la admisibilidad y validez material, además de los efectos vinculantes entre las partes. En el ámbito de la admisibilidad es donde se constatan desajustes entre el texto europeo y el sistema español de Derecho interregional. Para un estudio detallado de las implicaciones que se derivan del art. 25 del Reglamento 650/2012 en el plano internacional, *vid.* I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

⁸⁶ Es imprescindible para diferenciar el pacto de *lege utenda* o pacto de elección de ley aplicable al pacto, de la *professio iuris* o elección de ley aplicable al conjunto de la sucesión y delimitar la zona de confluencia de ambos. Como afirma I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios...*, *op. cit.*, p. 24-25, la relación entre la ley sucesoria y la ley rectora de la validez de la disposición *mortis causa* será una relación de distribución, en el sentido de que cada una de estas leyes –que puede ser la misma o pueden, potencialmente, ser distintas– regulará unos elementos determinados de la sucesión. Un testamento o un pacto sucesorio puede ser válido de acuerdo con su propia ley aplicable, aunque no sea válido para la ley rectora de la sucesión. Sin embargo, la ecuación inversa no se produce. Sobre el tema en general, A. BONOMI y M. STEINER (DIRS.), *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Ginebra, Droz, 2008.

⁸⁷ El otorgamiento de pacto sucesorio de mejora con entrega de bienes de presente en cuanto se transmite la propiedad de presente y su consecuencia sucesoria supone una *professio iuris* no expresa, sino tácita, pero parcial, que puede suponer la fragmentación de la sucesión, conforme a la reciente jurisprudencia europea.

⁸⁸ Tal y como hemos expuesto, el principio de unidad de la sucesión en caso de *professio iuris* es motivo de la sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2021 (Asunto C 277/20: «UM y HW»), que trataba de una *professio iuris* expresa en un contrato hipotéticamente sucesorio y en que no había duda de que tal elección solo se refería al alcance de dicho contrato. Sin embargo, según el prof. Sánchez Lorenzo, esta premisa no es tan evidente cuando de lo que se trata es de determinar la existencia de una *professio iuris* tácita. El pacto de mejora no contiene una elección expresa del Derecho gallego, sino que tal sujeción al Derecho gallego se infiere tácitamente de haber hecho uso de una institución característica del Derecho gallego. Cabe interpretar que los adjudicantes partieron de la base de la aplicación genérica del Derecho gallego dentro del español, no solo a tal pacto sino a la sucesión en su conjunto, a menos que alguna cláusula del pacto demuestre lo contrario.

⁸⁹ En rasgos generales, el presente expediente reproduce el mismo debate, aún con distintos matices, de la RDGSJyFP de 24 de mayo de 2019, *BOE* núm. 150, 24 de junio de 2019, revocada por STSJ de las Islas Baleares 1 de 14 de mayo de 2021; RDGSJyFP de 10 de agosto de 2020, *BOE* núm. 257, de 28 de septiembre de 2020, comentada por M^a. E. ZABALO ESCUDERO, “Pactos sucesorios de extranjeros residentes en España: la respuesta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su Resolución de 10 de agosto de 2020”, *Revista de Derecho aragonés*, núms. 26-27, 2020-2021, pp. 157-164.

ticos pactos sucesorios cuando sean realizados por extranjeros que, residiendo en Galicia, carecen de la vecindad civil gallega. De hecho, el Prof. Sánchez Lorenzo critica la interpretación de la DGSJyFP, ya que considera que, aunque la aplicación del Derecho civil gallego se haga depender de la vecindad civil gallega, no cabe deducir que la condición personal de gallego esté implícita como una condición sustancial o formal de un pacto sucesorio de mejora, no limitando su aplicación a los supuestos internacionales. En las sucesiones transfronterizas, la aplicación del Derecho gallego no encuentra su razón de ser en las reglas que regulan en España los conflictos de leyes internos, sino en una norma de conflicto de leyes internacional que, en último término, permite recurrir a las normas de conflictos de leyes internos en la medida en que sean operativas y las desplaza en otro caso (art. 36.2). Mantener la interpretación de la DGSJyFP implica un desequilibrio artificial entre los derechos forales y el Derecho común español, además de dañar el efecto útil del Reglamento europeo, que, salvo excepciones debidamente justificadas, estima que la justicia conflictual pasa por aplicar la ley de la residencia consolidada del causante, donde se suele ubicar su patrimonio y que representa su medio social de vida. De esta forma, el extranjero que vive en Galicia se podría acoger al Derecho gallego como si fuera gallego, a menos que las normas sobre conflictos de leyes en España establezcan un criterio diferente de proximidad que resultara aplicable.

43. Como observamos, los problemas se reproducen de manera más pronunciada en el ámbito de las sucesiones paccionadas, donde la doctrina de la Dirección General es compleja. La intersección del Derecho europeo con la normativa estatal de la vecindad civil debería ser uniformemente entendida, como corresponde a la correcta aplicación de los instrumentos europeos, sin que sea posible su análisis desde la exclusiva perspectiva autonómica. La única interpretación razonable, constitucional y respetuosa con los principios del Derecho europeo es la aplicación de un Derecho civil territorial a cualquier situación sucesoria en la que se vean involucrados los extranjeros⁹⁰.

44. Ante la carencia de normas internas que determinen cuál de los derechos civiles sucesorios que coexisten en el Estado español en los casos planteados, debe ser el Reglamento el que otorgue solución, acudiendo a la remisión directa del art. 36.2 para cuando es la ley española la aplicable a la sucesión de los extranjeros, bien como resultado de ser la que concierne a la última residencia habitual o bien como conexión de los vínculos más estrechos. No obstante, para el verdadero éxito del Derecho interregional español que resuelva los interrogantes planteados, el legislador español debe abordar su reforma⁹¹ y asumir una solución unitaria ante las sucesiones internacionales y las interregionales. En relación con la técnica legislativa, tal y como ya se viene proponiendo por gran parte de la doctrina española⁹², para conseguir un sistema eficaz y coherente se debería partir de la modificación del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil o, en su caso, de la adopción de una ley específica para la resolución de los conflictos internos de leyes. En el plano sustancial, la mejora podría ir en la línea de modificar los modos de adquisición o pérdida de la vecindad civil y de incorporar⁹³, adicionalmente, el principio de auto-

⁹⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Vecindad civil y Reglamento 650/2012 de sucesiones. Una polémica artificial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 104, 2022, p. 2.

⁹¹ La doctrina ha venido proponiendo la necesidad de reforma, como se puede comprobar, entre otros, L. GARAU JUANEDA, “La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria...”, *loc. cit.*, pp. 1-14; M^a. E. ZABALO ESCUDERO, “Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos”, *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012; M^a. ÁLVAREZ TORNÉ, “El tratamiento de los sistemas legislativos no unificados en los textos internacionales y de la UE: el caso del Reglamento en materia de sucesiones”, en C. PARRA RODRÍGUEZ (DIR.), *Nuevos Reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán* Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2012, pp. 291-324, en espec. pp. 318-319.

⁹² En tal sentido, *vid.* entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional: Claves para una reforma...”, *loc. cit.*, pp. 37-73; E. ZABALO ESCUDERO, “Los conflictos de leyes internos e internacionales: una perspectiva actual del panorama interregional español”, en N. CORNAGO, J.L DE CASTRO, L. MOURE PEÑIN, *Repensarla Unión Europea. Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía*. XXVII Jornadas Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 351; J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo...”, *loc. cit.*, p. 14, donde critica la defectuosa técnica del legislador estatal, que ha ido modificando de forma sesgada e inconexa el sistema interno de conflicto de leyes.

⁹³ *Vid.* A. FONT I SEGURA, “Derecho interregional, ¿quo vadis legislator?”, *Repensarla Unión Europea: gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía: XXVIII jornadas AEPDIRI*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 423-434, donde plantea que las posibles mejoras en la regulación de la vecindad civil, partiendo de sus modos de adquisición y pérdida la

mía de la voluntad conflictual en el sistema interno. Aun así, es necesario tomar conciencia de que esta opción deviene cada vez más compleja, al haber optado el legislador por la incorporación por referencia de ciertas normas europeas e internacionales para resolver algunos conflictos de leyes interregionales⁹⁴.

III. El contenido digital de los procesos sucesorios transfronterizos y los nuevos desafíos

1. La herencia digital y la respuesta del Derecho interregional español

45. La aparición y extensión de internet comporta que a la identidad tradicional de la persona se añada la digital, que va a coexistir durante la vida de aquella e, incluso, sobrevivirá a su fallecimiento. Por consiguiente, nos encontramos ante otra manifestación más de la persona que ha de protegerse con base al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del art. 18 de la CE⁹⁵.

46. Los riesgos y oportunidades que ofrece internet a la ciudadanía son evidentes, ya que se ha convertido en una realidad omnipresente, tanto en nuestra vida personal como en la colectiva. El uso frecuente de estos entornos digitales para desarrollar nuestras actividades a través de una o varias aplicaciones en internet origina una huella digital, creada por la propia actividad de la persona desarrollada en la red⁹⁶. Ésta se almacena en distintos servidores de proveedores de servicios digitales a través de la nube que, generalmente, se administran a través de cuentas protegidas con contraseña. De esta forma, mientras estamos vivos, la huella digital queda bajo nuestro control exclusivo y se interviene mediante el acceso personal proporcionado por el proveedor de servicios digitales. Este rastro va a quedar controlado por proveedores de servicios digitales a través de sus acuerdos, que forman parte de los términos del servicio y de las políticas que rigen la prestación, aunque la mayoría de ellos establecen, generalmente, el uso que se puede hacer con los registros creados por las actividades realizadas por los usuarios.

47. Al fallecer una persona, toda la información que hay sobre la misma en internet y en redes sociales permanecerá allí, salvo que los familiares o persona autorizada soliciten la eliminación o borrado de su huella digital y de todos sus datos. Todas las interacciones (desde el registro de un correo en una web, suscripciones, compras o ventas online u otro tipo de historial) quedan registrados y pueden ser rastreados, pues toda la información es almacenada en las bases de datos de las diferentes compañías. Por motivos aparentes, las legislaciones deberían facilitar el no perder el control de la huella digital del fallecido, porque la identidad digital sigue perviviendo en las redes sociales, blogs, chats y cuentas de correo que continúan operativos. Si embargo, si no se hace nada al respecto o si el causante no lo previó consecuentemente, los herederos u otros encuentran difícil administrar los archivos y otras cuestiones que componen la huella digital del fallecido⁹⁷. Para borrar estos movimientos, los herederos o personas designadas suelen solicitar a los buscadores y diferentes redes sociales que eliminen los datos, ejerciendo el derecho de supresión o al olvido⁹⁸. Incluso, pueden pedir que se abra un tipo de cuenta en redes

misma, es plantear una vecindad civil más estable y menos propensa a cambios imprevistos para favorecer una mayor autonomía de la voluntad.

⁹⁴ Más ampliamente, *vid.* S. GOYENCHE ECHEVERRÍA, “Sobre la oportunidad (y necesidad) de una reforma del sistema interno...”, *loc. cit.*, pp. 90-91 y 114. También S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional y Constitucional”, *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2022, nº 22

⁹⁵ J. M. MARTÍNEZ OTERO, “Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, nº. 106, pp. 119-148, en espec. p. 122; A. BATUECAS CALETRÍO, “El derecho a la identidad y la identidad digital”, *ADC*, tomo LXXV, 2022, fasc. III (julio-septiembre), pp. 923-986.

⁹⁶ R. DE ASÍS, “La identidad humana en la Sociedad digital: identidad e identificación digital”, en M. GONZÁLEZ-MENESES (coord.). *Los servicios de confianza en el medio electrónico y la identidad digital*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 248.

⁹⁷ Sobre la temática, *vid.* A. MERCHÁN MURILLO, “La sucesión digital internacional y el Reglamento sucesorio europeo 650/2012”, *AEDIPr*, t. XXI, 2021, pp. 327-357, en espec. p. 330.

⁹⁸ STJUE de 13 de mayo de 2014, en el Asunto C-131/12, sobre procedimiento entre Google Spain S.L, Google Inc/ la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=123131&doclang=ES>

sociales que funciona como un lugar de memoria para la persona fallecida, en la que amigos y familiares pueden dejar sus comentarios y recuerdos. De acuerdo con la política de la empresa, es posible convertir una cuenta en conmemorativa si una persona ha fallecido y existe una solicitud válida para tal fin. Todo ello compone el término de sucesión digital, además de las cuestiones patrimoniales o extrapatrimoniales en estos contextos virtuales.

48. Estos y otros ejemplos ocasionan que el Derecho sucesorio deba adaptarse al nuevo contexto digital. A medida que la tecnología digital se entrelaza con cada aspecto de nuestras vidas, la noción de herencia va evolucionando hasta abarcar una nueva dimensión: el patrimonio digital⁹⁹, ya que su transmisión trasciende las fronteras físicas y llega hasta el espacio cibernético. Indudablemente, aparecen una serie de desafíos para el legislador, como son los nuevos bienes intangibles, entre los que se encuentran los denominados activos digitales, datos personales y tipos emergentes de restos digitales. En todas estas áreas han surgido retos legales, como definirlos y clasificarlos¹⁰⁰; determinar quién tiene el derecho legal de acceder y administrar el patrimonio digital de una persona después de su muerte; garantizar la seguridad de los datos o proteger la dignidad y privacidad del fallecido durante la transferencia de datos a los titulares. En consecuencia, los ordenamientos jurídicos deben abordar el reconocimiento a la persona a ser titular de un derecho a la autonomía de decidir en vida cómo quiere que se gestione su memoria digital y pueda, por ejemplo, encomendar a un heredero o tercera persona la cancelación, mantenimiento o gestión de sus cuentas en red.

49. La Dra. Navas¹⁰¹ define el contenido digital al conjunto de bienes, derechos y obligaciones, esto es, de relaciones jurídicas del causante derivadas de su comportamiento online en vida, que no se extingan a su fallecimiento. Este comportamiento online puede tener múltiples modalidades, que sistematiza de la siguiente forma:

- a) Redes sociales: Facebook, WhatsApp, Instagram, etc.;
- b) Cuentas e-mail (Gmail, Hotmail o, entre otras, de otras instituciones);
- c) Cuentas para juegos u otras plataformas online (Second Life u otras);
- d) Cuentas para usar contenido online, como Kindle y Spotify;
- e) Almacenamiento de datos en la nube (como las que ofrecen Google, Amazon y Microsoft);
- f) Plataformas de la economía colaborativa (p.ej., Airbnb, Wallapop, eBay);
- g) Foros, blogs y chats en los que el causante haya participado;
- h) Relaciones jurídicas constituidas electrónicamente, pero cuya prestación se cumple en el mundo *off line*, como es el caso de las tiendas online;
- i) Banca online y los sistemas de pago virtuales.

50. Es cierto que todo este comportamiento *online* genera un entramado de relaciones jurídicas dimanantes de los contratos de uso celebrados con los diferentes sitios *web*, así como las derivadas de contratos celebrados con otros usuarios mediante sitios *web* o plataformas digitales. Algunas de estas relaciones jurídicas o modalidades serán transmisibles a los herederos y otras no, en función de su carácter personalísimo y según lo determine la ley o de lo que se haya acordado en las condiciones de uso del sitio *web*.

51. En el seno de dichas relaciones, el causante puede suministrar datos de toda clase y con un contenido específico, susceptibles de tener incluso un valor o una relevancia económica, plasmándose en un soporte físico o ser exigido digitalmente, a los que se denominan bienes digitales (*digital*

⁹⁹ Vid. más ampliamente T. CUCURULL POBLET, “Más allá de lo tangible: La herencia de los activos digitales”, *Revista Claves Jurídica*, núm. 13, enero-junio 2024, pp. 49-67

¹⁰⁰ Una propuesta de las categorizaciones de los recursos digitales se puede consultar R. DE ASÍS, “La identidad humana en la Sociedad digital: identidad e identificación...”, *loc. cit.*, p. 54.

¹⁰¹ Vid. S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado «testamento digital»”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2020, núm. 104, pp. 59 a 88.

assets)¹⁰². En esta modalidad entrarían bienes como las criptomonedas o las obras artísticas (literarias, musicales, audiovisuales, etc.), es decir, bienes que no tendrían relaciones jurídicas de carácter personal y pudiendo ser transmisibles a los herederos. Otras modalidades de bienes digitales tienen claramente un marcado carácter patrimonial (*bitcoins*, saldos positivos en *Paypal*, en *vinted* u otras plataformas...), pudiendo presentar problemas relacionados con la propiedad¹⁰³. Estas cuestiones heterogéneas plantean la problemática de la transmisibilidad *mortis causa* de los *digital assets*, cuestión condicionada en la mayoría de las ocasiones a la existencia de una relación obligatoria de carácter contractual que vincula a la empresa que facilita el producto o servicio (*Google, Facebook, Apple, Amazon*, etc.) y al sujeto que hace uso de esos servicios o adquiere esos productos, que normalmente se ha adherido a unas condiciones o términos que suele desconocer. En múltiples ocasiones, esos contratos o acuerdos de uso (típicamente gratuitos¹⁰⁴) impiden o limitan el acceso a la información almacenada en sus sistemas, imposibilitando o dificultando el conocimiento efectivo de potenciales contenidos patrimoniales que puedan integrar el caudal hereditario de la persona fallecida. En íntima conexión a esta cuestión se enlaza con la accesibilidad y la necesidad de conjugarla con la protección de derechos de la personalidad (derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones).

52. Los bienes o activos digitales que tienen valor personal y no económico, como son las fotos, mensajes privados o videos, entre otros, plantean la interrogante de su destino posterior al fallecimiento de su titular¹⁰⁵. La decisión de que estos sean susceptibles de transmisión *mortis causa* por las tradicionales normas del Derecho de sucesiones es polémica, máxime si se tiene en cuenta que para el acceso a los bienes de carácter patrimonial también es imprescindible contar con el acceso a bienes de carácter personal, tales como cuentas y contraseñas que lo permitan. No obstante, el destino de los datos digitales de los fallecidos se encuentra principalmente en manos de empresas tecnológicas, que dictan el régimen aplicable a través de sus términos y condiciones. Algunas de ellas están ubicadas en el extranjero, lo que genera trámites burocráticos costosos, al exigir traducciones de los certificados de herederos y de defunción para los pertinentes permisos de acceso a la huella digital o datos del fallecido. Además, la limitación o prohibición a su acceso instaurada contractualmente por los proveedores de servicios puede chocar con los fundamentos tradicionales del Derecho de sucesiones¹⁰⁶, ya que se cuestionaría la universalidad del fenómeno sucesorio o los propios principios en los que se asienta cada sistema¹⁰⁷. Por consiguiente, desde el punto de vista digital, se abre unas interrogantes tras el fallecimiento de la persona a la hora de garantizar la autonomía de la voluntad en cuanto a las decisiones que afectan a su huella digital –cancelación, gestión o conservación de sus cuentas–.

53. En la actualidad se debate entre la conciliación de los bienes digitales patrimoniales que son susceptibles de transmisión *mortis causa* como parte de la herencia y el respeto y protección de los bienes digitales de carácter personal que encuentran un ámbito de protección normativa en el concepto del dato personal. En consecuencia, cuando se habla de “contenidos digitales” en términos generales, es posible detectar una vertiente personal (datos personales, intimidad) y una vertiente patrimonial (los

¹⁰² Los bienes, recursos o activos digitales más utilizados en marketing incluyen imágenes, vídeos, archivos de audio, activos de redes sociales, activos de la página web, material de marketing y ventas.

¹⁰³ L. EDWARDS y E. HARBINJA, “What happens to my Facebook profile when I die? Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death”, CREATE Working Paper, 5, 2013, pp. 1-25.

¹⁰⁴ Puede que la gratuidad sea más aparente que real, pues siempre existe una contraprestación por parte del usuario, consistente en la cesión de ciertos datos al proveedor de servicios de internet, *vid.* M. J. SANTOS MORÓN, “La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, nº 1, (marzo 2018), p. 416 y la doctrina citada.

¹⁰⁵ A. CERRILLO I MARTINEZ, “How do we provide the digital footprint with eternal rest? Some criteria for legislation regulating digital wills”, *Computer Law & Security Review*, vol. 34, nº 5, 2018, pp. 1119-1130.

¹⁰⁶ Recordemos que el Derecho de sucesiones, por lo que se refiere al derecho civil común, todavía sigue «las líneas maestras y los principios generales que inspiraron al legislador decimonónico para la redacción del Código civil», tal y como nos recuerda F. J. OLMEDO CASTAÑEDA, “Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su *ratio legis*. Propuesta para su admisibilidad”, *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. II, p. 448.

¹⁰⁷ M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales» ...”, *loc. cit.*, p. 94, nota 17.

datos, personales y no personales, además de todo tipo de “activos digitales” que pueden tener un alto valor de mercado)¹⁰⁸.

54. Como expone un sector de la doctrina, aunque exista una variedad de elementos digitales, la característica principal que deben poseer para poder hablar de las denominadas herencias digitales es que puedan ser susceptibles de ser heredados¹⁰⁹. Desde nuestra perspectiva, si los activos digitales se califican como patrimoniales, estos deben formar parte de la herencia. No obstante, cuando los bienes digitales son extrapatrimoniales, como son los datos alojados en las plataformas o webs, deberían ser ordenados por el causante en un modo testamentario para no tener problemas después de su fallecimiento con el acceso y las instrucciones al respecto.

55. Ante estos retos digitales, algunos ordenamientos jurídicos han regulado las cuestiones sucesorias en el marco virtual. Sin embargo, sigue muy extendida la afirmación de que la herencia, sea analógica o digital, es exactamente la misma, ya que se sigue considerando que, tras la muerte del titular, el dato personal extingue todos los posibles derechos de aquél¹¹⁰.

56. Para conocer el estado actual de la cuestión, vamos a realizar un somero recorrido sobre la regulación de la herencia y las cuestiones digitales realizadas por los organismos internacionales y algunos sistemas legales¹¹¹. En este sector deben coexistir el sistema tradicional de fuentes del derecho sucesorio con las diversas iniciativas e instrumentos de *soft law* del ámbito digital:

57. En el Instituto Europeo de Derecho (*European Law Institute*, ELI), surge el proyecto para la adopción de las Reglas Modelo sobre Sucesión de Activos Digitales, Datos y otros Restos Digitales¹¹². El principal resultado que pretenden estas reglas es influir en la legislación europea sobre la definición, alcance, derechos y acceso a los activos y datos digitales de una persona fallecida. Esta propuesta ayudará a definirlos y distinguirlos a efecto de su heredabilidad y transmisión, así como examinar las normas existentes sobre ley aplicable, jurisdicción, protección de datos y otras áreas relevantes del derecho. Estas disposiciones podrían prevalecer sobre el acuerdo contractual entre los proveedores de servicios y el fallecido, consiguiendo la armonización de las normas de protección de datos en este ámbito sucesorio.

58. En septiembre de 2023 se publicaron los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado¹¹³, que va a constituir un novedoso instrumento armonizador en el sector y lograr más seguridad jurídica. No obstante, en su ámbito de aplicación, se mencionan ciertas exclusiones, como la herencia y los activos digitales. También han sido excluidos de la Propuesta Proyecto conjunto HCCH-Unidroit sobre ley aplicable a las tenencias y transferencias transfronterizas de activos digitales y Tokens aprobado el 3 de enero de 2023¹¹⁴, texto que examina la conveniencia de desarrollar ciertas orientaciones coordinadas y la viabilidad de un marco normativo dedicado a la ley aplicable de dichos aspectos para cubrir los aspectos más relevantes en situaciones privadas transfronterizas.

¹⁰⁸ S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación”, *loc. cit.*

¹⁰⁹ S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos de personas fallecidas...”, *loc. cit.*, pp. 59 a 88.

¹¹⁰ Vid. J. ORDELIN FONT y S. ORO BOFF, “Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español”, *Revista de Derecho de Valdivia*, 2020, vol. 33, en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502020000100119&script=sci_arttext&tlng=n, donde se refleja la normativa de México y la de Brasil.

¹¹¹ Para conocer más sobre el derecho sucesorio y los temas patrimoniales digitales, *vid.* M. TERLETSKA, *La sucesión de activos digitales en la UE, tesis doctoral de la Universidad de Tallin*, noviembre 2022, DOI: 10.13140/RG.2.2.22149.01764.

¹¹² Vid. <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/eli-succession-of-digital-assets-data-and-other-digital-remains/>.

¹¹³ Unidroit Principles on digital assets and private law, publicados en septiembre 2023, accesibles en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/09/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law.pdf> Más sobre el tema M. CAVALLER VERGÉS, “En busca de un marco legal para los activos digitales. Los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, nº 1, (Marzo 2024), pp. 113-130; B. S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Los principios de Unidroit sobre activos digitales: entre el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 283-325.

¹¹⁴ En <https://assets.hcch.net/docs/a91fd233-acf7-4c42-9aad-a426c4565068.pdf>

59. Asimismo, se vislumbra la regulación de estas cuestiones en algunos ordenamientos jurídicos. En cuanto a las respuestas legislativas conocidas, cabe destacar las de Estados Unidos, Francia, España y Cataluña.

60. En Estados Unidos, la *Uniform Law Commission* publicó una ley modelo el 16 de julio de 2014¹¹⁵, modificada en 2015 y que atiende al nombre de “*Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*” o Ley Uniforme Revisada de Acceso Fiduciario a Bienes/Activos Digitales, en vigor en prácticamente todos los Estados norteamericanos¹¹⁶. Estas normas permiten al llamado “fiduciario” del causante gestionar bienes digitales como archivos informáticos, nombres de dominio, dinero virtual, etc., pero restringen su acceso a comunicaciones electrónicas como correos electrónicos, mensajes de texto y cuentas en redes sociales, salvo que el usuario original le hubiese autorizado en un testamento, trust, poder u otro archivo (en cuyo caso solo podrán acceder a la lista de mensajes enviados y recibidos, es decir, el llamado catálogo de las comunicaciones que incluye el correo del interlocutor, pero no el contenido de los correos). De hecho, el *European Law Institute* comenzó a trabajar en una propuesta de Directiva inspirada en esta normativa estadounidense, aunque finalmente se descartó dicho modelo¹¹⁷.

61. En el ámbito de las legislaciones materiales europeas, la Ley francesa nº 2016-1321 por una República Digital¹¹⁸ ha sido de las primeras en regular este sector, aunque el derecho a una muerte digital (“*mort numérique*”) acota solo a los datos personales. En esta regulación, el usuario puede nombrar persona de su confianza para la “conservación, eliminación y comunicación” de esta huella digital. A falta de esa persona, los herederos tendrán derecho a conocer las directrices y solicitar su ejecución. De no existir las instrucciones, los herederos contarán con medidas necesarias para organizar la sucesión digital.

62. En nuestro país, Cataluña fue la que aprobó, en primer lugar, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales, por la que se modificaron los Libros II y IV del Código Civil de Cataluña y que reguló la forma de administrar el entorno digital después de la muerte, así como en los casos de minoría de edad o capacidad judicialmente modificada. No obstante, los preceptos relativos al documento de voluntades digitales que habrían de inscribirse en un nuevo Registro electrónico para tal fin han sido anulados por el TC¹¹⁹. Posteriormente, el legislador estatal aprobó la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales¹²⁰. Ambas legislaciones de nuestro Derecho interno pueden generar posibles desajustes a la hora de determinar el contenido digital de la herencia transnacional que se suscita en España y que, a continuación, expondremos.

¹¹⁵ Vid. <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets>

¹¹⁶ P. MARTÍNEZ ESPÍN, “El acceso de los fiduciarios mortis causa (y otros) a los activos digitales de sujetos fallecidos o incapacitados. nota a la ley modelo americana sobre acceso de los fiduciarios a los activos digitales (UFADAA)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2015, núm. 15, págs. 7-24, en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

¹¹⁷ Tal y como expone S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación”, Conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019, en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/academia-matritense-del-notariado/9279-la-sucesion-mortis-causa-en-el-patrimonio-digital-una-aproximacion> (consultado el 25 de abril de 2024).

¹¹⁸ Loi nº 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (JORF nº0235, 8 octobre 2016), telle que modifiée jusqu’au 22 juin 2018. Citada en J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXXI-II, abril 2018, pp. 417-440.

¹¹⁹ Mediante STC 7/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39, 14 de febrero de 2019) y por razones competenciales sobre ordenación de los registros públicos de derecho privado. Por tanto, se produce la nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la ordenación de voluntades digitales en ausencia de disposiciones de última voluntad, designación de persona encargada de ejecutar las últimas voluntades, registro electrónico de voluntades digitales y mediación para resolver las discrepancias surgidas en aplicación de la ley.

¹²⁰ BOE núm. 294, de 06 de diciembre de 2018. Sobre dicha normativa, vid. J. ORDELIN FONT y S. ORO BOFF, “Bienes digitales personales y sucesión mortis causa...”, *loc. cit.*

2. Cuestiones digitales sucesorias en contextos transfronterizos y soluciones del derecho interregional español

63. La peculiaridad plurilegislativa que presenta el Derecho español en el ámbito civil, consagrada en el art. 149.1 en su regla 8ª de la CE, viene arrojando una multiplicidad de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, (ir)resueltos a través de un cuerpo de sentencias del Tribunal Constitucional. El propio intérprete constitucional ha contribuido decisivamente a crecimientos normativos asimétricos de las distintas legislaciones civiles autonómicas¹²¹, lo que ha favorecido a desdibujar las respuestas en Derecho sucesorio para asuntos transfronterizos.

64. El carácter plurilegislativo de nuestro ordenamiento nos lleva a exponer el tratamiento del fenómeno digital de la sucesión previsto en la LOPD y en la normativa autonómica catalana reformada por la Ley 10/2017¹²². Por ende, los desafíos de la sucesión digital requieren de una atención específica, a la que le unimos la casuística del elemento transfronterizo e interregional.

65. Como hemos apuntado, a la apertura de una herencia de un extranjero en España se le podrá aplicar el derecho del foro por coincidir con el último lugar del causante o por ser la ley que presenta la conexión de los vínculos más estrechos o, incluso, por la acción del reenvío en los términos del art. 34 del Reglamento 650/2012. Tal y como hemos analizado, la respuesta ofrecida por el Derecho interregional no resulta operativa en dichas situaciones, al carecer el extranjero de la vecindad civil de alguna de las unidades territoriales que integran nuestro sistema y aunque su deseo sea el que se le aplique un Derecho civil foral especial. Esto ocasiona respuestas jurisprudenciales¹²³ y de la DGSPyFP¹²⁴, soluciones que suelen dirigirse a la aplicación del art. 36.2 del Reglamento 650/2012¹²⁵. De ahí que la referencia a la residencia habitual en España del causante extranjero deba ser entendida a la unidad territorial donde residía habitualmente. Por consiguiente, en el supuesto de que el fallecido hubiera residido en Cataluña en el momento de fallecimiento, será la Ley 10/2017 de voluntades digitales la aplicable a dichos aspectos virtuales de la herencia, en línea con los pronunciamientos descritos de la DGSJyFP.

66. Ahora bien, si el causante es español y hubiera realizado una elección expresa o tácita¹²⁶ del derecho aplicable, será aplicable a su herencia digital la legislación correspondiente a su vecindad civil coincidente con el momento de la elección o la del momento del fallecimiento, en función de la tomada como referencia a la hora de ejercitar la *professio iuris*, tal y como venimos argumentando en este trabajo. En consecuencia, la Ley 10/2017 de voluntades digitales regirá la sucesión digital del fallecido hubiera tenido la vecindad civil catalana. Por el contrario, si no tuviera dicha vecindad, pudiendo tener otra distinta (gallega, aragonesa, vasca, balear...) regirá la LOPD (derecho civil común), ya que, hasta la fecha, las legislaciones forales o especiales no han regulado los aspectos digitales de la sucesión.

67. Las respuestas que encontremos en ambas legislaciones internas deben tener en cuenta varias cuestiones variopintas que afectaran al ámbito de las sucesorias digitales, apreciando algunas diferencias y matizaciones entre la LOPD y la Ley catalana 10/2017 de voluntades digitales, como a continuación expøndremos:

¹²¹ Muestra el análisis realizado por M.ª P. GARCÍA RUBIO, "Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho civil*, vol. IV, (julio-septiembre 2017), núm. 3, pp. 1-33.

¹²² Sobre el tema, M. OTERO CRESPO, "La sucesión en los «bienes digitales»...", *loc. cit.*, pp. 89-133.

¹²³ Tal y como hizo la STSJ de las Islas Baleares, de 14 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TSJBAL:2021:406).

¹²⁴ Entre otras, RDGRN/DGSJyFP 29 de julio de 2015, *BOE* núm. 234, 30 de septiembre de 2015.

¹²⁵ *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho interregional y Constitucional", *Revista jurídica de les Illes Balears*, 2022, nº 22.

¹²⁶ Cabe apreciar la elección tácita de la ley aplicable cuando el testador hace referencia en su testamento a disposiciones concretas o a instituciones propias de un ordenamiento jurídico-civil específico. Esta posibilidad encuentra su apoyo en el Considerando 39 del Reglamento 650/2012, pues la elección implícita se vincula a la referencia o mención explícita en la disposición *mortis causa*, ya sea genéricamente a una ley, o bien a determinadas disposiciones específicas, sin que exista una elección expresa de la ley aplicable.

68. En primer lugar, nos planteamos si es el testamento es el único documento público para recoger el contenido digital de una sucesión con componente transfronterizo planteado en España o, en su caso, si existen otros medios más idóneos¹²⁷. Por una parte, si se aplica a dicha sucesión el derecho civil común, comprobamos que los arts. 3 y 96 LOPD incorporan a nuestro ordenamiento jurídico la regulación del testamento digital, entendido como el documento de últimas voluntades que permite dejar instrucciones sobre el destino de los contenidos digitales en caso de fallecimiento¹²⁸. El derecho al testamento digital consagrado en el art. 96 de LOPD no puede ser entendido como la figura del testamento en su concepción tradicional¹²⁹, sino que es la posibilidad de disponer de bienes digitales a raíz del fallecimiento de su titular, aunque no se establezca la distinción entre ellos. Y es que en nuestro ordenamiento no existe ni el “testamento online” ni el “testamento digital”, pese a tal designación del art. 96 de la LOPD. De hecho, los testamentos notariales o los ológrafos no pueden hacerse enteramente *online* ni en soportes informáticos o de tipo audiovisual, ya que encontrarían el inconveniente de superar las formalidades establecidas en el art. 687 Cc. En realidad, al apelar al “testamento digital” se hace referencia al contenido, a la materia de la que se dispone en la herencia, pero no a que el instrumento sucesorio sea electrónico¹³⁰. Salvo en orden a su destino o sucesión, no se le debería dar un trato diferenciado al formato digital de determinados contenidos en archivos o su ubicación (fotos, canciones, cartas o contenidos en Dropbox)¹³¹, ya que no los distingue de otras cosas (*rectius* de los soportes físicos en los que se contiene: papel, discos...). Tampoco encontramos una respuesta global para estas cuestiones particulares digitales de la herencia en las plataformas o redes sociales en la que se almacenan estos archivos, pues cada una de ellas establecen en sus propios términos y condiciones o si es o no transmisible el derecho de uso de estos servicios¹³². Se desprende, por tanto, que lo correcto sería designar a estos aspectos digitales de la herencia como contenido o activo digital de la sucesión¹³³.

69. En cualquier caso, lo importante es determinar que si el testamento u otro documento sucesorio será el medio idóneo para consignar el destino del patrimonio digital transmisible o de la gestión de la defensa de la personalidad pretérita. Particularmente, en cuanto a esta segunda vertiente, el ordenamiento per-

¹²⁷ La regulación estatal española difiere de la que se realiza en el § 2.27 de la ley de 2015 estadounidense (*Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*), que utiliza el término *will* incluye al codicilo, instrumento testamentario que solo designa a un ejecutor y también al que lo revoca o revisa. Incluso, se establece un sistema de prioridad en relación con los instrumentos por los que se puede realizar actos de disposición del activo digital. Cfr: J. ORDELIN FONT y S. ORO BOFF, “Bienes digitales personales y sucesión mortis causa...”, *loc. cit.*

¹²⁸ El art. 96 de la LOPD no define cuáles son esos contenidos digitales, en principio distintos de los datos personales ya disciplinados en su art. 3. Sobre el tema, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación”, Conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019, en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/academia-matritense-del-notariado/9279-la-sucesion-mortis-causa-en-el-patrimonio-digital-una-aproximacion> (consultado el 25 de abril de 2024).

¹²⁹ La magistrada Encarna Roca Trías, miembro del Tribunal Constitucional español, precisó que, si bien a este tipo de documentos se les da el nombre de “testamento digital”, en rigor no son testamentos. Véase el voto particular de la magistrada Encarna Roca Trías en la Sentencia del Tribunal constitucional 7/2019, de 17 de enero de 2019, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 4751/ 2017, BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

¹³⁰ No obstante, para futuro debate, merece atención la puerta que abrió la reforma del artículo 65.5 LNot. por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 (DF 11ª-1) respecto a los testamentos orales en peligro de muerte (el antecedente de la curiosa STS 4 de noviembre de 2009, sobre el enfermo que ante cinco testigos se remitió al borrador informático de testamento custodiado por un oficial de notaría, pudo influir en la solución adoptada): según este precepto, de cara a la adveración y protocolización de estos testamentos, “si la última voluntad se hubiere consignado en (...) soporte magnético o digital duradero, en el acto de otorgamiento se tendrá como testamento lo que de ella resulte siempre que todos los testigos estén conformes en su autenticidad”. Este precepto, acotado al caso excepcional que regula (peligro de muerte, imposible intervención del notario, percepción simultánea de los testigos, etc.), no ha habilitado la posibilidad de auténticos testamentos en soporte digital al alcance de cualquiera en cualquier situación.

¹³¹ En este sentido, *vid.* J. SOLÉ RESINA, “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 410-440, en espec. p. 421 y nota 5.

¹³² S. VALERO BARCELÓ, “Testamento digital – Digital will [online]. Juristas con Futuro. 30/12/2015”, en <https://www.juristasconfuturo.com/fotografias-juridicas/testamento-digital-digital-will/>

¹³³ El testamento realizado exclusivamente online es nulo (art. 687 Cc.), por lo que la disposición sucesoria del patrimonio digital tiene que realizarse en testamento notarial —en cualquiera de sus modalidades— como único instrumento válido para disponer *mortis causa* de todo el patrimonio.

mite al causante dar las oportunas órdenes a través de cauces más informales, mediante testamento u otras instrucciones documentalmente probadas, según los arts. 3 y 96 LOPD. Para ello será preciso transferir o revelar al ejecutor, sucesor o persona de confianza las claves o contraseñas para acceder a las cuentas oportunas (bancarias, redes sociales, servicios suscritos, repositorios como Dropbox, correo electrónico, acceso al ordenador). Esta interrelación entre el testamento u otros instrumentos de designación de personas de confianza legitimadas para cumplir la voluntad del difunto sobre sus datos personales en el ámbito digital plantea conflictos. La LOPD no da preferencia al testamento y alude a unos mandatos o instrucciones *post mortem* (contra el art. 1.732 CC), además menciona la figura del albacea testamentario solo en el art. 96, pero no en el paralelo art. 3 de la LOPD. Tendremos que esperar al futuro Real Decreto de desarrollo que establecerá el orden de prioridad de estos instrumentos y su relación con el resto de las disposiciones, como es la posibilidad de acreditar la validez y vigencia de esos mandatos e instrucciones y su registro.

70. Por otra parte, si al contenido digital de la sucesión transfronteriza se le aplica la legislación catalana, el apartado 3 del art. 411-10 CcCat. da prioridad al testamento frente a otros instrumentos para disponer de esta parte de la herencia, como es el codicilo o las memorias testamentarias. A pesar de que el legislador catalán estableció una vía más práctica para que el causante otorgara documentos digitales, debiendo quedar inscritos en un Registro electrónico a tal efecto¹³⁴, esta articulación ha sido declarada nula por el TC¹³⁵. Por tanto, siguen siendo los documentos sucesorios clásicos del derecho catalán los que pueden utilizarse para la adopción de instrucciones relativas a las cuestiones digitales de la herencia (testamento, codicilo o memorias testamentarias).

71. De momento, tanto la legislación civil común como en derecho catalán apuestan por el testamento notarial como el instrumento más idóneo para disponer del patrimonio digital. Desde la visión notarial, también se apunta por la vía testamentaria como la más apta en función de: a) la flexibilidad de su contenido, que puede abarcar disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales; b) la garantía de la identidad y capacidad del otorgante, que comporta si la identidad puede resolverse con la firma electrónica (y el control material, formal y de legalidad del documento también pueden hacerse a distancia), la fe de capacidad requiere verificación personal del notario que comprobará la plena capacidad y libertad del compareciente; c) si se extingue la personalidad, el testamento es el único medio legal para nombrar auténtico albacea o heredero, con plena legitimación frente a terceros¹³⁶.

72. La segunda de las cuestiones prácticas que afectan a la aplicación de las soluciones del derecho civil común o del derecho foral es la relativa a las personas legitimadas en el acceso a los datos digitales del fallecido. En primer lugar, si hubiera que tener presente la LOPD, los arts. 3 y 96 de este texto concretan quienes están legitimados para acceder, rectificar o suprimir los datos de la persona fallecida, aunque no aclaran los contenidos digitales que podrán ser gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información (tales como archivos digitales, creaciones originales, cuentas bancarias, perfiles en redes sociales, claves y contraseñas)¹³⁷. Esta regulación parte de la idea de que fallecido es el

¹³⁴ Este documento podría contener disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas (art. 6 de la Ley 10/2017 añadió un art. al art. 411-10.1 del CcCat.).

¹³⁵ Mediante STC 7/2019, de 17 de enero (BOE núm. 39, 14 de febrero de 2019), se declaran nulos los preceptos autonómicos relativos a la ordenación de voluntades digitales en ausencia de disposiciones de última voluntad, designación de persona encargada de ejecutar las últimas voluntades, registro electrónico de voluntades digitales y mediación para resolver las discrepancias surgidas en aplicación de la ley.

¹³⁶ S. CÁMARA LAPUENTE, "La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación", Conferencia dictada en el colegio notarial de Madrid, salón académico, el 24 de enero de 2019, en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/academia-matritense-del-notariado/9279-la-sucesion-mortis-causa-en-el-patrimonio-digital-una-aproximacion> (consultado el 26 de abril de 2024).

¹³⁷ A. I. BERROCAL LANZAROT, "Disposición mortis causa de los datos digitales. El llamado «testamento digital»", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 783, pp. 570 a 609; F. RAMÓN FERNÁNDEZ, "Última voluntad digital, testamento digital, heredero digital: el mundo virtual de la transmisión hereditaria en el Derecho Español", *Revista de Privacidad y Derecho Digital (Online)*, 2019, nº. 14, pp. 77-121. <http://hdl.handle.net/10251/134314>

titular de derechos personalísimos y no procede una sucesión *mortis causa* propiamente dicha, sino una protección *post mortem* de la personalidad pretérita¹³⁸. Para el acceso de los datos referidos, la LOPD permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido. Al margen de los sujetos citados en los apartados anteriores, podrán solicitar acceso a los contenidos tanto el albacea testamentario como la institución a la que el finado hubiese designado el cumplimiento de instrucciones (*cf.* art. 96.1.b. LOPD)¹³⁹. Salvo que el causante lo haya prohibido expresamente (último párrafo del art. 96.1.a. LOPD), tanto el heredero, como el albacea, como cualquier persona vinculada al fallecido por razones familiares o de hecho, indistintamente, tienen derecho a acceder a los contenidos, como los datos personales derivados de los servicios prestados de la sociedad de la información e impartir a los prestadores de dichos servicios las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Y la excepción de la excepción: la prohibición mencionada no afectará al derecho de acceso de los herederos cuando los contenidos puedan formar parte del caudal relicto (último párrafo del art. 96.1.a. LOPD).

73. Comprobamos que el régimen del art. 96 LOPD parte de la regla general del acceso a los datos digitales¹⁴⁰, solo excepcionada por la prohibición expresa del causante (o de la ley). En este sentido, la Prof. Navas¹⁴¹ remarca que, si el causante no establece claramente lo contrario, la ley legitima a cualquier persona vinculada a él, no sólo para acceder a los servicios *online* de los que era usuario el causante (por ejemplo, a la banca *online*), sino también para decidir sobre unas relaciones jurídicas y sobre el destino de unos bienes cuya titularidad quizás no le corresponda. Esto puede que entrar en conflicto con el derecho de sucesiones y con los derechos del titular de tales bienes (el heredero o incluso el legatario a quien el causante se los haya atribuido). Este problema puede evitarse mediante una disposición testamentaria en la que el causante designe al heredero o herederos como encargados de gestionar sus cuentas online (lo que incluye el acceso a las mismas, las decisiones sobre su supresión y la disposición de su contenido), prohibiendo expresamente a cualquier otra persona el acceso y la gestión de dichas cuentas. No obstante, la disposición a tal efecto no va a salvar los obstáculos surgidos de las condiciones de uso de ciertos sitios web o plataformas tecnológicas, ya que en muchos casos no disponen del cierre de la cuenta en caso de fallecimiento de su titular u otro tipo de cuestiones vinculadas con el carácter intransferible de los derechos y obligaciones¹⁴². Puede que en el futuro desarrollo de un Real Decreto de esta Ley se reflejen de cuantos requisitos y condiciones se vayan a exigir para la acreditación y vigencia de los mandatos e instrucciones de los fallecidos, así como para el registro de estos, tanto en territorio de derecho común como foral o especial¹⁴³.

74. El art. 96.4 LOPD recuerda de una manera extraña que “lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial,

¹³⁸ En este sentido, el Reglamento UE 2016/679, General de Protección de Datos de 27 de abril de 2016, a pesar de que no se aplica a la protección de datos de las personas fallecidas, los Estados miembros pueden establecer normas sobre esta materia (considerando 27), tal y como ha hecho España al respecto.

¹³⁹ Además, según el art. 3.3 LOPD: “si los fallecidos son menores de edad, las facultades citadas se predicán de representantes legales o el Ministerio Fiscal, quien podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. En los supuestos de fallecidos con discapacidad, las facultades de que hablamos se ejercerán, además de por los citados para el caso de menores, por quienes hayan sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo”.

¹⁴⁰ Todas las personas a las que hemos aludido podrán decidir sobre el mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de las personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, acceder, rectificar o suprimir los datos personales o contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información, incluso dar instrucciones sobre su utilización o destino, etc.

¹⁴¹ Vid. S. NAVAS NAVARRO, “Herencia y protección de datos de personas fallecidas...”, *loc. cit.*, pp. 59 a 88.

¹⁴² Vid. V. ESQUIROL JIMÉNEZ, “¿Por qué los testamentos deberían incluir una cláusula sobre el contenido digital de la herencia?”, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamentos-clausula-sobre-contenido-digital-herencia/>, donde describe varios ejemplos de estas dificultades y la posible nulidad de dichas instrucciones de ciertas web o plataformas digitales.

¹⁴³ M. D. PÉREZ RODRÍGUEZ (COORD.) (2019), *Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre)*, Málaga, Editorial ICB, 2019, pp. 187 y ss., en <https://elibro.net/es/reader/ugr/227242?page=187>.

propio se registrará por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”¹⁴⁴. En realidad, este precepto parece una intromisión a las cuestiones que se pueden suscitar desde el Derecho interregional. Desde nuestro punto de vista, entendemos que para la determinación del Derecho común o autonómico aplicable al ámbito digital de la herencia debe seguirse el criterio de la vecindad civil del causante o los de atribución correspondientes expuestos por la jurisprudencia o la doctrina de la DGSJyFP, resultando irrelevante su lugar de fallecimiento¹⁴⁵.

75. En segundo lugar, si fuese aplicable el Derecho catalán a los aspectos digitales de una herencia transfronteriza, debemos tener presente que la Ley 10/2017 añadió un segundo párrafo al art. 421-2.2 CcCat, según el cual: “El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona”. En este sentido, el art. 421-24 CcCat, sobre la designación de la persona encargada de ejecutar las voluntades digitales del causante, podrá ser una persona física o jurídica la encargada de ejecutar las voluntades digitales. Asimismo, el legislador catalán ha previsto que la ejecución de las voluntades digitales del causante se pueda configurar como un modo impuesto al heredero o al legatario, o a sus sustitutos (art. 428-1.1, al final, CcCat). Por tanto, las personas podrán manifestar sus voluntades digitales e irán dirigidas al heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para la ejecución de las instrucciones o actuación ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte. Ahora bien, si el causante no ha expresado sus voluntades digitales (no ha designado específicamente un “albacea digital”), el heredero o el albacea universal, si lo hubiera, podrán ejecutar las actuaciones enumeradas en el art. 411-10.2 CcCat de acuerdo con los contratos que causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o conforme a las políticas que estos prestadores tengan en vigor” (art. 411-10.5 CcCat)¹⁴⁶, salvo que el causante lo hubiera prohibido expresamente¹⁴⁷. No obstante, cuando el causante no lo ha establecido en sus voluntades digitales y la persona a quien corresponde ejecutarlas no pudiera tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, deberá obtener la correspondiente autorización judicial (art. 411-10.6 CcCat.). En consecuencia, según las características digitales de estos archivos, convendría tener actualizadas las instrucciones en el testamento o los documentos a tal efecto, atendiendo a la continua modificación del patrimonio digital y a la frecuencia con la que se varía las claves y contraseñas.

76. Hemos analizado que la LOPD contiene un número amplísimo de personas legitimadas para acceso a datos personales y contenidos digitales del causante, sin ningún tipo de prelación u orden entre ellas (salvo prohibiciones expresas del finado)¹⁴⁸. El Derecho comparado muestra que no cualquier persona con algún vínculo familiar o de hecho con el de *cuius* debería tener acceso a sus contenidos digitales¹⁴⁹. Por su parte, la Ley catalana 10/2017 de voluntades digitales ha abordado soluciones más

¹⁴⁴ La profesora Otero Crespo llama la atención que este precepto tenga en cuenta exclusivamente el lugar del fallecimiento a efectos de que pueda resultar aplicable un determinado derecho civil autonómico. Al respecto, *vid.* M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales» ...”, *loc. cit.*, 2019, pp. 124-125.

¹⁴⁵ Sobre este aspecto controvertido, *vid.* M. OTERO CRESPO, “La sucesión en los «bienes digitales» ...”, *loc. cit.*, 2019, pp. 124-125; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión mortis causa en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC-Pleno-de 17 de enero de 2019”, *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil*, nº 110, 2019 mayo-agosto, pp. 317-334, en espec. p. 334.

¹⁴⁶ M. E. GINEBRA MOLINS. “Voluntades digitales en caso de muerte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, (Marzo 2020), pp. 908-929, en espec. pp. 919 y ss.

¹⁴⁷ *Vid.* G. MINERO ALEJANDRE, *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento. Polémicas judiciales y legislativas en torno a los supuestos atendidos y desatendidos por las leyes orgánicas 1/1982 y 15/1999*, Cizur Menor [Navarra], Editorial Aranzadi, 2018, p. 169.

¹⁴⁸ Ello se diferencia de los criterios establecidos en el Cc., que minuciosamente regulan el orden de prelación de los llamados a la herencia con respecto a los bienes del causante. El legislador deberá armonizar estos criterios que han de regir la transmisión de los bienes, sean estos digitales o tangibles.

¹⁴⁹ Según se ha constatado, tanto en Estados Unidos, como en Francia, como en Cataluña, se da prevalencia a la voluntad del causante, pero esa voluntad no se presume y, además, de no haber instrucciones del difunto, los fiduciarios/ejecutores, personas

específicas y ordenadas respecto de las personas legitimadas a la hora de actuar frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y ejecutar las instrucciones del causante. Asimismo, esta normativa foral ha dispuesto la forma de las instrucciones o las actuaciones que se pueden llevar a cabo en relación con los contenidos digitales del causante.

77. Evidenciamos que el derecho civil común y la legislación catalana que regula la herencia digital no existe una solución uniformada a tal efecto¹⁵⁰, sino que hay cierta disparidad. La coincidencia de ambas es que brindan soluciones a la hora de manifestar expresa y formalmente la autonomía de la voluntad del causante a tenor de garantizar que sus instrucciones sean llevadas a cabo respecto del contenido digital de su herencia, tras su fallecimiento. A tales efectos, estos mandatos deben de constar de manera clara y precisa, con arreglo al derecho aplicable, aunque deberían incluir, entre otros aspectos: a) la determinación de la o las personas que podrán tener acceso a los bienes o datos digitales, incluyendo aquellos de carácter personal; b) instrucciones específicas sobre aquellos actos que pueden o no realizarse con dichos bienes o datos; c) la posibilidad de dirigirse directamente a los proveedores de servicios, entre otras cuestiones¹⁵¹.

78. En definitiva, la muestra que hemos realizado de los aspectos diferenciadores de la herencia digital en el derecho civil común y en el derecho foral catalán son ejemplos de la necesidad de enfoque de los desafíos que presenta el derecho aplicable a las herencias y al sector digital¹⁵², enfoques a los que se también se debe hacer frente con el Reglamento 650/2012.

IV. Conclusiones

79. En este trabajo se examinan viejas cuestiones propias del Derecho interregional y del Derecho de Sucesiones que todavía presentan puntos sin resolver. Las problemáticas comunes y el tipo de respuesta que se vienen otorgando al reenvío y a la remisión a sistemas plurilegislativos nos hacen comprender el alcance de su complejidad en el ámbito sucesorio.

80. Por lo que corresponde a la proyección de las normas de remisión a un sistema plurilegislativo, hemos evidenciado que el art. 36 del Reglamento 650/2012 va a tener un alcance distinto en función de que el causante ostente o no la nacionalidad española. La remisión al ordenamiento español en supuestos interregionales, internacionales o intraeuropeos plantea saber cuál de los diferentes derechos civiles existentes tendrá que ser aplicado al asunto sucesorio. La inaptitud de las normas conflictuales internas españolas viene provocando una gran inseguridad jurídica a la hora de detectar el concreto derecho que regirá en estas relaciones sucesorias. Y es que el ordenamiento jurídico español no dispone de un verdadero sistema de Derecho interregional que permita obtener una respuesta previsible y evite la permanente judicialización de los conflictos normativos internos. Justamente, esto sucede cuando es la ley española la que rige la sucesión de un causante que carece de nacionalidad española y, por tanto, tampoco posee ninguna vecindad civil. Para estos asuntos, en espera de una futura cuestión prejudicial,

de confianza designadas o herederos solo tienen un acceso limitado a los datos personales del causante (en Estados Unidos el catálogo limitado de comunicaciones, en Francia la información para liquidar la herencia, etc.). *Vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: una aproximación”, *loc. cit.*

¹⁵⁰ Tampoco hay soluciones uniformadas en Derecho comparado, tal y como expone J. ORDELIN FONT y S. ORO BOFF, “Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital...”, *loc. cit.*

¹⁵¹ V. ESQUIROL JIMÉNEZ, “¿Por qué los testamentos deberían incluir una cláusula sobre el contenido digital...”, *loc. cit.*, expone un ejemplo de una cláusula testamentaria de estilo, reguladora de esta materia, en los casos en que el testador desee que el heredero cancele sus cuentas en internet y pueda acceder al “contenido digital” de la herencia, tal y como podría ser: “El testador encarga a sus herederos, con exclusión de cualquiera otra persona, el cierre de sus cuentas en internet y les faculta expresamente para que puedan acceder a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, con la finalidad de suprimirlos o de darles el destino que consideren conveniente”.

¹⁵² H. CONWAY y S. GRATTAN, “The ‘New’ New Property: Dealing with Digital Assets on Death”, en H. CONWAY y R. HICKEY, R. (EDS.), *Modern Studies in Property Law*, 2017, Volume 9, 1st ed., Hart Publishing, Oxford, p. 114.

se activa el art. 36.2 Reglamento, debido a la inadecuación del sistema conflictual designado por el apartado primero de dicho precepto.

81. Otra de las descoordinaciones mostradas es la relativa a la sucesión internacional del español que elige aplicar directamente el Derecho foral, legislación que puede o no corresponder a su vecindad civil. A pesar de que este causante, en el momento de elección, hubiese optado por tal ley interna española, pese a ni siquiera ha mencionado el derecho de su nacionalidad, el art. 9.8 Cc. dirige su respuesta hacia la aplicación de la normativa correspondiente a su vecindad civil en el momento del fallecimiento, aunque al tiempo de la elección tuviera otra distinta. Conforme a los objetivos defendidos por el art. 22 del Reglamento 650/2012, consideramos que la solución la encontramos en la legislación correspondiente a la vecindad civil del causante, sea la que posea al tiempo de la elección o la que tuviera cuando fallece, en función de cuál haya sido el momento tomado como referencia por el causante a la hora de ejercitar la *professio iuris*. Más dudas plantea la elección directa de un Derecho foral por un causante español que no se corresponde con su vecindad civil. En esta ocasión, según nuestras autoridades, la autonomía de la voluntad se va a limitar a la designación de ley coincidente con la vecindad civil que posea el causante español. A pesar de la existencia de este vacío legal, desde estas páginas hemos defendido una interpretación analógica del art. 22 del Reglamento, con la finalidad de aceptar la *professio iuris* en dicho sentido y garantizar la planificación por anticipado de la sucesión.

82. Hemos detectado que los problemas se reproducen de manera más pronunciada en el ámbito de las sucesiones paccionadas, donde la doctrina de la DGSPyFP es compleja. La intersección del Derecho europeo con la normativa estatal de la vecindad civil debería ser uniformemente entendida, como corresponde a la correcta aplicación de los instrumentos europeos, sin que sea posible su análisis desde la exclusiva perspectiva autonómica.

83. En suma, si el causante pretende ejercer la *professio iuris* para una sucesión internacional, recomendamos a las autoridades competentes que proporcionen toda la información necesaria sobre los efectos del derecho que va a ser elegido, incluso facilitarle la comprensión de la puesta en marcha de las aludidas normas de funcionamiento. Una previa elección informada para designar expresamente la ley elegida por el causante puede convertirse en una estrategia que contribuya a una mayor seguridad jurídica de las situaciones sucesorias internacionales o interregionales.

84. En cuanto a la remisión al sistema plurilegislativo español, hemos comprobado que su aplicación presenta desafíos y dificultades. El sistema conflictual español debe por tanto ser reformado y abandonar la pretensión de establecer un sistema unitario o común para todas las categorías de conflictos de leyes. Mediante la aplicación de los puntos de conexión del Derecho internacional privado a los conflictos internos de leyes, se podrá reforzar las ventajas y resolver los problemas propios de la vecindad civil, como clave de bóveda del sistema. Los conflictos de leyes internos y la necesidad de resolverlos de manera coherente y justa son aspectos que deben ser considerados por el legislador estatal. El gran debate de esta reforma se concreta en saber si se va a optar por una alternativa legislativa interna que prevea una solución única para los conflictos internos e internacionales. Aunque un sector de la doctrina opina que la modificación debería centrarse en la transformación profunda de las normas de conflicto internos para la interacción del Reglamento 605/2012, desde estas páginas defendemos que los esfuerzos deben dirigirse a la elaboración de una ley de derecho interregional. En suma, insistimos en una evaluación previa de los pros y contras de la posible remisión al sistema plurilegislativo español, ya que puede variar la respuesta material del asunto sucesorio transfronterizo, según el contexto y las circunstancias particulares de cada caso.

85. En el marco del Derecho interregional español respecto a los desafíos en orden a la sucesión digital, hemos destacado las respuestas del derecho civil común, con la LOPD, y del CcCat., a través de las modificaciones introducidas por la Ley catalana 10/2017. Ambas legislaciones coinciden en la finalidad de garantizar el acceso y la transmisión de elementos o bienes digitales, tanto de carácter ex-

trapatrimonial como patrimonial, además de la tutela *post mortem* de los aspectos personales o morales de la personalidad pretérita del fallecido que pudieran afectar al ámbito digital. Mientras se logra avanzar y mejorar en la LOPD y en el CcCat., la herramienta fundamental es la planificación digital de la sucesión del causante, sea o no español, para asegurar que se realizará de forma correcta. El medio más oportuno para ello es el testamento notarial, aunque en las legislaciones internas españolas admiten otros documentos sucesorios. Por consiguiente, siempre que se aplique nuestro sistema de conflictos interno, es recomendable que el causante, ostente o no la nacionalidad española, incluya en su testamento una disposición específica destinada a la designación de los herederos u otras personas vinculadas con el fallecido para que puedan acceder a los contenidos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información y decidir sobre su destino. Asimismo, se puede prohibir expresamente la intervención de cualquier otra persona y detallar si desea el mantenimiento o eliminación de los datos personales o de cuentas que los contengan o como cualquier otra instrucción en relación con el contenido digital de su sucesión.

86. En definitiva, poco a poco vamos tomando conciencia de los derechos digitales, incluidos los que atañen a las herencias transfronterizas. Nos mantendremos atentos a la evolución legislativa y las respuestas jurisprudenciales que se puedan ir produciendo en estos sectores. Como ya expuso el Prof. Calvo Caravaca: “en DIPr. las ideas fluyen, se intercambian, evolucionan. El dogmatismo no tiene sitio en el mundo de los conflictos de Leyes”.

La “legislazione di blocco” nella prospettiva internazionaleprivatistica

“Blocking Statutes” in a Private international law perspective

FRANCESCO SALERNO

*Professore ordinario di diritto internazionale Università Ferrara, ora
Direttore responsabile della “Rivista di diritto internazionale”
Professor of Ferrara University*

Recibido: 19.03.2024 / Aceptado: 02.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8980

Abstract: There are no universally accepted rules on the extra-territorial application of third country laws. This has prompted States to adopt specific blocking statutes to prevent such laws from having effects in their jurisdiction. From a private international law perspective, these laws have a special nature, deviating only partially from the ordinary mechanisms of conflict of laws and recognition of foreign decisions. Their classification as overriding mandatory provisions should thus be excluded. Rather, they can be characterized as sovereign determinations adopted by the State, establishing specific parameters of international public policy, which allow the circulation of foreign values that are compatible with them.

Key words: Extraterritorial application of foreign laws, blocking statutes, private international law, mandatory provisions, public policy.

Riepilogo: Non vi sono regole universalmente condivise sull'efficacia extra-territoriale di leggi ed atti stranieri, tanto da indurre gli Stati ad adottare proprie specifiche leggi di blocco per evitare che tali atti abbiano effetti nel foro. Nella prospettiva di diritto internazionale privato, queste leggi hanno una natura speciale: esse derogano, ma solo in parte, ai meccanismi ordinari dei conflitti di leggi e di riconoscimento delle decisioni straniere. È così da escludere la loro natura di norme di applicazione necessaria. Piuttosto esse costituiscono determinazioni sovrane dello Stato che indicano limiti puntuali di ordine pubblico internazionale, idonee a consentire la circolazione di valori stranieri con essi compatibili.

Parole chiave: efficacia extraterritoriale leggi straniere, legislazione di blocco, diritto internazionale privato, norme di applicazione necessaria, ordine pubblico internazionale

Sumario: I. Premessa: i conflitti tra enti sovrani sottesi alla legislazione di blocco. II. Legislazione extraterritoriale e legislazione di blocco come fatti meramente leciti per il diritto internazionale. III. Il diritto internazionale privato tra sovranità costituzionale e società aperta. IV. Conflitti di valutazione nello spazio e funzione del diritto internazionale privato. V. Il connotato “speciale” della legislazione di blocco: esclusa la sua assimilazione alle norme di applicazione necessaria. VI. La posizione della legislazione di blocco nel sistema delle fonti in quanto “legge di ordine pubblico”. VII. La legislazione “di blocco” quale espressione della sovranità “agile” dello Stato del foro.

I. Premessa: i conflitti tra enti sovrani sottesi alla legislazione di blocco

1. Una controversia internazionale è, secondo la classica formulazione accolta dalla Corte permanente di giustizia internazionale e poi ripresa ripetutamente dalla Corte internazionale di giustizia, un contrasto (anche giuridicamente apprezzabile) su questioni di diritto o di fatto tra soggetti di diritto internazionale¹. L'esistenza della controversia richiede però la manifestazione di una pretesa, in base alla quale uno Stato (o altro soggetto di diritto internazionale) invoca nei confronti di un altro Stato (o altro soggetto di diritto internazionale) il rispetto di supposte garanzie di diritto internazionale a tutela di propri interessi. Fintantoché gli interessi dello Stato non vengono formalmente assunti nella sfera oggetto della pretesa e opposti alla controparte che vi si oppone, non può parlarsi di una controversia internazionale².

Prima che si formalizzi la pretesa, il contrasto di interessi tra Stati è assorbito dall'apprezzamento unilaterale (auto-apprezzamento) che ciascuno di essi opera riguardo la legittimità della propria condotta, in ragione della sussistenza di una norma che ne assicurerebbe la fondatezza anche in termini di mera libertà di agire.

Questa situazione si è accentuata nel contesto contemporaneo per effetto del processo di interdipendenza globale che mette sempre più a raffronto la garanzia internazionale tradizionale della “sfera” di sovranità statale rispetto alla possibile interferenza di norme o atti di Stati esteri. La tensione tra i due “poli” è ben evidente. La suddetta garanzia, infatti, sostiene certamente la sovranità dello Stato nel suo ambito territoriale ma la difesa della sovranità deve anche tener conto della possibile espansione nello spazio delle altrui manifestazioni sovrane che potrebbero essere sorrette dalla garanzia internazionale loro pertinente. Appunto il processo di interdipendenza globale dilata in vario modo la proiezione nello spazio dei poteri e dei diritti degli Stati capaci di estendere il proprio raggio operativo in ragione della loro proiezione transnazionale, in particolare attraverso gli attori economici che hanno la nazionalità di un determinato Stato ma posseggono una dimensione multinazionale.

2. Diverse sono le materie sulle quali si staglia questo fenomeno, quali – tra le altre - il controllo della concorrenza, la protezione dei dati personali, l'ingiunzione in materia probatoria, e soprattutto l'adozione di sanzioni verso Stati esteri³.

L'esperienza è stata ed è tuttora oggetto di attenta valutazione a proposito dei c.d. “codici di condotta” per le imprese multinazionali, tendenti a stabilire standard di “responsabilità sociale” facendo riferimento a quelli internazionali ma preservando il rispetto delle leggi dello Stato di investimento. Il bilanciamento è quanto mai flessibile, favorito dal carattere tendenzialmente non vincolante delle regole contenute nei codici di condotta. La questione si pone, in particolare, quando l'impresa multinazionale diventa il “canale” attraverso cui lo Stato di origine obbliga le proprie imprese a seguire una certa condotta negli Stati di investimento. Bisogna però distinguere secondo i contenuti della normativa “esportata”. Vi possono essere regole che hanno un'efficacia extraterritoriale perché mirano a favorire standard di condotta più coerenti con quelli internazionali. O, in modo ancora più radicale, le regole emanate dallo Stato di origine sono una modalità di attuazione di determinazioni assunte dal Consiglio di sicurezza, come nel caso di “sanzioni” da questo decretate. Nella prospettiva del diritto internazionale, lo Stato di investimento non può trincerarsi, in casi del genere, dietro lo scudo della sovranità, dal momento che non vi è (più) una competenza domestica esclusiva in particolare per ciò che concerne la tutela dei diritti umani fondamentali⁴. In questi casi il principio (e, ancor prima, l'idea) di sovranità si

¹ *Ex multis*: Corte permanente di giustizia internazionale, 30 agosto 1924, *The Mavrommatis Palestine Concessions*. p. 11; Corte internazionale di giustizia, 23 luglio 2018, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirate)*, par. 18. Le decisioni delle corti menzionate sono reperibili nel sito <http://www.icj-cij.org>.

² Corte internazionale di giustizia, sent. 5 ottobre 2016, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan)*, par. 34 ss.

³ Cfr. D. SENZ, H. CHARLESWORTH, *Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2001, p. 72 ss.

⁴ Cfr.: I. KANALAN, *Extraterritorial State Obligations beyond the Concept of Jurisdiction*, in *German Law Journal*, 2018,

deve flettere di fronte alle esigenze dell'ordine giuridico internazionale che quella stessa sovranità tutela. L'inosservanza della normativa extraterritoriale va quanto meno motivata e, a dimostrazione della sua buona fede di voler rispettare gli obblighi internazionali, lo Stato di investimento deve sforzarsi di ricercare una modalità di coordinamento tra la legislazione straniera e la propria.

3. Il quadro è diverso se lo Stato da cui promana la legislazione extraterritoriale vincola la condotta delle sue imprese nazionali all'estero obbligandole al rispetto di proprie “autonome”⁵ prescrizioni, ovvero prefigura conseguenze rilevanti per soggetti privati terzi che abbiano rapporti con le prime e che non si conformino a seguire determinate condotte “discriminatorie” a danno di cittadini o imprese dello Stato oggetto di tali sanzioni. In simili circostanze, mancando il supporto vuoi di una qualunque determinazione del Consiglio di sicurezza al riguardo vuoi della formazione di un “canone” internazionalmente riconosciuto nel caso concreto, lo Stato che emana la legislazione extraterritoriale opera in modo assolutamente unilaterale. Va da sé che l'espansione concettualmente ed operativamente illimitata dell'ordinamento giuridico dello Stato tramite l'adozione di norme dall'efficacia extraterritoriale si realizza solo nei rari casi in cui la dimensione effettiva di “Potenza” dello Stato stesso lo consenta⁶. Questo fenomeno rischia così di rendere vulnerabile lo stesso principio internazionale fondamentale di parità degli Stati, se non fosse appunto consentito dal diritto internazionale che lo Stato di investimento o quello su cui ricadono gli effetti di quella legislazione decida di reagire puntualmente a queste espansioni non autorizzate della legge straniera - dunque considerate “ostili” espressioni di interferenza - opponendo quella che viene correntemente chiamata “legislazione di blocco”.

4. La consistenza del fenomeno è piuttosto rilevante poiché l'opposizione all'efficacia extraterritoriale della normativa nazionale imposta dallo Stato di origine si è da tempo delineata tanto che sono ormai ripetute le risoluzioni con cui l'Assemblea generale dell'ONU condanna una tale prassi, con delibere prese anche a stragrande maggioranza⁷. La prevalente inclinazione a considerare illecita questa prassi⁸ (sempre che non la si voglia far rientrare nel novero delle contromisure) assume che “comandi” normativi di portata extraterritoriale (*jurisdiction to prescribe*)⁹, corredati da sanzioni (*jurisdiction to enforce*) in caso di loro mancata osservanza¹⁰, dovrebbero poter essere attuati solo in presenza del consenso dello Stato nel cui territorio avverrebbe l'attuazione concreta del comando. L'opposizione degli Stati, come già accennato, si manifesta anche attraverso atti normativi puntuali ed è piuttosto consistente, anche se sovente di dubbia efficacia pratica¹¹. Essa comprende non solo Paesi, come la Cina e la Russia, da sempre contrari alla prassi delle sanzioni unilaterali¹², ma anche Stati al-

spec. p. 44 ss.; S. VEZZANI, *Recenti sviluppi in tema di applicazione extraterritoriale delle convenzioni internazionali sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 647 ss.

⁵ A. S. NAGEL, *Unilateral Extraterritorial Sanctions: The Search for a Jurisdictional Justification under International Law*, in *London School of Economics Review*, 2023, p. 371.

⁶ Secondo gli autori di uno studio commissionato dal Parlamento europeo (*Extraterritorial sanctions on trade and investments and European responses*, novembre 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/653618/EXPO_STU\(2020\)653618_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/653618/EXPO_STU(2020)653618_EN.pdf): p. 18), solo “[the US], and perhaps China, have the power to enforce their laws around the world”.

⁷ Cfr. Assemblea generale, ris. 74/7 del 6 November 2019 (“Necessity of ending the economic, commercial and financial embargo imposed by the United States of America against Cuba”). Sulla prassi delle organizzazioni internazionali cfr.:

P. TURRINI, *The legality of Sanctions Between the Condemnation of Their Extraterritorial Application and Human Concerns*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2021, p. 487 ss.; M. ROWHANI, *Rights-Based Boundaries of Unilateral Sanctions*, in *Washington International Law Journal*, 2023, p. 157 ss.

⁸ Cfr., *ex multis*, P. C. R. TERRY, *Unilateral Economic Sanctions and Their Extraterritorial Impact: One Foreign Policy for All*, in *Chinese Journal of International Law*, 2019, p. 429 (§ 13).

⁹ A. S. NAGEL, *op. cit.*, p. 372.

¹⁰ Cfr., per esempio, H. L. CLARK, *Dealing with U.S. Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1999, p. 71.

¹¹ Cfr. D. SENZ, H. CHARLESWORTH, *Building Blocks: Australia's Response to Foreign Extraterritorial Legislation*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2001, p. 78 ss.; S. SILINGARDI, *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, 2020, p. 361.

¹² Per la Cina, cfr.: W. ZHANG, *Counteracting the Extraterritorial Jurisdiction through Refusing Recognition and Enforcement*, in *Beijing Law Review*, 2022, 13, 806-826; A. ANTHONY TELLEZ, *Here Are All The U.S. Sanctions Against China*, in <https://www.forbes.com/sites/anthonytellez/2023/02/08/here-are-all-the-us-sanctions-against-china/?sh=3369ca9315b4>; in <https://www.forbes.com/sites/anthonytellez/2023/02/08/here-are-all-the-us-sanctions-against-china/?sh=3369ca9315b4>;

leati degli Stati Uniti come Regno Unito¹³, Canada¹⁴, Australia¹⁵ e Messico¹⁶ o raggruppamenti di Stati quale l’Unione Europea¹⁷.

Ma, come pure si osserverà più avanti, la questione resta controversa sul piano del diritto internazionale generale¹⁸, tanto più che mancano prassi coerenti¹⁹ e referenze giurisprudenziali univoche²⁰. È ricorrente in proposito la menzione del noto caso *Lotus* deciso dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel 1927. La sentenza asserì, sì, il limite all’esercizio di poteri statali nello spazio sovrano di Stati esteri senza il loro consenso; ma la Corte aggiunse: “It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction *in its own territory*, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law”²¹. Pertanto, stando a questo datato precedente, non vi sarebbe un divieto generale “che abbia riguardo a *qualsiasi* possibile manifestazione [extraterritoriale] dell’attività statale”²², atteso che “il principio di stretta territorialità non costituisce il contenuto di alcuna norma internazionale generale”²³. Del resto, è difficile poter precludere del tutto la facoltà dello Stato di cittadinanza o di nazionalità di una persona fisica e soprattutto giuridica di stabilire proprie regole circa la loro condotta quando la determinazione del relativo status o – come avviene per le seconde - la loro stessa costituzione dipende dal rispettivo ordinamento di origine²⁴.

Dopo il caso *Lotus* sono stati vari i tentativi compiuti per meglio definire e contenere l’efficacia extraterritoriale della normativa nazionale, ma i parametri escogitati - quali i principi di nazionalità, protezione, effetti proporzionali o ragionevolezza²⁵ - sfuggono a valutazioni predeterminate sulla base di regole generali di diritto internazionale che siano uniformemente rilevanti quale che sia la materia

theconversation.com/heres-how-china-is-responding-to-us-sanctions-with-blocking-laws-and-other-countermeasures-209461; per la Russia cfr. *On the Measures (Countermeasures) in Response to Unfriendly Actions of the USA and/or other Foreign States*, in <https://gratanet.com/kz/publications/the-law-on-russias-counter-sanctions-against-the-usa-and-other-states-came-in-to-force>.

¹³ *Protection of Trading Interests Act 1980 of UK (1980)*, in <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11#:~:text=An%20Act%20to%20provide%20protection,persons%20in%20the%20United%20Kingdom>.

¹⁴ *Foreign Extraterritorial Measures Act (RSC, 1985, c. F-29)*, in <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/f-29/index.html>.

¹⁵ *Foreign Proceedings (Excess of Jurisdiction) Act 1984 of Australia*, in http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fpoja1984419; cfr. D. Senz, H. Charlesworth, op. cit., p. 94 ss.

¹⁶ *Ley de proteccion al comercio y la inversion de normas extranjeras que contravengan el derecho internacional (Ley Antídoto)*, in <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf>.

¹⁷ *Infra*, par. 2. Si vedrà che, per quanto l’Unione Europea abbia adottato proprie norme in proposito, i conflitti si sono profilati all’interno degli Stati membri che restano effettivi centri di potere, di modo che è solo coordinata la loro azione “sovrana”.

¹⁸ FERRARIO, *Sull’incidenza delle secondary sanctions sui contratti internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 523 s.

¹⁹ È il caso dell’Unione Europea che non ha tenuto in materia un orientamento lineare: M. SOSSAI, *Legality of Extraterritorial Sanctions*, in *Economic Sanctions in International Law and Practice* (a cura di Asada), London, 2019, p. 73.

²⁰ Ne è una dimostrazione il diverso atteggiamento che la stessa Unione Europea segue a proposito della possibilità – assunta come legittima – che Stati membri possano richiedere al gestore di un motore di ricerca di procedere, in ragione del c.d. “diritto all’oblio, alla deindicizzazione su tutte le versioni del proprio motore, incluse quelle extraeuropee, nell’assunto che non vi sarebbe violazione della sovranità di altri Stati avendo questi sempre la possibilità di non riconoscere il provvedimento o la sentenza contenente l’ordine di deindicizzazione: Cassazione, 24/11/2022, n. 34658, par. 16 ss., in *DeJure*.

²¹ Corte permanente di giustizia internazionale, 7 settembre 1927, p. 19. Corsivo aggiunto.

²² R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 34; v. anche M. W. GORDON, *The Conflict of United States Sanctions Laws with Obligations under the North American Free Trade Agreement*, in *Stetson Law Review*, 1998, p. 1280.

²³ R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, cit., p. 78.

²⁴ Sul contrasto tra i due principi internazionalistici di territorialità e di nazionalità quali opposti titoli di “giurisdizione”, cfr.: K. R. FEINBERG, *Economic Coercion and Economic Sanctions: The Expansion of United States Extraterritorial Jurisdiction*, in *American University Law Review*, 1981, p. 333 ss.; T. HARRIS, *The Extraterritorial Application of U.S. Export Controls: A British Perspective*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1987, p. 966.

²⁵ Cfr.: A. F. LOWENFELD, *Trade controls for political ends: four perspectives*, in *Chicago Journal of International Law*, 2003, p. 360; S. Emmenegger, *Extraterritorial Economic Sanctions and Their Foundation in International Law*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2016, p. 646 ss.; A. S. NAGEL, op. cit., p. 375 ss.; *Restatement Fourth, the Foreign Relations Law of the United States* (2017) § 402.9, p. 160 s.; § 405 p. 181 ss.; § 407 p. 187 ss.; S. M. CARBONE, *Contratti internazionali e sanzioni: la disciplina applicabile ai loro effetti*, in *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future*. Liber Amicorum in onore di Edoardo Greppi, a cura di O. PORCHIA e M. VELLANO, Torino, 2023, p. 176.

trattata²⁶. Ciò può dar luogo a valutazioni differenti tra gli Stati con il risultato di manifestazioni concorrenti e conflittuali tra i rispettivi ordinamenti²⁷ che, in assenza di regole internazionali (pattizie e consuetudinarie) idonee a stabilire una puntuale gerarchia tra le stesse²⁸, incrina la certezza del diritto “obiettivo” in una prospettiva transnazionale²⁹. I fenomeni di globalizzazione della vita contemporanea evidenziano anche in questo caso la carenza di “global governance”, tanto più visibile in un settore nel quale si configurano tensioni tra poteri sovrani degli Stati che denotano non tanto la sua crisi quanto invece la sua vitalità, rendendo piuttosto evidente l’esigenza di rivisitare il modello statocentrico tradizionale del diritto internazionale ma non di ripudiarlo.

5. La rivisitazione della nozione di sovranità statale nel contesto attuale di interdipendenza globale³⁰ riconosce i limiti di un suo radicale superamento, non fosse altro che per il monopolio tuttora radicato che lo Stato esprime nell’uso della forza. Ma la sovranità statale non può ridursi a ciò, stante le molteplici sue espressioni in forme diverse da quella puramente militare. La legislazione di blocco bene si presta a questa verifica poiché essa è una emblematica espressione storicizzata di effettive espressioni sovrane dello Stato contemporaneo.

II. Legislazione extraterritoriale e legislazione di blocco come fatti meramente leciti per il diritto internazionale

6. Come si è inizialmente accennato l’applicazione extraterritoriale è solitamente decisa nella cornice di una politica statale tesa a penalizzare un determinato Stato di investimento all’estero precludendo o imponendo determinate attività dei privati in quel paese o in direzione dello stesso. Si tratta sostanzialmente di un aspetto della c.d. “politica di sanzioni” che possono essere tanto “primarie” che “secondarie”, pur avendo in entrambi i casi una comune efficacia extraterritoriale. Nella prima ipotesi esse coinvolgono enti privati che hanno la nazionalità dello Stato estero che irroga le sanzioni; nella seconda ipotesi, le sanzioni vengono estese (o ri-modulate) in direzione di soggetti terzi che siano collegati a vario titolo (anche semplicemente per via di occasionali relazioni contrattuali) ai primi³¹. A questo proposito, uno degli aspetti più sensibili del fenomeno concerne l’estensione della legislazione extraterritoriale in direzione di filiali o succursali estere di società nazionali dello Stato che la emana, con una esplicita intromissione nella condotta di soggetti privati che afferiscono ad un altro ordinamento statale.

La ricca ed articolata prassi statunitense mostra numerosi esempi da cui emerge chiaramente la determinazione unilaterale, del tutto autonoma e discrezionale, circa la circostanza di collegamento che sorregge l’efficacia extraterritoriale della legislazione statunitense, rendendola spesso molto indiretta nel caso di sanzioni secondarie³². Il nesso con l’ordinamento degli USA può essere ben definito sulla

²⁶ P. PICONE, *Recensione a K. M. MEESEN, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden, 1976, in *Riv. dir. int.*, 1977, p. 380 ss., sembra propenso a considerare che il diritto internazionale “predisponga, in tema di limiti alla giurisdizione, delle soluzioni differenziate, avendo riguardo alle differenti direzioni e caratteristiche materiali assunte dal potere di governo di uno Stato, alla diversità degli interessi tramite esso fatti valere, ed alla peculiarità dei conflitti interstatuali che dal suo esercizio possono derivare” (ivi, p. 382); B. CONFORTI, *Diritto internazionale*¹¹ (a cura di Iovane), Napoli, 2018, da parte sua, escludeva l’esistenza di norme consuetudinarie nel campo del diritto internazionale dell’economia.

²⁷ Cfr. già YI-TING CHANG, *Extra-Territorial Application of National Legislation*, in *Annals of the Chinese Society of International Law*, 1967, p. 13; M. Benedettelli, *Sull’applicazione extraterritoriale delle misure di embargo degli Stati Uniti relative al “gasdotto siberiano”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1984, p. 567.

²⁸ *Restatement Fourth* § 407 d), p. 189.

²⁹ Resta ovviamente la possibilità che le parti di un contratto, la cui applicazione sia condizionata dall’erogazione di sanzioni statali, assorbano in qualche misura l’impatto di tali misure regolandone gli effetti nell’ambito della loro autonomia negoziale: S. M. CARBONE, op. cit., pp. 178, e 185 s.

³⁰ Cfr., *ex multis*, i vari scritti pubblicati nel *Symposium Articles on Globalization and Sovereignty*, in *University of Kansas Law Review*, 2002, p. 629 ss.

³¹ Cfr.: J. A. MEYER, *Second Thoughts on Secondary Sanctions*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2009, p. 905 ss., spec. p. 926 ss.; J. BARTLETT, M. OPHEL, *Sanctions by the Numbers: U.S. Secondary Sanctions*, <https://www.cnas.org/publications/reports/sanctions-by-the-numbers-u-s-secondary-sanctions>.

³² W. ZHANG, op. cit., p. 807; CH. VAN HAUTE, S. NORDIN, G. FORWOOD, *The Reincarnation of the EU Blocking Regulation: Putting European Companies Between a Rock and a Hard Place*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2018, vol. 13, p. 497.

base del legame di nazionalità con la società statunitense che opera all'estero ma può anche essere talora puramente occasionale, come l'impiego del dollaro nella transazione o anche il semplice “transito” di dati all'interno di sistemi informatici presenti sul territorio statunitense (il c.d. “Cloud Act”)³³. La circostanza di collegamento con l'ordinamento statunitense può quindi variare da quella con la *persona*³⁴ all'altra con il *bene*³⁵, anche nell'accezione più ampia di quest'ultimo. Entrambe le ipotesi hanno una esplicita determinazione politica, che qualifica, in specie se a fini sanzionatori, l'*emprise* extraterritoriale della legislazione.

Le sanzioni, tanto “primarie” che “secondarie”, hanno una comune impronta pubblicistica, poiché riflettono puntuali obiettivi politici dello Stato che le adotta, sia pure perseguiti attraverso misure che condizionano la condotta di soggetti privati. Per contrastare puntualmente gli effetti di questa normativa “esogena”, lo Stato del foro emana quindi una propria legge – appunto, la legislazione di blocco – che preclude l'interferenza normativa posta in essere dallo Stato estero.

Lo scenario in queste circostanze è dunque quello di una “guerra normativa” che si correda di sanzioni predisposte a maggiore garanzia dell'una come dell'altra legge³⁶. Dal punto di vista del diritto internazionale generale, se si ritiene che la legislazione extraterritoriale abbia natura illecita, la legislazione di blocco si potrebbe considerare alla stregua di una “concreta” contro-misura come viene talora pure ufficialmente considerata³⁷, che spetta solo all'esecutivo statale assumere ed ai giudici nazionali solo attuare³⁸. Ma la tesi non è pienamente persuasiva, se presuppone che ogni azione extraterritoriale di uno Stato comporti inevitabilmente la sua responsabilità internazionale. Il diritto internazionale, come si è prima osservato, non pone limiti assoluti all'espansione della legge nello spazio se essa sia funzionale ad interessi dello Stato. E, parimenti, la legislazione di blocco esprime la volontà sovrana dello Stato nell'ambito della sua sfera effettiva di giurisdizione. Certamente tra le varie espressioni di efficacia extraterritoriale, quella legata alle sanzioni secondarie denota una penetrante interferenza nella sfera territoriale di sovranità di altri Stati. Tuttavia, nella misura in cui il diritto internazionale potrebbe considerare lecite tali iniziative, ciò non è molto dissimile da altre situazioni nelle quali il diritto di uno Stato entra in collisione con il diritto di altri Stati di modo che, in assenza di un assetto gerarchico tra le fonti che regolano le due situazioni giuridiche soggettive, il conflitto è componibile solo appurando se vi sia un abuso di diritto nell'adozione della legislazione extraterritoriale. A meno che le parti della controversia non decidano di ricorrere ad una procedura di soluzione pacifica delle controversie (in particolare il meccanismo dell'OMC) e di attenersi alla relativa determinazione³⁹, la “guerra normativa” resta in questi casi rimessa ad apprezzamenti unilaterali dei singoli Stati nell'esercizio di poteri sovrani quali espliciti nell'ambito della loro sfera di libertà⁴⁰, di modo che sembra più pertinente atagliare alla legislazione di blocco la qualifica di una forma di ritorsione che non lede interessi giuridicamente protetti dello Stato promotore delle sanzioni (secondarie)⁴¹.

³³ A. GIULIANI, *Beyond European extraterritoriality, for legal intelligence and compliance in the service of sovereignty* - European Issue N°654 - Fondation Robert Schuman (robert-schuman.eu).

³⁴ Sulla ipertrofia del legame personale giustificativo dell'efficacia extra-territoriale: M. AUDIT, E. PATAUT, *L'extraterritorialité: ouverture*, in M. Audit, E. Pataut (eds.), *L'extraterritorialité*, Paris, 2020, p. 9.

³⁵ Vedi già M. BENEDETTELLI, op. cit., p. 545.

³⁶ CH. VAN HAUTE, S. NORDIN, G. FORWOOD, op. cit., p. 487. L'espressione “guerra normativa” è ripresa da M. Leonard, *L'era della non-pace. Perché la connettività porta al conflitto*, Milano 2021, p. 174.

³⁷ Cfr. M. SOSSAI, op. cit., p. 69. Sulla natura di contromisura della legislazione di blocco, vedi diffusamente W. ZHANG, op. cit., *passim*.

³⁸ Cfr. D. VENTURA, *Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions*, in *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, a cura di CHARLOTTE BEAUCILLON, CHELTENHAM, 2021, p. 230.

³⁹ È stato prospettato anche un obbligo generale preventivo di informazione e consultazione tra Stati (P. Picone, *Recensione*, cit., p. 386; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 237 s.).

⁴⁰ Sulla natura politica che assume in questi casi la controversia insiste in particolare P. Picone, *Recensione*, cit., p. 385.

⁴¹ D. SENZ, H. CHARLESWORTH, op. cit., p. 78. L'assenza di una specifica tutela internazionale in relazione all'adozione di atti aventi efficacia extra-territoriale sembra così tradursi in una attività meramente lecita alla quale si può legittimamente contrapporre, come osservato nel testo, l'adozione di opposte determinazioni unilaterali degli Stati (o di raggruppamenti di Stati) tese a precludere l'efficacia dei primi nel loro ambito territoriale.

7. Sofferamoci, per semplicità, sul regolamento (CE) 2271/96 del Consiglio del 22 novembre 1996, come modificato dal regolamento delegato della Commissione 2018/1100⁴², relativo alla protezione dagli effetti extra-territoriali derivanti dall'applicazione di una normativa di un paese terzo e dalle azioni su di essa basate o da essa derivanti. Dopo aver ricordato nel preambolo (5° considerando) che tali atti normativi incidono sull'ordinamento giuridico dell'Unione e sui diritti dei privati garantiti da tale ordinamento, l'art. 4 del regolamento tassativamente dispone che “Nessuna sentenza di un tribunale e nessuna decisione di n' autorità amministrativa esterna alla Comunità che, direttamente o indirettamente, renda operativi gli atti normativi indicati nell'allegato o azioni su di essi basate o da essi derivanti, è accettata o eseguita in alcun modo”⁴³. L'art. 5 sancisce altresì che “Nessuna delle persone di cui all'articolo 11 deve rispettare, direttamente o attraverso una consociata o altro intermediario, attivamente o per omissione deliberata, richieste o divieti, comprese le richieste di tribunali stranieri, basate o derivanti, direttamente o indirettamente, dagli atti normativi indicati nell'allegato o da azioni su di essi basate o da essi derivanti”⁴⁴. Per contro, l'art. 6, par. 2, prevede che il “sistema Bruxelles I”, oggigiorno riconducibile al regolamento n. 1215/2012, regola la circolazione all'interno dell'UE delle sentenze di Stati membri che hanno riconosciuto il risarcimento dei danni causati ad un privato dall'applicazione delle leggi straniere. Ma la normativa unionale vincola gli Stati membri ad escludere altresì l'efficacia di determinazioni giudiziarie o amministrative di Stati terzi che hanno a che fare con l'applicazione della loro legislazione extraterritoriale. L'indicazione va quindi ben oltre la consueta cornice della cooperazione giudiziaria in materia civile ai sensi dell'art. 81 TFUE, finora mai impiegata per stabilire regole riguardanti le condizioni di riconoscimento (o di diniego dello stesso) riferite a sentenze (o provvedimenti giudiziari affini) pronunciate in uno Stato non membro. Una simile preclusione è legittima per il diritto internazionale, atteso che, salvo regole speciali definite in trattati o in regole da essi derivate, non vi sono obblighi generali per gli Stati circa il riconoscimento o l'applicazione di atti emananti da autorità straniere, fatta salva l'eventualità che la legislazione extraterritoriale consista – come si è già osservato – nell'attuazione di misure decise dal Consiglio di sicurezza ai sensi del capitolo VII della Carta.

III. Il diritto internazionale privato tra sovranità costituzionale e società aperta

8. Quando sono in gioco conflitti di leggi e di decisioni che attengono alla regolamentazione di soggetti privati (o di enti pubblici che agiscono in tale veste) bisogna considerare *anche* il diritto internazionale privato. Il fatto che, come nel fenomeno in esame, il contrasto abbia origine da interessi essenziali e contrapposti degli Stati eventualmente componibili per via diplomatica o con altro mezzo di soluzione pacifica delle controversie non sottrae infatti la disciplina in questione ad una valutazione internazionalprivatistica, quanto meno nel valutare – e possibilmente qualificare – il tipo di impatto che tale contrasto normativo registra sulla ordinaria “fisiologia” delle regole di diritto internazionale privato.

Ne è stata una dimostrazione la lite tra *Bank Mellī Iran* e la *Telekom Deutschland GmbH* giunta dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea per effetto del rinvio pregiudiziale operato dal giudice tedesco in conseguenza delle sanzioni stabilite dagli Stati Uniti nei confronti dell'Iran («Iran Freedom and Counter-Proliferation Act of 2012») a seguito del programma di proliferazione nucleare avviato da

⁴² Vedi anche il regolamento di esecuzione (UE) n. 2018/1101 (*G.U.U.E.* 7 agosto 2018 *L* 199 I, p. 7 ss.). Precedentemente, alcuni Stati membri si erano dotati di una legislazione di blocco: vedi, ad esempio, per la Francia la legge n. 68-678 del 26 luglio 1968, nella versione aggiornata la 23 settembre 2023.

⁴³ In senso in parte affine vedi l'art. 48 del regolamento generale UE sulla protezione dei dati (GDPR), 2016/679: “Le sentenze di un'autorità giurisdizionale e le decisioni di un'autorità amministrativa di un paese terzo che dispongono il trasferimento o la comunicazione di dati personali da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento possono essere riconosciute o assumere qualsivoglia carattere esecutivo soltanto se basate su un accordo internazionale in vigore tra il paese terzo richiedente e l'Unione o un suo Stato membro, ad esempio un trattato di mutua assistenza giudiziaria, fatti salvi gli altri presupposti di trasferimento a norma del presente capo”.

⁴⁴ La Corte di giustizia ha chiarito che la portata del divieto “di rispettare richieste o divieti previsti dagli atti normativi elencati” vale “anche in assenza di istruzioni delle autorità amministrative o giudiziarie dei paesi terzi che hanno adottato tali atti normativi e dirette a garantirne il rispetto” (sentenza 21 DICEMBRE 2021, causa C124/20, *Bank Mellī Iran*, punto 51, in <https://curia.europa.eu>).

quello Stato⁴⁵. In attuazione del regolamento 2271/1996, la Telekom (Germania) aveva proceduto con effetto immediato alla risoluzione di tutti i contratti che la legavano alla *Bank Melli*⁴⁶. La Corte UE ha avallato tale approccio sottolineando nella sentenza del 21 dicembre 2021 che un “divieto, formulato in termini chiari, precisi e incondizionati”⁴⁷, va osservato dai giudici nazionali. Pertanto, i contratti che rientrano nel campo di applicazione della legislazione di blocco possono essere oggetto di risoluzione anche senza alcuna motivazione⁴⁸, fatta salva ovviamente l’eventualità che lo stesso contratto contenga un’apposita clausola che disciplini puntualmente l’impatto delle sanzioni secondarie sulla possibilità di rispettare gli adempimenti contrattuali⁴⁹. L’effetto discende dalla “presa in considerazione materiale” della disciplina sanzionatoria straniera⁵⁰.

Il fenomeno ha quindi una sua obiettiva connotazione internazionalprivatistica. Non sarebbe giustificato escluderlo solo perché questa disciplina viene solitamente considerata quale “servente” del privato, confinandola ad una dimensione astrattamente individuale o interindividuale. È ormai da tempo acquisita la presenza nel diritto internazionale privato di norme che sono preposte a tutelare interessi generali di una determinata collettività nazionale. Ciò è tanto più giustificato nella prospettiva contemporanea, dal momento che l’ordine giuridico di uno Stato deve sì strutturalmente commisurarsi con i fattori di mobilità e quindi di libertà delle persone, fisiche o giuridiche, ma lo strumento internazionalprivatistico non può e non deve essere neutrale⁵¹, poiché deve rispondere anche a considerazioni materiali proprie degli Stati. In altri termini, il privato può rivendicare le sue certezze di diritto nello spazio ma queste devono prima commisurarsi con le esigenze regolatorie dei singoli Stati, sempre che non sovengano obblighi internazionali⁵².

9. E difatti il diritto internazionale privato vigente in uno Stato si articola in un complesso di principi, norme, istituti e tecniche finalizzato a coordinare, nell’ordinamento di quello Stato, le sue funzioni sovrane con quelle espletate da Stati esteri. È quindi lo Stato del foro che stabilisce le condizioni di applicazione – nell’ambito della propria giurisdizione - di leggi, decisioni giudiziarie o determinazioni amministrative di Stati esteri perché considerate rilevanti. Per quanto tale disciplina sia oggetto di un importante processo di armonizzazione a livello universale e soprattutto in ambito europeo, lo Stato è pur sempre nella condizione di regolare con proprie norme determinati rapporti o anche solo specifici profili degli stessi. La legittimazione di simili iniziative deve però necessariamente trovare una giustificazione sul piano costituzionale, tanto più necessaria quando lo Stato si sia volutamente collocato nella dimensione di una “società aperta” della quale esso è il gestore primario.

Tale condizione risponde ad una valutazione comparativa di interessi fondamentali dello Stato, attratto dai vantaggi che il modello di “società aperta” offre allo Stato, anche considerando le contrazioni che inevitabilmente discendono per l’esercizio della sovranità statale, diversamente da quanto sarebbe stato possibile ove – ammesso che sia oggi possibile – si immaginasse la sua collocazione in una “società chiusa”.

⁴⁵ Corte di giustizia, 21 dicembre 2021, cit.

⁴⁶ Corte di giustizia, 21 dicembre 2021, cit., punto 20.

⁴⁷ Corte di giustizia, 21 dicembre 2021, cit., punto 57.

⁴⁸ Corte di giustizia, 21 dicembre 2021, cit., punto 63; su tale aspetto vedi le considerazioni di S. SILINGARDI, *Il regolamento di blocco davanti alla Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 552 s.

⁴⁹ Cfr. in proposito il caso *Lamesa* deciso da Court of Appeal, 30 giugno 2020, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 511 ss., con nota di Ferrario, cit., p. 516 ss.

⁵⁰ Su ciò cfr. Z. CRESPI REGHIZZI, *La “presa in considerazione” di norme straniere di applicazione necessaria nel regolamento Roma I*, in *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno* (a cura di A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA), Napoli, 2021, p. 711 ss.

⁵¹ Cfr. M.-P. WELLER, A. SCHULZ, *Political Private International Law. How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?* in *How European is European Private International Law* (a cura di J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER, G. RÜHL), Cambridge, 2020, p. 285 ss.

⁵² La questione si era già posta nella revisione post-manciniana della dottrina italiana. Secondo DIENA, non si poteva pretendere, come invece asseriva Mancini, che l’individuo potesse “rivendicare” trattamenti dovuti in base al principio della nazionalità (G. DIENA, *La conception du droit international privé d’après la doctrine et la pratique en Italie*, in *Recueil des Cours*, vol. 17 (1927) p. 355).

La connotazione di “società aperta” conduce inevitabilmente ad una più intensa e libera circolazione di valori dipendente sia da norme internazionali sia da determinazioni “sovrane” di altri Stati⁵³. Lo Stato del foro accoglie – di norma – questo tipo di regolamentazione poiché la ritiene conforme ai propri bisogni di “società aperta” anche se essa comporta la rinuncia ad esprimere analoghe manifestazioni sovrane.

Lo Stato che si pone in questa prospettiva e che gestisce un ordinamento giuridico così strutturato (anche su basi costituzionali) attua una sorta di auto-limitazione della sua sfera di sovranità, nel senso che riconosce l'utilità che facciano ingresso nel suo ordinamento impulsi normativi o determinazioni regolatorie concrete afferenti ad entità ad esso estranee. Ciò riguarda senz'altro il diritto internazionale (o sovranazionale) ma anche espressioni del “Pubblico potere” di singoli Stati esteri. La dimensione applicativa dell'una e dell'altra forma di apertura è in parte diversa e in parte si sovrappone. L'apertura al diritto internazionale (e al diritto sovranazionale) implica solo in parte l'applicazione diretta delle sue norme o di determinazioni concrete ai privati, mentre quella riguardante gli Stati esteri coinvolge di norma proprio le persone fisiche o giuridiche. La ragione di ciò sta nell'omologa base individuale – o interindividuale – delle società statali e della loro organizzazione di potere (solo in parte riproposta all'interno di una organizzazione sovranazionale come l'UE), là dove invece il diritto internazionale non ha smarrito la sua vocazione originaria di regolare principalmente interessi degli Stati.

A prescindere tuttavia dalla profondità e dall'estensione con cui le due tipologie di regole estranee fanno ingresso nell'ordinamento statale, entrambe ne denotano il grado complessivo di “internazionalizzazione”: questo si misura dalla sua permeabilità verso fonti o atti che le sono formalmente estranei. La condizione di permeabilità della società aperta si manifesta quindi in una doppia prospettiva: verticale quando sconta la superiorità logico-storica del diritto internazionale (o sovranazionale); orizzontale, considerando come equivalenti ai propri i sistemi regolatori afferenti ad entità – gli Stati – concettualmente posti su una posizione paritaria. Il diritto internazionale privato è per l'appunto lo strumento normativo preposto a regolare i rapporti giuridici e gli status di diritto privato in una prospettiva transnazionale, trattandosi – come si è visto - di un complesso di norme con cui il singolo Stato definisce le formule di coordinamento con le espressioni tanto astratte che concrete della sovranità di altri Stati nel campo del diritto privato.

Tuttavia, proprio perché discendente da un'apertura costituzionale, questa non può spingersi fino al punto da rendere totale e irreversibile l'arretramento delle funzioni sovrane. Non a caso il diritto internazionale privato presenta norme e istituti che consentono allo Stato del foro di “spezzare” la continuità spaziale della regolamentazione uniforme, proprio per rispondere a quelle che sono manifestazioni irrinunciabili di sovranità statale alle quali, per ragioni costituzionalmente legittime, deve necessariamente assicurare la più ampia e “robusta” garanzia.

IV. Conflitti di valutazione nello spazio e funzione del diritto internazionale privato

10. Ecco dunque emergere bene il pendolo con cui opera il diritto internazionale privato, che appunto oscilla tra l'apertura e la chiusura verso il diritto straniero. La duplice natura del diritto internazionale privato pare una limitazione (obbligata o autodeterminata) delle funzioni sovrane ma in realtà ne comporta una rinuncia condizionata da parte dello Stato del foro, in modo da poterle ri-acquisire allorché lo giustificano ragioni preminenti di esercizio della sovranità. Perciò il “pendolo” evocato è sempre presente, quale che sia la fonte normativa del diritto internazionale privato, vale a dire indipendentemente dalla circostanza che si tratti di una norma internazionale (o sovranazionale) uniforme o di una norma nazionale. Tante le une che le altre sono ormai formulate secondo caratteristiche piuttosto simili, con riferimento sia all'apertura che alla chiusura verso il diritto straniero.

Volendo ritrovare le tecniche maggiormente emblematiche dei due diversi poli di questo pendolo, si potrebbero indicare a favore dell'apertura verso il diritto straniero sia il metodo bilaterale nella determinazione della legge applicabile sia la circolazione delle decisioni straniere incentrata sul prin-

⁵³ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 18 ottobre 2000, n. 428, su cui F. SALERNO, *Deroga alla giurisdizione e Costituzione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 33 ss.

cipio del riconoscimento automatico; a favore della chiusura anche limitata verso il diritto straniero andrebbero invece annoverate formule come il diritto internazionale privato materiale, le norme di applicazione necessaria o il limite dell'ordine pubblico (la sua c.d. “funzione negativa”), che consentono di far valere in diverso modo varie esigenze e prerogative sovrane dello Stato del foro⁵⁴. Per rispondere alle une come alle altre, il diritto internazionale privato si presta, anche nella sua dimensione uniforme, ad una valutazione unilaterale dello Stato del foro tesa a comporre la soluzione dei conflitti di leggi o di atti amministrativi nella prospettiva più armoniosa con esigenze irrinunciabili dell'ordinamento del foro. Non sempre tali esigenze si commisurano alle caratteristiche concrete del modello estraneo. Una simile verifica avviene per le norme di diritto internazionale privato materiale e per il limite dell'ordine pubblico, mentre non sussiste per le norme di applicazione necessaria comunque da osservare quale che sia il contenuto della normativa straniera eventualmente applicabile.

Orbene, la legislazione extraterritoriale mirata all'efficacia di sanzioni in specie secondarie configura una situazione piuttosto inusuale rispetto alle tecniche classiche di coordinamento tra ordinamenti. Infatti, proprio la sua natura squisitamente politica la rende inidonea ad essere astrattamente inquadrata in una delle tipologie proprie del diritto internazionale privato. In tema di diritto applicabile, tale legislazione potrebbe ad esempio coincidere con la *lex causae* (soprattutto se scelta dalle parti) oppure essere considerata una (ulteriore) norme imperativa di Stati terzi. L'unico tratto certo che la contraddistingue è il carattere *ostile* che essa presenta secondo l'apprezzamento proprio delle autorità politiche dell'ordinamento del foro. Questa “guerra normativa” si innesca così ogni qual volta alla determinazione di uno Stato estero di conferire espressamente portata extraterritoriale alla propria normativa per vincolare la condotta di soggetti privati ad esso variamente collegati si oppone l'atteggiamento dello Stato del foro di imporre a chicchessia l'inosservanza di quella normativa.

11. La legislazione di blocco ne è una espressione emblematica poiché lo Stato del foro interviene sulla disciplina ordinaria di diritto internazionale privato facendo valere esigenze puntuali di sovranità statale. In relazione ai motivi che la rendono necessaria, la legislazione di blocco può avere effetti diversi ma sempre circoscritti e selettivi nel senso che essa viene (op)posta per contrastare una specifica manifestazione ordinatoria “ostile” di sovranità straniera, appunto sterilizzando l'efficacia di una ben definita legislazione straniera ovvero precludendo l'efficacia nel foro di un atto pubblico straniero, in specie se sentenza. Sia nell'uno che nell'altro caso non vengono però mai messi in discussione i principi che sorreggono l'apertura “strutturale” verso il diritto straniero quale espressa dalle norme di diritto internazionale privato, di modo che la fattispecie potrebbe essere regolata da leggi o atti stranieri che non presentino natura “ostile”.

V. La natura “speciale” della legislazione di blocco che ne esclude l'assimilazione alle norme di applicazione necessaria

12. Per poter meglio inquadrare la natura della legislazione “di blocco”, si deve quindi sempre aver presente la sua valenza particolarmente selettiva, mirata cioè ad impedire che norme o provvedimenti di ordinamenti stranieri puntualmente determinati facciano ingresso nell'ordinamento del foro in quanto ne pregiudicherebbero specifici interessi essenziali⁵⁵. In relazione alle categorie proprie del diritto internazionale privato, verrebbe subito a mente di considerare la legislazione di blocco alla stregua di norme di applicazione necessaria. Ma così non è. Invero nel diritto internazionale privato si evoca questa tipologia di norme quando il legislatore intende riservare - in tutto o in parte - alla *lex fori* la regolamentazione di ben individuate classi di fattispecie anche quando queste presentano elementi di estraneità con l'ordinamento del foro. In altri termini, le norme di applicazione necessaria esprimono la volontà legislativa di allargare il campo di applicazione della *lex fori* precludendo, appunto in tutto

⁵⁴ Per la relativa distinzione, vedi F. SALERNO, *Lezioni di diritto internazionale privato*², Milano, 2022, p. 95 ss.; cfr. anche *infra*, par. 5.

⁵⁵ D. VENTURA, *op. cit.*, p. 223. Vedi anche il preambolo (5° e 6° considerando) del regolamento UE 2271/96.

o in parte, l'applicazione delle norme di diritto straniero che sarebbero state *eventualmente* richiamate dalle norme di conflitto bilaterale. Viene per l'appunto escluso “a monte” detto richiamo per fare posto al diritto materiale del foro. La legislazione “di blocco” ha in comune con le norme di applicazione necessaria la caratteristica di essere espressione di una volontà puntuale dell'ordinamento di interferire con l'efficacia del diritto straniero. Ma ben diversi sono lo scopo e la portata della volontà legislativa di privilegiare l'applicazione della *lex fori*. Infatti, mentre le norme di applicazione necessaria interferiscono, come si è detto, “a monte” del normale funzionamento della norma di conflitto bilaterale, la legislazione “di blocco” viene adottata per interdire in ogni caso l'ingresso di una *determinata* legge straniera o di un determinato provvedimento straniero. In altri termini, la legislazione “di blocco” si affianca alla disciplina comune di diritto internazionale privato, rispettandone il normale funzionamento ma “depurandolo” dalla interferenza della normativa straniera specificamente considerata ostile dalla medesima legislazione e che costituisce anzi una “turbativa” rispetto all'ordinaria fisiologia di quella disciplina ed agli interessi giuridicamente protetti dei privati⁵⁶: essa si limita solo ad espungere da tale coordinamento specifici norme o atti stranieri.

Il divieto può essere posto rispetto ad una legge ma più spesso verso un provvedimento straniero, sia esso giudiziario o amministrativo. Se ne ha una conferma nell'art. 7 della Convenzione de L'Aja del 2019 sul riconoscimento di sentenze straniere, che - tra le ragioni di ordine pubblico ostative al riconoscimento - esplicitamente menziona (lett. c)) le esigenze di sicurezza e sovranità degli Stati. Tale parametro non appare in strumenti simili e risponde a preoccupazioni specifiche in tema di circolazione di atti stranieri, tanto da giustificare una puntuale formulazione che mancava nel progetto iniziale della Convenzione⁵⁷.

Indubbiamente le ragioni di sicurezza e sovranità dello Stato si riallacciano a parametri che possono essere posti a fondamento di norme di applicazione necessaria. La definizione al riguardo contenuta nell'art. 9 del regolamento “Roma I” sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è idonea ad illustrarlo. Ai sensi di questa norma, “Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica”. Dunque, è chiaro che tali misure possono anche essere funzionali ad esigenze di sicurezza e di sovranità degli Stati. Ma, come già osservato, pur trattandosi di norme che hanno una comune *ratio* di autolimitazione della dinamica conflittuale, diversa resta la funzione delle norme di applicazione necessaria rispetto alla legislazione di blocco. La norma di applicazione necessaria non è pensata per essere attuata *contro* le disposizioni materiali di uno specifico atto straniero ma per armonizzare “a monte” i rapporti giuridici secondo il diritto materiale dello Stato del foro, prescindendo dal normale giuoco delle norme di conflitto talché non sarebbe ammissibile una diversità di trattamento all'interno della stessa classe di fattispecie; ancora puntuale soggiunge il testo dell'art. 9 ove si precisa che le norme di applicazione necessaria vanno applicate “a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento”. Secondo la Corte di giustizia, l'art. 9 va interpretato in senso restrittivo⁵⁸, al punto da considerare assolutamente tassativa l'enumerazione (e quindi la portata) delle norme di appli-

⁵⁶ Cfr., in proposito, le conclusioni dell'Avv. gen. Hogan, presentate il 12 maggio 2021, nella causa C124/20, *Bank Melli Iran*, punto 60 (in <https://curia.europa.eu>). Ciò costituisce una conferma del pensiero di R. QUADRI che contestava l'assioma secondo cui le leggi che perseguono un fine politico “fuoriuscirebbero in ogni caso dal riferimento delle norme di diritto internazionale privato”: ciò che conta è la qualificazione del rapporto che, per essere compreso nel diritto internazionale privato, senz'altro afferisce alla sfera dei rapporti di diritto privato (Id., *Leggi politiche e diritto internazionale privato* (1943), ora in *Studi critici, Diritto internazionale privato*, I, I, Milano, 1958, p. 370 ss.), talché le determinazioni assunte sulla base della legislazione di blocco possono circolare nello spazio giuridico dell'UE (*supra*, par. 2).

⁵⁷ Non sembrano di questo avviso gli autori del rapporto esplicativo alla Convenzione, che considerano la formulazione del limite dell'ordine pubblico di portata equivalente ad altre – più generiche – formule contenute nelle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme de L'Aja, in specie di quella sulla scelta della legge applicabile del 2005: F. GARCIMARTÍN, G. SAUMIER, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Explanatory Report by Text adopted by the Twenty-Second Session*, The Hague, 2020, p. 121.

⁵⁸ In tal senso deporrebbe già il testo dell'art. 9: G. Biagioni, *Art. 9 - Norme di applicazione necessaria*, in *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 789.

cazione necessaria⁵⁹. Viceversa, nella legislazione di blocco si continua a rispettare il normale giuoco di apertura verso il diritto straniero, derogandovi per quanto necessario alle esigenze di tutela della sicurezza e della sovranità dello Stato rispetto a specifiche e concrete manifestazioni normative, giudiziarie o amministrative di Stati esteri⁶⁰. Se le norme di applicazione necessaria classiche sono al di fuori delle norme di conflitto, la legislazione di blocco è “dentro” il loro funzionamento con effetti mirati e quindi selettivi per difendere la sovranità nazionale rispetto a talune manifestazioni ostili contenute in atti, normativi o concreti, di Stati esteri senza voler con ciò precludere il normale funzionamento delle regole di conflitto. Anzi, ben potrebbe accadere che un contratto “colpito” da una sanzione secondaria sia normalmente disciplinato – anche per scelta delle parti - da una legge straniera e la legislazione di blocco interviene per l'appunto al fine di assicurare la sua ordinaria applicazione, ponendola al riparo dall'interferenza di una legge straniera inopportuna.

13. La natura “mirata” della legislazione “di blocco” preserva così le formule generali consuete di apertura dell'ordinamento statale verso il diritto straniero in quanto preordinata ad assicurare condizioni di certezza e di uniformità di regolamentazione nello spazio ma, al tempo stesso, esprime una puntuale volontà legislativa di difendere il carattere indipendente e “sovrano” delle norme di diritto internazionale privato del foro. La dimensione ordinamentale si attaglia ovviamente a qualunque realtà che, per il sistema giuridico che esprime e gestisce, sia in grado di misurarsi con interferenze autoritative di leggi straniere. Perciò la legislazione “di blocco” può essere espressa da singoli Stati come anche dall'UE, allorché le interferenze autoritative di leggi straniere incidano su fattispecie assorbite dalle sue competenze. Lo scopo resta sempre quello di elevare uno “scudo” normativo avverso la rilevanza di determinate leggi straniere.

VI. La posizione della legislazione di blocco nel sistema delle fonti

14. L'idoneità della legislazione di blocco di preservare il normale funzionamento delle norme di conflitto ovvero di bloccare la circolazione di provvedimenti di Stati esteri tesi ad interferire con l'ordinaria fisiologia del diritto internazionale privato conferisce a questa legislazione una valenza ben diversa da quella comunemente riconosciuta alle fonti legislative ordinarie. Indubbiamente riconoscere ad essa natura speciale potrebbe essere di ausilio per assicurarle l'incidenza regolatoria dovuta. Ma la situazione merita una valutazione più articolata ed approfondita in considerazione della stessa peculiare natura delle norme in esame.

Come si è più volte osservato, la legislazione di blocco viene adottata per difendere esigenze di sovranità e sicurezza dello Stato, preservando il normale “giuoco” internazionalprivatistico dalle interferenze indesiderate della legislazione extraterritoriale. Il confronto tra norme esalta il primato funzionale della legislazione di blocco rispetto ad un determinato diritto applicabile straniero.

Tale tensione può essere apprezzata rispetto alla disciplina “imperativa” posta dal regolamento “Roma I” in tema di diritto applicabile ai contratti. L'art. 9 del regolamento considera all'interno delle norme di applicazione necessaria tanto quelle dell'ordinamento del foro che quelle di Stati terzi che presentano una particolare connessione con il contratto. Quest'ultime potrebbero astrattamente includere anche le norme dall'efficacia extraterritoriale di uno Stato terzo diverso da quello la cui legge sia

⁵⁹ Corte di giustizia, sent. 18 ottobre 2016, causa C135/15, *Nikiforidis*, punti 44 e 49. Come aveva avvertito anni addietro Luzzatto, l'inclinazione ad utilizzare la categoria delle norme di applicazione necessaria in modo improprio rischia di renderla “poco più che una locuzione di stile destinata a coprire realtà assai diverse fra loro” (Id., *Le norme di diritto internazionale privato* (1993), ora in R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici. Scritti scelti a cura degli allievi*, Torino, 2024, p. 326).

⁶⁰ Se proprio si vuole ricercare una qualche affinità con istituti tradizionali, la legislazione di blocco si avvicina più al funzionamento delle norme di diritto internazionale privato materiale che preservano il normale giuoco conflittuale nella misura in cui ne siano assicurati – per l'appunto - determinate finalità materiali. Ma, a differenza di quest'ultima categoria, la legislazione di blocco interviene all'interno della dinamica conflittuale unicamente con lo scopo di espungere una determinata normativa straniera “ostile” rispetto alla sovranità dello Stato restando “neutrale” quanto all'assetto regolatorio determinato dall'eventuale applicazione di altre norme straniere.

richiamata⁶¹. Un tale rilievo, oltre ad essere talora evitato nella prassi⁶², deve però confrontarsi con la legislazione di blocco che interdice l'applicazione di quella norma. Si pone in tali casi un raffronto tra fonti che hanno idealmente un medesimo valore “imperativo”, ma il cui esito è scontato a favore della legislazione di blocco del foro (sempre che la legislazione straniera non sia stata emanata a sostegno di determinazioni assunte dal Consiglio di sicurezza).

15. Quali sono le ragioni che giustificano questa prevalenza?

Una facile spiegazione potrebbe essere nel senso di esaltare il carattere speciale della legislazione di blocco facendola prevalere rispetto ad ipotetiche norme generali. Ma anche la legislazione extraterritoriale che essa vuole contrastare ha carattere speciale, atteso che opera a prescindere dal funzionamento ordinario delle norme di diritto internazionale privato. Le antinomie tra norme speciali verrebbero quindi a comporsi secondo il criterio della successione delle norme nel tempo, di modo che la norma speciale successiva prevarrebbe su quella precedente.

Ma un simile approccio non tiene conto della vera natura del conflitto tra ordinamenti. Ne è una dimostrazione la circostanza che, negli ordinamenti che spiegano l'apertura verso il diritto straniero come una manifestazione di *comity*, il primato della legislazione di blocco trova agevolmente spiegazione nell'autonoma considerazione con cui lo Stato del foro gestisce o presidia gli spazi della propria sovranità o di quella altrui ricorrendo soprattutto a tecniche di bilanciamento di interessi⁶³. Ma se l'apertura al diritto straniero è considerata – come avviene negli ordinamenti di *civil law* – una scelta voluta dell'ordinamento per assicurare un grado prevedibile ed effettivo di certezza del diritto per i privati, allora la preminenza della legislazione di blocco assume una rilevanza costituzionale. Questo approccio sgombra il campo dal ricorso al criterio di specialità, al quale – come si è prima accennato – potrebbero attagliarsi secondo i canoni tradizionali sia la legislazione extraterritoriale sia la conseguente legislazione di blocco, di modo che la legge speciale successiva andrebbe a derogare la legge speciale antecedente. Ma, a parere di chi scrive, è decisamente differente la loro valenza normativa. In particolare, la prevalenza della legislazione di blocco sta nella sua peculiare aderenza a considerazioni di sovranità essenziale dello Stato del foro, tanto che la prima si potrebbe configurare alla stregua di una manifestazione formale di ordine pubblico. Era, del resto, questa la formulazione dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale preliminari al Codice civile italiano del 1865 (“Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume”)⁶⁴, voluta dallo stesso Mancini con riferimento tanto a leggi straniere che a determinazioni concrete di autorità estere. Nella logica statalista e positivista che imperò tra la fine dell'Ottocento e la prima parte del Novecento la nozione di ordine pubblico veniva a confluire indistintamente con quella delle norme interne che erano di necessaria applicazione, generando una confusione concettuale che verrà sciolta solo a partire dagli scritti di Giuseppe Sperduti⁶⁵.

Chiarita la natura delle norme di applicazione necessaria ed esclusa la loro rilevanza in relazione alla legislazione di blocco, quest'ultima può essere considerata invece una manifestazione del c.d. “ordine pubblico internazionale”. Specie negli ultimi tempi si è riaperto in Italia il dibattito sull'idoneità di norme di legge a fungere quale parametro di ordine pubblico al fine di escludere l'applicazione di determinate leggi straniere o il riconoscimento di determinate decisioni giudiziarie straniere e ci altri atti pubblici stranieri⁶⁶. A ciò si è opposto che, nell'ambito di una società aperta, i limiti in questione operano

⁶¹ Cfr. FERRARIO, op. cit., p. 525.

⁶² M. LIEBERKNECHT, *The renaissance of the Blocking Statute*, in *Conflict of Laws.net*, 12 dicembre 2018.

⁶³ Cfr. H. G. MAIER, *Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction*, in *American Journal of Comparative Law*, 1983, p. 589 ss.; vedi anche D. SENZ, H. CHARLESWORTH, op. cit., p. 84 e le perplessità ivi espresse.

⁶⁴ Corsivi aggiunti.

⁶⁵ Vedi in particolare G. SPERDUTI, *Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1976, p. 469 ss.

⁶⁶ Vedi in proposito O. FERACI, *La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.) n. 12193/2019: tra «costituzionalizzazione attenuata» e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1137 ss.

solo se rischiano di essere compromessi valori costituzionali, ancorché semplicemente “inverati” in atti normativi ordinari⁶⁷. Ebbene, la legislazione di blocco ne rappresenta per l'appunto una manifestazione, idonea a comprendere sia la funzione negativa dell'ordine pubblico che la sua funzione positiva di coordinamento tra ordinamenti stranieri perché sottrae la regolamentazione dei rapporti di diritto privato alle incertezze derivanti dal “conflitto” tra sfere di sovranità⁶⁸. Vale a dire che vi sono “leggi di ordine pubblico” (senza confonderle con le leggi di “diritto pubblico”⁶⁹) che per l'appunto “inverano” esigenze specifiche e puntuali di difesa della moderna sovranità costituzionale dello Stato, in armonia con la c.d. concezione positiva dell'ordine pubblico: la legislazione di blocco ne costituisce uno svolgimento in quanto affermazione del principio di territorialità⁷⁰. In forza della loro sostanziale rilevanza costituzionale, le norme suddette contrastano l'efficacia nel foro delle norme straniere (ancorché di natura “imperativa”⁷¹), senza però aggirare il funzionamento ordinario delle norme di diritto internazionale privato come invece accade per le norme di applicazione necessaria. Ciò non costituisce una contraddizione poiché l'ordine pubblico internazionale opera solo nella misura in cui è richiesta la sua funzione di difendere valori essenziali dell'ordinamento del foro: essa si può considerare esaurita una volta che sia stato evitato l'ingresso di un atto che sia manifestamente ostile ma ciò non preclude che l'ordinamento possa accogliere altre formule di diritto estraneo per la regolamentazione della fattispecie. Ne è una dimostrazione l'art. 16, 2° comma, della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato che, in caso di preclusione dell'ordine pubblico all'applicazione di una determinata legge straniera, contempla il riferimento ad altre leggi straniere richiamate sulla base di altri criteri di collegamento alternativi o sussidiari.

VII. La legislazione “di blocco” quale espressione della sovranità “agile” dello stato del foro

16. Resta tuttavia il dato, difficilmente controvertibile, che la certezza delle situazioni giuridiche imposta dalla legislazione di blocco viene assicurata solo “nel chiuso” dell'ordinamento che la emana⁷². Ciò dipende dalla natura di questa legislazione che ha portata esclusivamente territoriale, vale a dire circoscritta all'ambito di giurisdizione territoriale (o aree equivalenti) dello Stato che la adotta. Per assicurarne l'effettività, la legislazione di blocco è generalmente corredata da misure sanzionatorie⁷³ ovvero dal diritto dell'interessato a pretendere ed ottenere il risarcimento conseguente alla mancata osservanza della legislazione di blocco. del resto, come si è già accennato, le relative decisioni rientrano nel

⁶⁷ Cfr. F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 259 ss.

⁶⁸ Lo schematismo con cui si continua ad attingere all'ordine pubblico la sua funzione esclusiva di limite all'efficacia del diritto straniero assegnando invece alle sole norme di applicazione necessaria una funzione positiva (cfr. M.-P. WELLER, A. SCHULZ, *Political Private International Law*, cit., p. 290 ss.) trascura di considerare per l'appunto il compito di coordinazione dell'ordine pubblico, finalizzato ad individuare quei valori materiali irrinunciabili del foro (giustamente di rilevanza costituzionale) alla cui realizzazione devono essere preposte anche le norme straniere. Valga solo il riferimento al valore dell'interesse superiore del minore: una regolamentazione estranea al foro intanto potrà essere da questo accolta in quanto funzionale all'effettivo perseguimento di tale interesse.

⁶⁹ Nota bene la formulazione G. DIENA, op. cit., p. 387.

⁷⁰ Vedi su ciò in particolare R. QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato* (1936), ora in *Studi critici*, cit., p. 69.

⁷¹ Cfr. R. LUZZATTO, S. M. CARBONE, *Obbligazione. VI) Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto* (1990), ora in R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici. Scritti scelti a cura degli allievi*, Milano, 2023, p. 307.

⁷² È vero pure che la diffusione di questo strumento normativo in più Stati rende plausibile una relativa convergenza di risultati tesa a “sterilizzare” la legislazione extra-territoriale ostile, favorendo una regolamentazione prevalentemente uniforme nello spazio.

⁷³ Cfr. T. RUYTS, C. RYNGAERT, *Secondary Sanctions: a Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions*, in *British Yearbook of International Law*, 2020, p. 87 ss. Tuttavia, nel caso del regolamento UE, la determinazione delle sanzioni è rimessa ai singoli Stati membri (art. 9: “Ciascuno Stato membro decide le sanzioni da imporre in caso di violazione delle pertinenti disposizioni del presente regolamento. Tali sanzioni devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive”). Per l'Italia vedi il decreto legislativo 26 Agosto 1998, n. 346 (articolo unico). Per una panoramica più ampia della prassi statale, cfr. D. ROVETTA, G. PANDEY, A. SMIAŁACZ, *Don't Wake up the (EU) Bear! The Scope of the EU Blocking Regulation 2271/96 in Light of the Recent Preliminary Ruling Reference in Bank Melli V. Telekom Deutschland Case, C-124/20*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2021, vol. 16, fasc. 2, p. 50 s.

regime di libera circolazione delle decisioni ai sensi del sistema “Bruxelles I”. A prescindere da quali possano essere le reali possibilità di *enforcement* della legislazione di blocco in rapporto a quelle della legislazione extraterritoriale⁷⁴, è indubbio che si determini un’obiettivo condizione di incertezza – se non di danno – per l’attore privato destinatario di impulsi normativi opposti che non si elidono nello spazio proprio perché gli effetti dell’uno e dell’altro sono territorialmente circoscritti.

D’altro canto, la legislazione “di blocco” opposta a quella extraterritoriale, è espressione di un potere sovrano che il diritto internazionale non può elidere, anzi deve preservare proprio in ragione del primato che comunque va riconosciuto alla giurisdizione territoriale. Dal punto di vista interno, la legislazione di blocco è la manifestazione “costituzionale” del principio di territorialità che comunque prevale, per volontà del sovrano territoriale, su qualunque formula di coordinamento delle funzioni sovrane nello spazio⁷⁵, anche se costituzionalmente pure garantita.

Il conflitto tra poteri sovrani, tanto più se non composto attraverso mezzi di risoluzione pacifica delle controversie, sublima l’assetto statocentrico del diritto internazionale. Come si è già osservato, la puntuale volontà dello Stato del foro di precludere l’interferenza della legge straniera verrà osteggiata dallo Stato che ha emanato la legislazione extraterritoriale interdotta dalla legislazione “di blocco”. Tuttavia, la prima non intende compromettere lo schema strutturale di società aperta poiché essa non investe tutti gli effetti extra-territoriali che uno Stato può subire e tollerare attraverso i meccanismi ordinari di diritto internazionale privato: lo Stato decide di reagire solo se e quando la legislazione extraterritoriale è considerata ostile. In definitiva, la legislazione di blocco non aggira e non altera l’ordinaria disciplina di diritto internazionale privato, quanto piuttosto cerca di difenderla da interferenze autoritative non gradite. Lo Stato gestore di un ordinamento ispirato ad una logica di apertura non intende ripudiarla ma “qualificarla” nel senso di escludere quelle determinazioni di ordinamenti estranei che, per il loro contenuto (astratto o concreto), ledono propri interessi essenziali.

17. In ultima analisi, lo Stato del foro che adotta la legislazione “di blocco” modula l’esercizio della propria sovranità nella duplice direzione sia dell’apertura al diritto straniero sia della interdizione di una determinata legge o atto pubblico stranieri. Queste manifestazioni “multifunzionali” della sovranità di uno Stato costituiscono una piena rappresentazione del carattere “agile” che assume la sovranità dello Stato nell’esperienza contemporanea. Essa non è più (se mai lo è stato) un blocco autoreferenziale e auto-poietico destinato a monopolizzare la vita sociale e giuridica di un dato ordinamento. Neppure, però, può ritenersi esaurita la funzione dello Stato-nazione perché assorbita da manifestazioni di “sovranità condivisa” all’interno di organizzazioni internazionali se non addirittura di “governo sovranazionale”⁷⁶. Vi possono essere valori condivisi ma non sovranità condivise, talché ben emergono divergenze di interessi – costituzionalmente ed internazionalmente apprezzabili anche tra Stati che abbiano valori condivisi - tra sfere sovrapposte di sovranità (all’origine della efficacia extraterritoriale e della legislazione di blocco) che si radicano su presupposti diversi quali il principio di nazionalità e il principio di territorialità. Il nocciolo duro della sovranità nazionale resta tutt’oggi incontrovertibile ed esso si articola in una serie di possibili manifestazioni non sempre necessariamente compatte e interdipendenti tra loro.

Nello schema di “sovranità agile”, lo Stato contemporaneo utilizza gli strumenti di “Pubblico potere” in rapporto alle circostanze concrete secondo modalità compatibili con il modello di società “aperta”. Così come è sovrana la determinazione dello Stato di stabilire questa apertura e fissarne le coordinate, parimenti è una determinazione sovrana dello Stato quella che sopravviene per interdire

⁷⁴ Cfr. M. J. HODA, *The Aerospace Dilemma: Why U.S. Courts Ignore Blocking Statutes and What Foreign States Can Do about It*, in *California Law Review*, 2018, p. 231 ss. Va altresì ricordato che il regolamento UE 2271/1996 prevede la possibilità (art. 5, par. 2) che il privato danneggiato dalla legislazione di blocco chieda misure di deroga alla Commissione UE.

⁷⁵ Questa tesi veniva già sottolineata da P. FEDOZZI, *De l’efficacité extra-territoriale des lois et des actes de droit public*, in *Recueil des Cours*, vol. 27 (1929), p. 164: ... les États ont le droit de s’opposer à ce qu’un autre État fasse procéder sur leur territoire à des actes constituant ou assurant l’exécution de sa loi administrative et impliquant exercice du droit de souveraineté, tandis qu’ils n’ont aucune raison de voir leurs droits souverains atteints par le simple fait qu’un autre État adresse des ordres à des personnes se trouvant sur leur territoire”; Ciò evidentemente nell’assunto che, fatta salva l’esistenza di obblighi internazionali dello Stato, le determinazioni pubblicistiche di Stati esteri hanno efficacia solo se vi sia il consenso (o la tolleranza) dello Stato nel cui territorio tali atti dovrebbero esplicare i loro effetti (ivi, p. 166).

⁷⁶ Cfr. M. H. DE LA MADRID, *National Sovereignty and Globalization*, in *Houston Journal of International Law*, 1997, p. 563.

l'ingresso di norme o atti estranei ritenuti inconciliabili con interessi essenziali dello Stato. L'una e l'altra manifestazione di sovranità operano nel comune presupposto che non vi è un ordinamento giuridico esclusivo ma una pluralità di ordinamenti sovrani, rispetto ai quali il singolo ordinamento statale deve porsi con un atteggiamento – nel contempo – ora di coesistenza “attiva” ora di difesa delle proprie prerogative essenziali. Il diritto internazionale privato bene si presta a questa duplice funzione, assorbendo le opposte determinazioni della “sovranità agile”.

Parejas de hecho y pensión de viudedad española en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Unmarried couples and Spanish widow's/widower's pension in the case law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 14.03.2024 / Aceptado: 02.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8981

Resumen: La pensión de viudedad en la legislación española tiene una larga tradición histórica pero su reconocimiento estaba reservado exclusivamente para uniones matrimoniales heterosexuales. Los cambios sociales experimentados en las últimas décadas, la regulación del matrimonio homosexual y la crisis del modelo tradicional de familia culminaron en la ley 40/2007 que reconoció el derecho a pensión de viudedad para parejas de hecho homosexuales y heterosexuales. No obstante, al no existir aún una plena equiparación entre pareja de hecho y matrimonio, ello ha provocado interesantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la legislación española que son objeto de análisis en este artículo.

Palabras clave: Parejas de hecho, pensión de viudedad, derecho de propiedad.

Abstract: The widow's pension in Spanish legislation has a long historical tradition but its recognition had been reserved exclusively for heterosexual marital unions. The social changes experienced in recent decades, the regulation of same-sex marriage and the crisis of the traditional family model culminated in Law 40/2007, which recognized the right to a widow's pension for same-sex and heterosexual unmarried couples. However, as there is still no full equality between domestic partnership and marriage, this has led to interesting pronouncements by the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights on Spanish legislation, which are the subject of analysis in this article.

Keywords: Unmarried couples, widow's pension, property rights.

Sumario: I. Parejas de hecho y pensión de viudedad: evolución de la jurisprudencia y la legislación española. II. Uniones de personas del mismo o distinto sexo y el Derecho de la Unión Europea. III. Pensión de viudedad española y parejas de hecho: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021. IV. Parejas de hecho, pensión de viudedad, derecho de propiedad y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Muñoz Díaz contra España. 2. Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España. 3. Valverde Digón contra España. V. Conclusiones.

I. Parejas de hecho y pensión de viudedad: evolución de la jurisprudencia y la legislación española

1. La pensión de viudedad en España se configura legalmente como una prestación vitalicia de Seguridad Social en su modalidad contributiva. Su finalidad es afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de la contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad.

2. La exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social no infringe el artículo 14 de la Constitución española, “ya que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes”, si bien “el legislador puede organizar la pensión de viudedad, dentro de su amplia libertad de decisión y configuración del sistema público de Seguridad Social, extendiendo en su caso dicha prestación a las uniones de hecho (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre -ECLI:ES:TC:1990:184- y 66/1994, de 28 de febrero -ECLI:ES:TC:1994:66-, entre otras).

3. Aunque el reconocimiento de una pensión vitalicia al cónyuge superviviente tiene una larga tradición histórica en el Derecho español¹, respecto a las parejas de hecho estamos ante una conquista social y jurídica reciente. El primer hito en este arduo camino lo constituyó la ley 30/1981, que reguló el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio. Su Disposición Adicional Décima, segundo párrafo, reconoció derecho a pensión de viudedad provisionalmente a “*quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley*”. Conviene precisar que tal previsión solo era aplicable a las parejas heterosexuales ya que el matrimonio homosexual no fue regulado en España hasta la ley 13/2005, de 1 de julio.

4. Habría que esperar a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre -que tuvo su origen en un Acuerdo tripartito alcanzado por el Gobierno con los interlocutores sociales- para que se reformara el artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS) 1/1994 que incorpora la siguiente definición de pareja de hecho a efectos de Seguridad Social: “*la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*”. Asimismo, se exigía la dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. De los requisitos expuestos se infiere que reconocer el derecho a pensión de viudedad a las parejas de hecho no implica que exista “plena equiparación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad entre los matrimonios y las parejas de hecho” (STC 41/2013, de 14 febrero -ECLI:ES:TC:2013:41-).

5. Como señala la exposición de motivos de la Ley 40/2007, la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hacía imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación. Puesto que la pensión de viudedad no se instauró para todas las parejas de hecho sino únicamente en favor de aquellas parejas en la forma legalmente establecida, esto originó gran controversia porque la Ley 40/2007 estableció en el artículo 174.3, apartado quinto, del TRLGSS 1/1994 que “*en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio...la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica*”.

¹ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Inés (Gómez) de Paz -deuda de Hernán Cortés- primera pensionista de viudedad de la Nueva Galicia de la Nueva España en 1577”, *E-Revista Internacional de la Protección Social* n° 2/2019, pp.4-8.

6. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo planteó una cuestión de inconstitucionalidad al entender que el citado párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS podía vulnerar el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 14 de la Constitución: parejas de hecho en idéntica situación fáctica podrían ver reconocido o denegado su derecho a la pensión de viudedad en función únicamente de la Comunidad autónoma en que tuvieran su residencia o vecindad, y más en concreto, en función de si dicha Comunidad cuenta o no con Derecho civil propio-

7. El precepto cuestionado fue declarado inconstitucional por la STC 40/2014, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2014:40), debido a que introducía un factor de diversidad basado en la residencia, generando con ello una desigualdad de trato jurídico de la pensión de viudedad contrario a los artículos 14 y 149.1.17 de la Constitución. En el mismo sentido se pronunciaron las SSTC 51/2014, de 7 abril (ECLI:ES:TC:2014:5) y 60/2014, de 5 mayo (ECLI:ES:TC:2014:60).

8. Pero ni el Tribunal Constitucional, ni la legislación adoptada con posterioridad, tuvieron en cuenta la situación específica de aquellas personas que habían solicitado la pensión antes de la STC 40/2014, que procedió a uniformar el régimen jurídico aplicable en todo el territorio español.

9. A mayor abundamiento, actualmente, los requisitos para acreditar la existencia de pareja de hecho son interpretados de idéntica forma, ya sea de aplicación el TRLGSS o la normativa de Clases Pasivas. En este sentido, la STS de 24 de marzo 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo (ECLI:ES:TS:2022:1290) -analizando el artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987- aun partiendo de la premisa de que “no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto”- resolvió que “la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante”. Es decir, aplica los mismos criterios que la jurisprudencia del orden social.

10. En relación con la Ley 40/2007 hay que señalar que también fue declarada inconstitucional su Disposición Adicional Tercera, que estableció con carácter excepcional la posibilidad de solicitar la pensión de viudedad cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley siempre que, además de los requisitos generales de alta y cotización concurrieran otros requisitos y, entre ellos, que “*el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes*”. Esta exigencia, aparentemente neutral, fue declarada inconstitucional por la STC 41/2013, de 14 de febrero -ECLI:ES:TC:2013:41- “al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes”.

11. Actualmente, la regulación de la pensión de viudedad para parejas de hecho se encuentra contenida en el artículo 221.2 del TRLGSS 8/2015, subsistiendo diferencias en cuanto a los requisitos para el reconocimiento de la pensión en función del estado civil del sujeto causante.

12. Un ejemplo de lo anterior es que, respecto a las uniones de hecho incluso aunque hubiera habido violencia de género, se exigía el cumplimiento del mantener la convivencia, lo que no se exigía en los casos de separación o divorcio. La STS de 14 de octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3486) resolvió -en base a una interpretación con perspectiva de género-, que conforme al artículo 221 TRLGSS 8/2015 “si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho”.

II. Uniones de personas del mismo o distinto sexo y el Derecho de la Unión Europea

13. Igual que ha evolucionado la sociedad española y europea ante la realidad de las uniones de personas del mismo sexo o distinto sexo, también lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo:

14. En una primera fase, a la que corresponde la sentencia Grant², el Tribunal de sostuvo que puesto que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente...en el estado actual del Derecho comunitario, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo”. En esta sentencia se viene a reconocer, implícitamente, que la definición del matrimonio es una cuestión de Derecho de familia que compete a los Estados miembros.

15. En la misma línea se pronunció en el asunto D y Suecia/Consejo³, planteado como consecuencia de la negativa del Consejo a reconocer el estado de casado a un funcionario de las Comunidades Europeas, miembro de una pareja inscrita como tal en el pertinente registro de su país de origen. El Tribunal desestimó el recurso, negado la existencia de discriminación alguna, y ello, entre otros motivos, en base a que “el término matrimonio, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo...y la situación existente en los Estados miembros de la Comunidad en cuanto al reconocimiento de las relaciones de pareja entre personas del mismo o distinto sexo está caracterizada por una gran variedad de legislaciones y por una falta general de equiparación entre el matrimonio, por una parte, y las demás formas de unión legal, por otra”. Pese al fallo adverso, la Comisión Europea dio instrucciones para que los matrimonios de funcionarios casados con arreglo al Código Civil neerlandés disfrutaran de las mismas condiciones que cualquier otro matrimonio reconocido en los Estados miembros”⁴.

16. Una segunda etapa se inicia con el asunto K.B⁵, que trae causa de la negativa de las autoridades británicas a reconocer la condición de cónyuge superviviente a la pareja transexual de una trabajadora. Y ello debido a que ninguna disposición jurídica del Reino Unido reconocía la condición de cónyuge a falta de matrimonio legal y, de otra parte, porque en un supuesto como el del litigio estaba vedado contraer matrimonio ya que la normativa británica ni permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni tampoco autorizaba el cambio legal de identidad sexual cuando una persona se ha sometido a una operación de cambio de sexo. En el citado asunto, Tribunal de Luxemburgo tomó como referencia la más reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ y llega a la conclusión de que “el artículo 141 del Tratado CE se opone, en principio, a una legislación contraria al CEDH que impide que una pareja como K.B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro”.

17. El caso Maruko⁷ versó sobre la negativa a reconocer una pensión de supervivencia a la pareja estable de un afiliado al régimen de previsión profesional tras el fallecimiento del sujeto causante.

² STJCE de 17 de febrero de 1998, -249/96, (Grant), ECLI:EU:C:1998:63. El litigio se suscitó respecto a una normativa empresarial que contemplaba una disminución del precio del transporte a favor del cónyuge del trabajador o de la persona del otro sexo con la que convivía maritalmente.

³ STJCE de 31 de mayo de 2001, - 122/99 y 125/99, (D y Suecia/Consejo), ECLI:EU:C:2001:304.

⁴ C.GONZÁLEZ BEILFUS, *Parejas de Hecho y Matrimonios del Mismo Sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004; p.73.

⁵ STJCE de 7 de enero de 2004, -117/01, (K.B.), ECLI:EU:C:2004:7.

⁶ SSTEDH de 11 de julio de 2002, (Goodwin/Reino Unido e I/ Reino Unido), TEDH 1996/21.

⁷ STCE de 1 de abril de 2008, -267/06, (Maruko), ECLI:EU:C:2008:179.

El TJUE partió de la premisa de que, si bien el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros, y que el Derecho comunitario no restringe, se ha de recordar, sin embargo, que, en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación. El TJUE falló que “el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia”.

18 Interesante resulta también la sentencia de 26 de junio de 2018⁸ que analiza un supuesto de hecho menos frecuente: las consecuencias -a efectos del derecho a pensión- del cambio de sexo de uno de los cónyuges vigente el matrimonio y deseando ambos mantener el vínculo matrimonial. El tribunal remitente preguntó si la Directiva 79/7, “relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que una persona que ha cambiado de sexo cumpla no solo criterios de carácter físico, social y psicológico, sino también el requisito de no estar casada con una persona del sexo que ha adquirido. El Tribunal de Luxemburgo falló que la normativa nacional controvertida constituye una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la Directiva 79/7.

19. En la cuestión prejudicial Römer⁹ el demandante en el litigio principal y su compañero constituyeron una pareja estable inscrita conforme a la normativa nacional alemana. A diferencia de la prestación sobre la que versaba el litigio en el asunto que dio lugar a la sentencia Maruko, antes citada, que era una pensión de supervivencia, la prestación sobre la que versa el litigio principal en el presente asunto consiste en la pensión complementaria de jubilación que la Freie und Hansestadt Hamburg abona a uno de sus antiguos empleados. Por otro lado, consta que la aplicación de la normativa del Land de Hamburgo controvertida en el litigio principal no sólo presupone que el beneficiario esté casado, sino también que no viva permanentemente separado de su cónyuge. La finalidad de tal normativa es procurar que se obtenga, al alcanzarse la edad de jubilación, una renta de sustitución que se supone es beneficiosa no sólo para el interesado, sino también, indirectamente, para las personas que viven con él.

20. Resulta acreditado del expediente que la pensión del Sr. Römer habría aumentado si en octubre de 2001 hubiera contraído matrimonio, en lugar de constituir una pareja estable inscrita con un hombre. El Tribunal falló que los artículos 1 y 2 de la Directiva 2000/78, en relación con el artículo 3, apartados 1, letra c) de la misma, se oponen a una disposición nacional como la controvertida en el litigio en virtud de la cual el beneficiario que ha constituido una pareja estable inscrita percibe una pensión complementaria de jubilación de cuantía inferior a la que se reconoce al beneficiario casado que no viva permanentemente separado, si (como ocurría en Alemania) “en el Estado miembro en cuestión el matrimonio se reserva exclusivamente a personas de sexo diferente y coexiste con el régimen de pareja estable inscrita reservado exclusivamente a las personas del mismo sexo. El Tribunal, asimismo, aprecia discriminación directa por motivos de orientación sexual.

21. Vinculado con el tema de pensión de viudedad está el del derecho de uno de los miembros de la pareja de hecho a reagrupar al otro miembro que no es nacional del Estado de residencia. En esta materia resulta pionera y emblemática la sentencia Reed¹⁰. El litigio se suscitó por la negativa de las autorida-

⁸ STJUE de 26 de junio de 2018, -451/16, (MB), ECLI:EU:C:2018:492.

⁹ STJUE de 13 de junio de 2017, -258/14, (Römer), ECLI:EU:C:2017:448.

¹⁰ STJCE de 17 de abril de 1986, -59/85, (Reed), ECLI:EU:C:1986:157: “el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento 1612/68 no puede interpretarse en el sentido de que la persona que mantenga una relación estable con un trabajador nacional de otro Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro deba ser equiparada, en determinadas condiciones, al cónyuge contemplado por dicha disposición”.

des de los Países Bajos a concederle el permiso de residencia a la compañera sentimental de un británico que trabajaba en dicho Estado. En dicha sentencia -que con fino sentido del humor Mancini¹¹ calificó de “ejercicio de alta acrobacia jurídica”- el Tribunal reconocía que la interpretación de conceptos tales como el de “cónyuge”, basados en la evolución histórica de la sociedad, no podía fundarse sólo en la situación de un único Estado miembro, sino que era preciso atender a la situación en la totalidad de la Comunidad.

22. Estos criterios llevaron al Tribunal a considerar que, en defecto “de indicación de una evolución social de orden general que justifique una interpretación extensiva, y a falta de indicación contraria en el Reglamento 1612/68, es necesario constatar que al utilizar la palabra “cónyuge”, el artículo 10 del Reglamento contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio.” No obstante, la sentencia Reed recurrió al concepto de ventaja social establecido en el artículo 7.2 del citado Reglamento 1612/68 a fin de reconocer el derecho de la pareja del trabajador migrante a instalarse con él en el territorio de otro Estado miembro.

III. Pensión de viudedad española y parejas de hecho: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021¹²

23. Plantea la cuestión prejudicial la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La demandante en el litigio principal fue pareja de hecho durante más de veinte años del sujeto causante que falleció en 2017 y de esa unión nacieron dos hijos. Un mes antes del óbito solicitaron su inscripción en el Registro de Parejas Estables de Cataluña. La petición de pensión de viudedad fue desestimada en la instancia por no cumplirse el requisito de haberse constituido la pareja formalmente con dos años de antelación al fallecimiento del sujeto causante, requisito de formalización no aplicable en Cataluña hasta que la SCT 40/2014, de 11 de marzo, declaró inconstitucional el apartado quinto del artículo 174.3 TRLGSS 1/1994.

24. La citada sentencia 40/2014 fue interpretada y aplicada, en la práctica judicial y administrativa, en el sentido de que el requisito de formalización de la relación de pareja de hecho con una carencia temporal de dos años se aplicaba a los procedimientos administrativos o judiciales en curso, aun cuando el fallecimiento del causante se hubiese producido con anterioridad a dicha sentencia. Y sin que el legislador adoptara ninguna medida transitoria para que las parejas de hecho pudieran adaptarse a la reforma sin perder sus expectativas a causar una pensión de viudedad.

25. Es de resaltar que el Registro Público de Parejas de Hecho de Cataluña no se creó hasta el 1 de abril de 2017. No obstante, la inscripción formal de las parejas de hecho podía realizarse en cualquier momento anterior mediante acta notarial.

26. La Sala de lo Social del TSJ al formular la cuestión prejudicial invoca el caso Florescu¹³ pues “considera que los derechos derivados del pago de una prestación social como la pensión controvertida en el litigio principal constituyen derechos patrimoniales a efectos del artículo 1 del Protocolo Adicional nº 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y están, por tanto, incluidos en el ámbito de aplicación del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 17, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentals de la Unión Europea”.

27. Destaca la Sala del TSJ de Cataluña al plantear la cuestión prejudicial que “tanto en Cataluña como en el resto de España, la pensión de viudedad está feminizada, ya que los beneficiarios de tal pen-

¹¹ G. F. MANCINI, *La Circulación de los Trabajadores por Cuenta Ajena en la Jurisprudencia de Comunitaria*, Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos, Universidad de Granada, 1990, p.25.

¹² STJUE de 14 de octubre de 2021, -244/20, (F.C.I.), (ECLI:EU:C:2021:854).

¹³ STJUE de 13 de junio de 2017, -258/14, (Florescu), EU:C:2017:448).

sión son mujeres en un porcentaje que supera el 90 %” y que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo el requisito temporal exigido por la STC 40/2014”. En opinión de la Sala de lo Social del TSJ, la “restricción de acceso a la pensión controvertida en el litigio principal derivada de la sentencia del Tribunal Constitucional constituye una discriminación indirecta por razón de sexo”.

28. Ahora bien, el TSJ de Cataluña conoce perfectamente que la pensión de viudedad está excluida del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 “relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social” y que, por tanto, no podría invocarla para fundar la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la UE. Para salvar este escollo el TSJ de Cataluña sostuvo un audaz argumento: que “la exclusión de las pensiones de viudedad del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 no es conforme con el principio de igualdad consagrado en los artículos 2 TUE y 3 TUE, ni con el artículo 19 TFUE y el artículo 21 de la Carta”.

29. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la “supuesta discriminación controvertida en el litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sino que deriva de una diferencia de trato entre las parejas registradas y las parejas no registradas debido a la naturaleza de su relación”. Destaca reiteradamente la exclusión de las prestaciones a favor de los supervivientes del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, de conformidad con su artículo 3.2. Por tanto, “al no imponerse a los Estados miembros obligación alguna a este respecto, esta pensión no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, de la Carta”. Rotundamente resuelve el Tribunal que “el principio de no discriminación no puede conllevar que se aplique el Derecho de La UE a actos de Derecho derivado no adoptados sobre la base de dicho artículo o de otras disposiciones de los Tratados”.

30. Y es que, efectivamente, la Directiva 79/7 es anterior en el tiempo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, anterior al TFUE y al Tratado de la Unión Europea. No hay que olvidar que cuando esta Directiva se adoptó estaba en vigor el Tratado de la CE, que únicamente dedicaba un artículo a la igualdad entre hombres y mujeres en materia salarial (el artículo 119). Pero la Directiva 79/7 no encuentra su fundamento en ese artículo 119 sino en el 235 del Tratado de la Comunidad Europea, que ninguna relación guarda con la igualdad¹⁴. Por tanto, lo que la sentencia del Tribunal de Justicia viene a significar es que los artículos que actualmente proclaman el derecho a la no discriminación en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no pueden aplicarse a disposiciones de Derecho derivado que ni se fundan ni desarrollan dichos artículos.

31. La sentencia del TJUE merece, sin embargo, una crítica: el Tribunal de Luxemburgo se declaró incompetente para resolver la segunda cuestión prejudicial planteada por el TSJ: sobre “si debía ser interpretado el artículo 6 del TUE y el artículo 17, apartado 1, de la Carta, a la luz del artículo 1 del Protocolo adicional n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que se oponen a una medida nacional, como la considerada en el litigio principal”. En otras palabras, lo que se plantea es si la reforma en España de los requisitos para acreditar la existencia de una pareja de hecho y lucrar una pensión de viudedad conculca el derecho de propiedad reconocido por el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

32. A primera vista, puede resultar extraño que el TSJ de Cataluña invoque en la cuestión prejudicial el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que para comprender este punto hay que realizar una somera explicación previa. Hay que partir de la premisa de que todos los Estados miembros de

¹⁴ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España” en: A. VICENTE PALACIO, *Aplicación por los Tribunales Españoles de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia Social*, Atelier, Barcelona, 2023, p.302: no todas las Directivas en materia laboral y social tienen igual fortaleza jurídica. Únicamente el principio de igualdad de retribuciones se encuentra plasmado en el Derecho originario.

la Unión Europea han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A mayor abundamiento, el artículo 218.6 del TUE prevé la posibilidad de firmar un Acuerdo de Adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

33. Pero, y esto es lo relevante, la Unión Europea ni lo ha firmado ni es previsible que lo haga tras el Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 declarando la incompatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos con el Derecho originario de la Unión. En última instancia el escollo que hace imposible esta adhesión es la eventualidad de que la jurisprudencia del TEDH pudiera prevalecer sobre la interpretación del Derecho de la Unión efectuada por el TJUE. Así se infiere del Dictamen citado cuando afirma en su apartado 183 que “un acuerdo internacional únicamente puede afectar a sus propias competencias (del TJUE) si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico comunitario”. Y aún más claramente, en el apartado 186 se lee que las apreciaciones del TJUE “relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH”.

34. En síntesis, “un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario” (apartado 201 del Dictamen 2/13). Es decir, que pese al “diálogo” y recepción de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJUE, sería contrario al Derecho de la Unión Europea que el TEDH primara sobre el TJUE.

35. Pese a todo ello, a partir de la sentencia *Nold* el TJUE declarará que “los instrumentos internacionales referentes a la protección de los Derechos Humanos en los que han cooperado o a los que se han adherido los Estados miembros también pueden contener elementos que conviene tener en cuenta en el Derecho comunitario”¹⁵. Jurisprudencia que se reitera en infinidad de sentencias posteriores. Concretamente, en relación con el CEDH, el Tribunal de Luxemburgo viene declarando que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los Derechos Humanos¹⁶. A sensu contrario, no operará tal garantía cuando el derecho en cuestión no se encuentre amparado por el CEDH.

36. Está fuera de toda duda que el derecho de propiedad se encuentra entre los Derechos Fundamentales que el ordenamiento jurídico comunitario garantiza¹⁷. Y también está reconocido en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH. A mayor abundamiento, desde la pionera sentencia *Gaygusuz*, el TEDH viene reconociendo que una prestación de Seguridad Social (contributiva y no contributiva) puede calificarse como derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del citado Primer Protocolo Adicional CEDH.

37. El ya citado caso *Florescu* -al que el TSJ de Cataluña alude expresamente en su cuestión prejudicial- es la primera y, de momento, única sentencia en la que el TJUE ha invocado la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a prestaciones sociales como derecho de propiedad. El TJUE señaló que, para determinar el alcance del derecho fundamental al respeto de la propiedad, es preciso tener en cuenta, a la luz del artículo 52.3 de la Carta, el artículo primero del Primer Protocolo Adicional al CEDH. Por ello, el TJUE -con cita de la jurisprudencia del TEDH- concluye que “cuando una normativa establece el pago automático de una prestación social, engendra, para quienes reúnen sus requisitos, un interés patrimonial que entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional y, por lo tanto, los derechos derivados del pago de cotizaciones a un régimen de Seguridad Social constituyen

¹⁵ STJCE de 14 de mayo de 1974, -4/73, (*Nold*), ECLI:EU:C:1974:51.

¹⁶ L. LÓPEZ GUERRA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “Le Mouvement Nécessaire des choses”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 39/2017, pp.163-188

¹⁷ Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1969, -29/69, (*Stauder*), ECLI:EU:C:1969:57; y de 17 de julio de 1997, -248/95 y 249/95, (*SAM*), ECLI:EU:C:1997:377; de 28 de abril de 1998, -200/96, (*Metronome*), ECLI:EU:C:1998:172: “según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario”.

derechos patrimoniales a efectos de este artículo”. Por lo que se refiere al artículo 17 de la Carta, en el asunto Florescu el TJUE afirma que de “la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia se desprende que el derecho de propiedad garantizado por ese artículo no tiene carácter absoluto y que su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión”. No obstante, el Tribunal de Luxemburgo concluirá que “la normativa nacional considerada en el litigio principal es adecuada para conseguir el objetivo de interés general perseguido y es necesaria para alcanzarlo”.

38. Pero, como ya se ha indicado, en la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021 el Tribunal no entra a considerar si, a la luz del derecho de propiedad, es contrario al Derecho a la UE que parejas de hecho se vean privadas de la pensión de viudedad por los criterios exigidos tras la STC 40/2004.

IV. Parejas de hecho, pensión de viudedad, derecho de propiedad y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

39. El Derecho a prestaciones de seguridad Social no está recogido ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus Protocolos Adicionales. Sin embargo, desde hace décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene interpretando que el Derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad tutelable al amparo del artículo primero del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dicho precepto proclama que: *“toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”*.

40. A la hora de interpretar dicho precepto hay que partir de la premisa que el concepto de propiedad tiene para el TEDH un significado autónomo frente a los ordenamientos nacionales y no se limita a la propiedad de los bienes físicos: determinados derechos e intereses que constituyen activos pueden considerarse también “derechos de propiedad”.

41. La sentencia Gaygusuz¹⁸ es la primera de un amplio elenco de casos en la que el TEDH calificó una prestación de Seguridad Social como derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional. La prestación en litigio era un subsidio austriaco por desempleo destinado a garantizar un ingreso mínimo de supervivencia a aquellos trabajadores que hubieran agotado la prestación por desempleo, de cuyo ámbito de aplicación personal se excluía a los nacionales de Terceros Estados. Puesto que este subsidio se reconocía a quienes hubieran sido beneficiarios previamente de una prestación contributiva por desempleo, existía un vínculo indirecto entre cotizaciones previas y el subsidio (aunque éste último no se financiara mediante cotizaciones de los trabajadores y/o sus empresarios). El demandante, de nacionalidad turca, había trabajado legalmente en Austria.

42. En el asunto Gaygusuz el TEDH sostuvo por unanimidad que el derecho a una prestación destinada a personas sin recursos suficientes y financiados tanto con aportaciones estatales como de los trabajadores, está comprendida dentro del ámbito de aplicación material del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH, no resultando justificables las diferencias de trato para su reconocimiento fundadas en la nacionalidad del solicitante. Siendo a estos efectos irrelevantes las vías de financiación de la prestación (impuestos o cotizaciones), o que su concesión esté subordinada a una prueba de insuficiencia de recursos.

¹⁸ STEDH de 23 de febrero de 1995, Gaygusuz contra Austria, TEDH 1996/40.

1. Muñoz Díaz contra España

43. La Sra. Muñoz Díaz se casó a los 15 años, conforme al rito gitano, con el padre de sus seis hijos que fueron inscritos en el libro de familia expedido en 1983. En 1986 se le reconoció a la demandante y a su familia su condición de familia numerosa de primera categoría. Su “esposo” murió en 2000. En la cartilla de la Seguridad Social figuraba como beneficiaria del fallecido.

44. La Sra. Muñoz Díaz interpuso demanda solicitando le fuera reconocida pensión de viudedad. Frente la resolución denegatoria del INSS fundada en que no era, ni había sido, cónyuge del fallecido (también de etnia gitana) y no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento.

45. Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, se estimó la demanda de la recurrente al considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos, argumentando que el matrimonio gitano entre la actora y el fallecido, se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido.

46. Recurrída la sentencia ante el TSJ de Madrid se estimó el recurso de suplicación. Es interesante mencionar expresamente el Fundamento Jurídico tercero de dicha sentencia porque indica que en la cartilla sanitaria junto al nombre de la demandante, aparecía “en la casilla *parentesco*, una letra retocada que la sentencia de instancia interpretó como esposa (la inicial correspondiente a esa palabra) y aunque ello pueda suscitar sus dudas, pareciendo más bien una letra distinta, la Sala no puede efectuar una ponderación distinta al respecto y propia de una prueba pericial caligráfica, siendo de significar, en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora”.

47. Interpuesta demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por razón de raza y condición social (artículo 14 CE) fue desestimada por la STC 69/2007 considerando que la negativa jurisdiccional a concederle pensión de viudedad por falta de concurrencia del requisito de matrimonio no era discriminatoria. Reiterando el TC su doctrina de que no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. En conclusión, el TC no apreció la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*. La sentencia contó con un voto particular.

48. Agotadas las instancias nacionales, la Sra. Muñoz Díaz recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que la negativa de concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio, celebrado según el ritual de la etnia gitana, carece de efectos civiles vulnera el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del Convenio en conexión con el artículo 1 del Protocolo nº 1.

49. El día 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007¹⁹, se reconoció a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho.

¹⁹ “Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte del

50. El 8 de diciembre de 2009 el TEDH dicta sentencia. Y parte de la premisa de que desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social...se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo N° 1.

51. El TEDH rechazó por unanimidad que no reconocer efectos civiles a los “matrimonios” por el rito gitano sea constitutivo de una discriminación prohibida por el artículo 14 del CEDH. Pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión. Por ello el Tribunal declara por seis votos contra uno que España ha vulnerado el artículo 14 en conexión con el artículo 1 del Protocolo n° 1.

52. La sentencia, sin embargo, merece ser objeto de crítica: para el TEDH la piedra angular para estimar la existencia de discriminación por no reconocer España pensión de viudedad a la Sra. Muñoz Díaz radica en el hecho de que ella y el padre de sus hijos estuvieran en posesión de un libro de familia y de familia numerosa de 1ª categoría. El TEDH invoca que, conforme al artículo 2 de la Ley 25/1971, “*se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley estén constituidas por: a) el cabeza de familia, su cónyuge, y cuatro o más hijos*”.

53. Pero esa normativa no era aplicable al caso: tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se produce un cambio radical respecto a la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial: todos los progenitores -incluidos los no casados- podían obtener libro de familia. Pero no porque el legislador español equipare el matrimonio a las uniones *more uxore* sino para acabar con la discriminación de que eran objeto los hijos no matrimoniales durante la etapa franquista cuya inscripción de nacimiento se llevaba a cabo en un libro distinto (libro de filiación) al de los hijos matrimoniales o “legítimos” (que se inscribían en el libro de familia). Por ello, tras la Constitución, tanto la obtención del libro de familia como del libro de familia numerosa dejó de estar condicionada a la existencia de un previo matrimonio. Y por eso le fueron expedidos libros de familia, y de familia numerosa, a la Señora Muñoz Díaz y al padre de sus hijos en 1983 y 1986, respectivamente. Y en ninguno de ellos figura inscrita como esposa.

54. A mayor abundamiento, en reiteradas ocasiones el TEDH menciona que en una cartilla de la Seguridad Social la Sra. Muñoz Díaz sí aparecía como esposa. Pero el TEDH no transcribe en ninguno de los párrafos de su sentencia el hecho recogido tanto en la STS de Madrid de 7 de noviembre de 2002 como en la STC 69/2007: “en dicha cartilla junto al nombre de la Sra. Muñoz Díaz en la casilla parentesco hay una letra retocada que la sentencia (del Juzgado de lo Social) interpreta como esposa, siendo de significar en cualquier caso que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora”.

55. Asimismo, hay que tener presente que a partir de la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 se reconoce derecho a prestación sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a sus hijos, siempre que demuestren que viven a sus expensas y que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida como mínimo durante el año anterior a la solicitud de su reconocimiento como beneficiario.

causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste”.

56. En el párrafo 69 el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007 que considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado “ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años”. Dejando al margen la incongruencia de que el TEDH califique como “marido” a quien no ha celebrado un matrimonio reconocido por la legislación nacional, respecto al argumento de vincular los años cotizados al derecho a una prestación de Seguridad Social hay que señalar que resulta insostenible puesto que los sistemas públicos de Seguridad Social no funcionan como un seguro privado. No hay por tanto correlación entre las cotizaciones que obligatoriamente han de realizar los sujetos legalmente obligados y las prestaciones que les puedan ser reconocidas. Es decir, que se puede cotizar y no tener derecho a una prestación contributiva y, a la inversa, lucrar una prestación contributiva sin cotizar. Y es que la cotización se configura como una obligación legal y autónoma de contribuir al sostenimiento de gastos públicos que no genera jurídicamente derecho patrimonial alguno, desconectada, por tanto, de aquél.

57. El caso Muñoz Díaz no agotó la problemática de las parejas de hecho de etnia gitana, como lo evidencia la STS 58/2018 (ECLI:ES:TS:2018:294): a la recurrente (Joaquina Cortés), de etnia gitana, se le había denegado por el INSS la pensión de viudedad por no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho con el causante con una antelación de al menos de dos años previos al fallecimiento. El Pleno de la Sala del Tribunal Supremo anuló la resolución recurrida y desestimó la demanda por no acreditarse la existencia de la pareja de hecho, al no constar su inscripción en el registro, ni estar constituida a través de documentos público. Asimismo, declara inaplicable la sentencia del TEDH (asunto Muñoz Díaz), por no concurrir buena fe matrimonial basada en la creencia de la eficacia del vínculo contraído al no venir avalada en documentos oficiales que le hubieran dado apariencia de validez, pues tanto en el libro de familia como en las inscripciones de nacimiento se hace constar la cualidad de “solteros” de los padres y la naturaleza “extramatrimonial” de los hijos.

58. Interpuesto recurso de amparo por vulneración del artículo 14 CE, la STC 1/2021, de 25 de enero, lo denegó: “este tribunal ha asumido la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador, el del matrimonio y el de la convivencia *more uxorio*, que son reflejo de la capacidad de elección de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, señalando que la convivencia *more uxorio*, ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Por ello, el legislador puede diferenciar respecto de las consecuencias que se derivan de la opción, por uno u otro régimen. La pretensión de la demandante de que su unión no formalizada reciba el mismo trato que el otorgado a la relación de convivencia no matrimonial debidamente constituida no puede prosperar, no siendo contraria la diferencia de trato a la prohibición de discriminación”.

59. Agotadas todas las instancias nacionales, esta “viuda” gitana interpuso demanda ante el TEDH que está pendiente de resolución.

2. Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España

60. Con fundamento, una vez más, en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH España fue nuevamente condenada por la sentencia del TEDH de 19 de enero 2023 (casos Domenech Aradilla y Rodríguez González²⁰). En ambos supuestos el origen de la controversia trae causa de la denegación de pensión de viudedad a parejas de hecho con residencia en Cataluña afectadas por el requisito formal de tenerse que haber registrado como pareja de hecho dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. Requisito, que como reiteradamente se ha expuesto a lo largo de este artículo, era exigible tras la STC 40/2004, cuyos efectos también eran aplicables a situaciones donde aún no hubiera recaído una resolución firme.

²⁰ STEDH de 19 de enero de 2023, Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España, TEDH 2023\12.

61. En ambos supuestos, el fallecimiento de las parejas de las demandantes se había producido antes de que se adoptara la citada sentencia del Tribunal Constitucional. Y en ambos casos las demandantes recurrieron al Tribunal Constitucional que declaró inadmisibles los recursos de amparo por falta de trascendencia constitucional.

62. Las demandantes alegan ante el TEDH que tenían una “confianza legítima” en que se les reconociera el derecho a percibir una pensión de viudedad porque cumplían todos los requisitos legales aplicables en el momento del fallecimiento de sus respectivas parejas, que había tenido lugar antes de que el Tribunal Constitucional dictara y publicara su sentencia 40/2014 por la que se habían modificado los requisitos. Y que el requisito de formalizar la existencia de una relación de hecho al menos dos años antes del fallecimiento de una de las partes para que el otro miembro de la pareja pudiera optar a una pensión de viudedad se introdujo con efecto inmediato (sin ningún periodo de transición de dos años desde el momento de su introducción) y vulneró tanto su derecho al disfrute de los bienes al amparo del artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio como el derecho a la seguridad legal al amparo del artículo 6.1 del Convenio.

63. Al resolver estos litigios la sentencia del TEDH partió de la premisa de que, aunque el artículo 1 del Protocolo nº 1 no crea un derecho a adquirir una propiedad, en ciertas circunstancias, la “confianza legítima” de obtener un valor también puede considerarse dentro del ámbito de protección del citado artículo, que es aplicable a prestaciones sociales. Y si un Estado contratante dispone de una legislación vigente que establece el pago de pleno derecho de una prestación social -condicionada o no al pago previo de cotizaciones-, debe considerarse que dicha legislación genera un interés patrimonial que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1 para las personas que cumplan sus requisitos.

64. El TEDH sostiene que, conforme a la legislación española vigente en la fecha del fallecimiento de las parejas de las demandantes, no necesitaban haberse registrado formalmente en un registro específico o ante notario como pareja de hecho para poder beneficiarse de una pensión de viudedad. Tampoco existía el requisito, aplicable a ellas, de que dicha inscripción fuera anterior en al menos dos años al fallecimiento del respectivo miembro de la pareja. Dado que ambas cumplían los demás requisitos legales es innegable que, en dicho momento, ambas demandantes podían haber albergado una “confianza legítima” en que tenían derecho a percibir una pensión de viudedad.

65. Considera el TEDH que es evidente que, en el presente caso, la ausencia de un período transitorio que permitiera una solución razonable para las parejas supervivientes que vieron entrar en vigor el cambio legislativo cuando su solicitud de pensión de viudedad ya estaba en curso no fue paliada por ninguna medida positiva por parte del legislador.

66. El TEDH concluyó que la denegación de la solicitud de pensión de viudedad de las demandantes debe considerarse una injerencia en su derecho al disfrute pacífico de sus bienes y falla por unanimidad que ha habido una violación de sus derechos en virtud del artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio.

3. Valverde Digón contra España²¹

67. La Sra. Valverde Digón y el padre de su hija habían convivido durante años, pero no se registraron como pareja de hecho hasta julio 2014, unos días antes del fallecimiento del sujeto causante. La pareja tenía su residencia en Cataluña.

68. Este caso difiere de la sentencia Domenech y Rodríguez comentada anteriormente en un dato fáctico: el fallecimiento del sujeto causante es posterior en el tiempo a la STC 40/2014, que empezó a

²¹ STEDH de 26 enero 2023, Valverde Digón contra España, TEDH 2023\15.

surtir efecto el 10 de abril de 2014. Si bien es verdad que cuando falleció la pareja de la Sra. Valverde aún no habían transcurrido los dos años exigidos para causar derecho a la pensión de viudedad también es incuestionable que resultaba de imposible cumplimiento ya.

69. La sentencia del TEDH de 26 de enero 2023 falló por mayoría que ha habido una violación del artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio y su fundamentación a este respecto coincide con los de la sentencia Domenech y Rodríguez.

70. Pero la sentencia Valverde difiere de la sentencia Domenech y Rodríguez en la existencia de un voto particular que rechaza que se pueda tutelar como derecho de propiedad la expectativa a causar pensión de viudedad cuando el sujeto causante falleció con posterioridad a la publicación de la STC 40/2014.

71. Los magistrados Mattias Guyomar, Georges Ravarini (Presidente) y Carlo Ranzoni -que habían votado que sí se había cometido infracción del artículo 1 del primer Protocolo Adicional al CEDH en la sentencia Domenech Aradilla y Rodríguez- afirman en el voto particular que el citado precepto no es aplicable a la Sra. Valverde.

72. Según los magistrados disidentes, mientras las Sras. Domenech y Rodríguez sí tenían una expectativa legítima (por cuanto el fallecimiento del causante había sucedido antes de dictarse la STC 40/2014), en el caso de la Sra. Valverde la muerte de su compañero sobrevino con posterioridad. Más aun, incluso mientras vivía su compañero, y antes de la citada sentencia, la recurrente no tenía un “derecho ordinariamente ejecutable” en el ámbito del Protocolo nº 1, sino únicamente una posibilidad, ni siquiera una expectativa legítima, cuya realización presuponia un acontecimiento concreto, a saber, la muerte de su compañero. Con la STC 40/2014 entró en vigor un nuevo requisito que privaba a la recurrente del derecho a pensión al fallecer su compañero antes de transcurrir dos años desde la inscripción registral como pareja. Así, pues, el óbito no resultó suficiente para “cristalizar” una expectativa legítima equiparable a la “posesión” en el sentido del artículo 1 del Protocolo”.

V. Conclusiones

73. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social no infringe el artículo 14 de la Constitución española.

74. La legalización del matrimonio homosexual y la crisis del modelo tradicional de familia culminaron en España en la ley 40/2007 que reconoció el derecho a pensión de viudedad para parejas de hecho homosexuales y heterosexuales.

75. El requisito recogido en el TRLGSS 1/1994, según el cual en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevaría a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica, fue declarado inconstitucional por la STC 40/2014. Ni el Tribunal Constitucional, ni la legislación adoptada con posterioridad, tuvieron en cuenta la situación específica de aquellas personas que habían solicitado la pensión antes de la STC 40/2014, que procedió a uniformar el régimen jurídico aplicable en todo el territorio español

76. España ha sido condenada por el TEDH en los casos Domenech Aradilla, Rodríguez González y Valverde Digón por infracción del artículo 1 del primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos por denegar la pensión de viudedad a las supervivientes de parejas de hecho cuando el sujeto causante había fallecido antes de que se publicara la STC 40/2014, o en una fecha posterior cercana. Es decir, el TEDH considera que el derecho a la pensión de viudedad es tutelable, al amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como derecho de propiedad.

77. Igual que ha evolucionado la sociedad española y europea ante la realidad de las uniones de personas del mismo sexo o distinto sexo, también lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

78. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce que el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros. Pero en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación. Es por ello que el Tribunal ha considerado discriminatorias legislaciones nacionales que privaban a parejas de hecho de prestaciones de Seguridad Social.

Reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE sobre la acción indemnizatoria del art. 82 RGPD (asuntos C-300/21; C-340/21; C-456/22; C-667/21; C-687/21; C-741/21)

Reflections on the jurisprudence of the CJUE regarding the action for damages under Art. 82 RGPD (cases C-300/21; C-340/21; C-456/22; C-667/21; C-687/21; C-741/21)

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho civil,
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID: 0000-0001-6486-4869

Recibido: 16.05.2024 / Aceptado: 04.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8983

Resumen: El propósito de este trabajo es poner de manifiesto las interrogantes que suscita la reciente jurisprudencia del TJUE en torno el art. 82 RGPD. Aunque teóricamente las sentencias analizadas vienen a “aclarar” el sentido de dicho precepto, en algunos aspectos resultan poco esclarecedoras, bien arrojando nuevas dudas, bien realizando planteamientos confusos en torno a elementos claves de la responsabilidad.

Palabras clave: Protección de datos personales, infracción, daño, carga de la prueba, culpabilidad, relación causal, causas de exoneración.

Abstract: The purpose of this paper is to address the issues raised by the recent case law of the CJEU on Art. 82 GDPR. Although in theory the judgments analysed are intended to “clarify” the meaning of this provision, in some aspects they are not very enlightening, either by raising new doubts or by adopting confusing approaches to key elements of liability.

Keywords: Personal data protection, infringement, damage, burden of proof, fault, causal link, exoneration causes.

Sumario: I. Introducción. II. Sobre el daño indemnizable en las demandas basadas en el art. 82 RGPD. A) Para que exista deber de indemnizar es necesaria la prueba del daño. El resarcimiento del daño inmaterial no requiere un umbral mínimo de gravedad. B) El temor al uso indebido de los datos, o la pérdida de control de éstos puede constituir daño inmaterial, pero es preciso probarlo. C) El temor al mal uso de los datos debe estar justificado para que sea objeto de resarcimiento. El art. 82 RGPD tiene función indemnizatoria. D) ¿Puede o no tomarse en consideración la gravedad de las consecuencias negativas sufridas por el afectado para determinar que existe daño inmaterial? E) ¿Cuándo, entonces, estamos ante un daño inmaterial o moral?. III. Sobre el criterio de imputación de la responsabilidad y los requisitos para que exista una infracción que dé lugar a responsabilidad. A) No toda vulneración de la seguridad de los datos constituye una infracción. B) ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? Causas de exoneración de responsabilidad. C) La necesidad de distinguir entre los requisitos para que exista una infracción y los requisitos para que exista responsabilidad. IV. Conclusiones.

Introducción¹

1. El art. 82 RGPD (Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 abril 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, DOUE L 119 de 4 de julio), como ya establecía el art. 23 de la Directiva 95/46,² consagra la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad dirigidas a obtener la reparación de los daños que haya podido producir la infracción de la normativa de protección de datos personales. La acción de responsabilidad, que deberá plantearse ante los tribunales competentes conforme a la legislación interna del Estado de que se trate (art. 82,6)³, puede ejercitarse frente al responsable del tratamiento o frente al encargado⁴, si bien en este segundo caso, solo cuando el encargado del tratamiento “no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable”⁵. Por ello en la práctica lo más frecuente es que la demanda se entable frente al responsable del tratamiento quien, de acuerdo con el art. 24 RGPD, tiene el deber de garantizar que el tratamiento es conforme con el RGPD y, como se deduce del Cdo. 146 RGPD, también con la normativa interna que lo concrete o desarrolle⁶.

2. La interpretación del art. 82 RGPD suscita, sin embargo, no pocas dudas, y así lo ponen de manifiesto las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales de distintos países (sobre todo alemanes) que han dado lugar en los últimos meses a varias sentencias del TJUE.

Concretamente, las sentencias que se van a analizar (SSTJUE 4 mayo 2023, *Österreichische Post*, C-300/21, EU:C:2023:370; 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, EU:C:2023:986; 14 diciembre 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22, EU:C:2023:988; 21 diciembre 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C -667/21, EU:C:2023:1022; 25 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, EU:C:2024:72; 11 abril 2024, *Iuris*, C-741/21, EU:C:2024:288) resuelven diversas cuestiones, relacionadas con: a) los requisitos para que exista una infracción de la normativa de protec-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2020-115352GB-I00, financiado por AEI/10.13039/501100011033.

² Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, DOCE L 281, de 23 noviembre 1995.

³ El art. 86,2 dispone que “las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el art. 79, apartado 2”. El citado art. 79,2 permite ejercitar acciones contra el responsable o encargado del tratamiento, bien ante los tribunales del Estado miembro en el que tienen un establecimiento, bien ante los tribunales del Estado miembro en el que el interesado tenga su residencia (con la excepción de que el responsable o encargado sean una autoridad pública de otro Estado miembro y actúen en ejercicio de sus poderes públicos, en cuyo caso el fuero vendrá determinado por el Estado en que radique). Si la víctima del daño ejercita su acción ante tribunales españoles, deberá hacerlo ante la jurisdicción civil o contencioso-administrativa en función de la naturaleza pública o privada del encargado o responsable del tratamiento. LÓPEZ DEL MORAL, “Derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de infracciones en materia de protección de datos (Comentario al art. 82 RGPD)” en TRONCOSO, *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, t. II, Cívitas-Thomson, Cicur Menor 2021, p. 3073.

⁴ Sobre los conceptos de responsable y encargado del tratamiento, vid. SANTOS MORÓN, “Tratamiento de datos, sujetos implicados, responsabilidad proactiva”, en *Protección de Datos Personales*, APDC, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 35 y ss.; 45 y ss.

⁵ Conviene advertir que el responsable del tratamiento responde frente al titular de los datos personales tanto de los daños derivados de una infracción propia como de los cometidos por su encargado. Es decir, el responsable del tratamiento no puede liberarse de responsabilidad aduciendo que el comportamiento infractor ha sido cometido por el encargado del tratamiento (RUBÍ PUIG, “Daños por infracción del derecho a la protección de datos personales, El remedio indemnizatorio del art. 82 RGPD”, *RDC*, 2018, vol. V, nº 4, p. 46; HERRÁN ORTIZ, “El responsable y el encargado del tratamiento de datos personales: a propósito de un nuevo régimen de responsabilidad en el Reglamento General de Protección de Datos y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre”, en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al prof. Dr. Roca Guillamón*, t. III, Thomson Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1450). Además, en los casos en que pueda existir responsabilidad del encargado el responsable del tratamiento responderá solidariamente junto con él (art. 82,4 RGPD, art. 30,2 LOPD).

⁶ El Cdo. 146 RGP indica que “un tratamiento en infracción del presente Reglamento también incluye aquel tratamiento que infringe actos delegados y de ejecución adoptados de conformidad con el presente Reglamento y el Derecho de los Estados miembros que especifique las normas del presente Reglamento”.

ción de datos, b) el criterio de imputación de la responsabilidad ex art. 82 RGPD, c) el daño indemnizable, d) la carga de la prueba y e) la función -indemnizatoria o punitiva- del citado art. 82.

3. La mayoría de las resoluciones se pronuncian sobre varias de estas cuestiones, que suelen estar estrechamente imbricadas, recogiendo, en su caso, el criterio sentado para cada una de ellas en sentencias anteriores. No obstante, el TJUE ofrece razonamientos que arrojan nuevos interrogantes, en mi opinión no adecuadamente resueltos, o que pueden resultar confusos en la medida que no diferencian adecuadamente conceptos distintos como la infracción, la culpa o la causalidad.

A continuación, vamos a examinar conjuntamente el contenido de estas sentencias diferenciando dos bloques temáticos relativos, respectivamente, al daño indemnizable, y al criterio de imputación de responsabilidad.

II. Sobre el daño indemnizable en las demandas basadas en el art. 82 RGPD.

4. Son varios los tribunales de Estados miembros que han planteado cuestiones prejudiciales relativas a la necesidad o no de que exista daño indemnizable y, en su caso, la naturaleza de éste. En primer lugar se cuestiona si, para que exista deber de indemnizar, basta con que se cometa una infracción de la normativa de protección de datos o es necesario además que exista un daño, circunstancia esta que está en cierta medida relacionada con otra de las dudas planteadas, relativa a si el art. 82 RGPD tiene carácter punitivo y no meramente indemnizatorio (pues en tal caso parece evidente que bastaría la existencia de la infracción, no siendo necesaria la existencia de un daño objeto de reparación). Pero el principal problema es quizás, una vez constatada la necesidad de que se produzca un daño, qué debe entenderse por “daño inmaterial” –pues el art. 82,1 RGPD permite la indemnización tanto del daño “material” como “inmaterial”-, interrogante que se plantea en varias de las sentencias examinadas y que, a mi juicio, el TJUE no resuelve claramente. Veámoslo a continuación.

A) Para que exista deber de indemnizar es necesaria la prueba del daño. El resarcimiento del daño inmaterial no requiere un umbral mínimo de gravedad.

5. En el supuesto que dio lugar a la STJUE 4 mayo 2023, *Österreichische Post*, C-300/21, la primera que aborda el tema de los requisitos para que exista derecho a indemnización ex art. 82 RGPD, una sociedad austriaca dedicada a la venta de direcciones trató datos de numerosos sujetos para, con ayuda de un algoritmo y mediante extrapolación estadística, inferir afinidades políticas con vistas al envío de publicidad electoral⁷. El demandante del litigio principal, que no había dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, se sintió ofendido porque se le vinculó con cierto partido político y, aunque esos datos no se transfirieron a terceros, presentó una demanda solicitando el cese del tratamiento y una indemnización por los daños inmateriales sufridos. Desestimada la demanda indemnizatoria en las instancias inferiores, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austriaco cuestiona: i) si el reconocimiento del derecho a indemnización exige que el demandante haya sufrido daños y perjuicios o basta la infracción del RGPD; ii) si existen requisitos específicos en el Derecho de la Unión para cuantificar tal indemnización y iii) si es compatible con el Derecho de la Unión la exigencia de que exista una consecuencia o secuela de cierta gravedad para reconocer perjuicios inmateriales.

6. El TJUE responde a las mencionadas cuestiones prejudiciales afirmando, en primer lugar, que no basta la existencia de una infracción del RGPD para reconocer derecho a indemnización ya que el art. 82 exige tres requisitos cumulativos: la existencia de una infracción, la existencia de daño y la relación

⁷ Comentan esta sentencia DE MIGUEL ASENSIO, “Requisitos del derecho a indemnización en el Reglamento General de Protección de Datos”, *La Ley Unión Europea*, nº 121, 2024; PLAZA PENADÉS, “Protección de datos e indemnización por daños en la reciente jurisprudencia del TJUE”, en *Daño y resarcimiento*, Sepin, Madrid, 2024, pp. 411, 414.

de causalidad entre una. De los Cdos. 75, 85 y 146, se deduce, además, que la producción de daños y perjuicios como consecuencia de una violación del RGPD es solo potencial, de manera que *la infracción de dicha norma no conlleva necesariamente daños y perjuicios* (ap. 32-37).

7. Presuponiendo, por tanto, que ha de existir un daño, observa que el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio, según se desprende del Cdo. 146 RGPD, lo cual es necesario (Cdo. 10, para garantizar un nivel uniforme y elevado de protección en lo que respecta al tratamiento de datos personales (ap. 46-48)

Dado que el art. 83 RGPD se limita a enunciar que pueden dar derecho a indemnización tanto los daños materiales como los inmateriales, sin mencionar ningún umbral de gravedad, concluye afirmando que el citado precepto se opone a una norma o práctica nacional que supedita la indemnización por daños inmateriales al requisito de que alcancen cierta gravedad. Ahora bien, esto no significa que el afectado no tenga que demostrar que las *consecuencias negativas* derivadas de la infracción *constituyen daños y perjuicios inmateriales* (vid. ap. 50,51).

8. Por último, en relación con la cuantificación de la indemnización, el TJUE indica que, dado que el RGPD no contiene ninguna disposición al respecto, corresponde al ordenamiento interno de cada Estado establecer los criterios para determinarla, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad (ap. 54), lo que implica que la indemnización de que se trate debe compensar íntegramente los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción (ap. 57,58).

B) El temor al uso indebido de los datos, o la pérdida de control de éstos *puede* constituir daño inmaterial, pero es preciso probarlo.

9. La doctrina vertida en esta sentencia es reiterada en resoluciones posteriores. En la STJUE 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, en la que, a raíz de un ciberataque al sistema informático de un organismo búlgaro se publicaron en internet datos personales de ciertos sujetos, el TJUE responde a la quinta cuestión planteada por el órgano remitente -que indagaba si puede considerarse el mero temor al uso indebido de los datos personales como un daño inmaterial *aunque no se constate ningún otro perjuicio*- recordando lo expresado en la sentencia anteriormente comentada (vid. ap. 77, 78)⁸.

10. A partir de ahí, observa que el art. 82 no distingue según que los daños inmateriales estén relacionados con un uso indebido de los datos ya producidos o con el temor de que se produzcan en el futuro. Reitera lo indicado en la citada STJUE 4 mayo 2023 sobre la necesidad de interpretar ampliamente el concepto de daños y argumenta que, del Cdo. 85, se deduce que el legislador europeo quiso incluir en los conceptos constitutivos de daños la *“mera pérdida de control”* aunque no se haya producido un uso indebido de los datos en cuestión (ap. 79-82). Por ello concluye que el temor de una persona a un uso indebido de sus datos por terceros *“puede constituir, por sí solo, un daño o perjuicio inmaterial”* a efectos del art. 82 RGPD (ap. 86).

11. Ahora bien, aunque ello es así, el TJUE subraya –repetiendo lo afirmado en la sentencia anteriormente mencionada- que el interesado *“que haya tenido consecuencias negativas para él debe demostrar que estas consecuencias constituyen daños y perjuicios inmateriales”* (ap. 84) y añade que, en el supuesto concreto de temor al uso indebido de los datos personales, *“el órgano jurisdiccional que conozca el asunto deberá comprobar que ese temor puede considerarse fundado”* atendiendo a las circunstancias concretas (ap. 85).

⁸ Sobre esta sentencia vid. PLAZA PENADÉS, ob. cit., pp. 414 y ss.; MARTÍN FABÁ, “Novedades en materia de indemnización y protección de datos personales”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 49/2024, pp. 133 ss

12. Un problema similar dilucida la STJUE 14 diciembre 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22. En este caso el ayuntamiento de una localidad alemana, al publicar en internet el orden del día de una sesión del consejo municipal, divulgó datos personales de los demandantes, que adujeron que se había producido una difusión ilícita de sus datos que les había causado un daño inmaterial. El órgano remitente, en la única cuestión prejudicial planteada en este asunto, pregunta si el concepto de daño inmaterial exige un perjuicio tangible o basta con que el interesado se haya visto privado temporalmente del poder de disposición sobre sus datos por un periodo de pocos días, *sin que de ello se hayan derivado consecuencias tangibles o perjudiciales de ningún tipo*.

13. El tribunal europeo, remitiéndose a la doctrina sentada en la S. 4 mayo 2023, *Österreichische Post*, C-300/21, reiterada por la de 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, afirma que, no siendo exigible un umbral mínimo de gravedad para que el daño inmaterial sea objeto de indemnización, tampoco puede exigirse el carácter tangible del daño o la naturaleza objetiva del perjuicio (ap. 17, 18). Concluye diciendo, por tanto, que nada se opone a que la pérdida de control de los datos durante un breve periodo de tiempo *pueda* causar a los interesados daños y perjuicios inmatrimales. Ahora bien, sigue siendo necesario que dichos interesados *“demuestren que han sufrido efectivamente tales perjuicios, por mínimos que sean”*. Es decir, el interesado que haya tenido consecuencias negativas debe demostrar que estas consecuencias constituyen daños inmatrimales en el sentido del art. 82 (ap. 21, 22).

14. La interrogante que surge a raíz de estas sentencias es que, si la pérdida temporal del control de los datos o el temor a que sean mal utilizados *puede* constituir daño inmaterial, pero el interesado *debe demostrar* que las consecuencias negativas sufridas efectivamente constituyen daño inmaterial, sin que pueda tomarse en consideración la *gravedad* de dichas consecuencias ¿qué criterios cabe usar para concluir que efectivamente se está ante un daño “inmaterial”? En realidad, el TJUE no resuelve en absoluto la cuestión planteada, pues, incurriendo en una clara tautología, viene a decir que *la situación alegada por el demandante puede constituir daño inmaterial cuando se pruebe que es daño inmaterial*.

15. El razonamiento se repite, desafortunadamente, en algunas otras de las sentencias examinadas, aunque la STJUE 25 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, añade una matización de cierta utilidad.

C) El temor al mal uso de los datos debe estar justificado para que sea objeto de resarcimiento. El art. 82 RGPD tiene función indemnizatoria.

16. En la mencionada resolución (STJUE 25 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21) relativa a un supuesto en que el empleado de una empresa entregó, por error, un documento con datos personales del demandante a otro cliente⁹, el tribunal alemán remitente, además de plantear nuevamente la duda sobre si la mera existencia de una infracción justifica el deber de indemnizar, pregunta: i) si el art. 82 RGPD tiene función punitiva, y, ii) en relación nuevamente con el concepto de daño, si la entrega a un tercero de un documento con datos personales ajenos puede dar lugar a un daño inmaterial aunque el tercero parezca no haber tenido conocimiento de dichos datos (cuestiones prejudiciales 2ª, 6ª y 7ª).

17. Respecto de la primera cuestión enunciada, el TJUE, como no podía ser menos, reitera las afirmaciones de la S. 4 mayo 2023, *Österreichische Post*, C-300/21, en torno a la necesidad de que exista, además de una infracción, un daño relacionado causalmente con la misma (ap. 56-61). Sobre el carác-

⁹ El demandante del litigio principal compró un aparato eléctrico a cierta empresa con financiación, para cuya obtención debía suscribir un documento que contenía datos personales suyos. Dicho documento, sin embargo, fue entregado por error por un empleado de la compañía a otro cliente. El error fue advertido por dicho empleado casi inmediatamente, recuperando los documentos en un plazo de una media hora, sin que el tercero hubiera llegado a ser consciente de que se le había facilitado información personal de otro cliente

ter punitivo o indemnizatorio del art. 8 RGPD, sostiene que dicho precepto -como ya había establecido en una sentencia anterior, de 21 diciembre 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21¹⁰- tiene función compensatoria, por lo que la gravedad de la posible infracción no influye en la cuantía de la indemnización, que no puede superar la extensión del perjuicio sufrido (ap. 46-50). Y, respecto a la noción de perjuicio inmaterial, recuerda que el temor a un posible mal uso de los datos o le pérdida de control de los mismos, aun por corto periodo, pueden constituir daño inmaterial, pero “*sujeto a la demostración por parte del afectado de que efectivamente ha sufrido tal daño, aunque sea mínimo*” (ap. 65, 66).

18. Aunque esta resolución reitera el razonamiento de las sentencias anteriores, introduce un matiz clarificador. Así, tras afirmar que una situación en la que el titular de los datos experimenta un miedo *bien fundado*¹¹, a valorar por el juez nacional, de que sus datos sean difundidos o mal usados por terceros en el futuro encaja en el concepto de daño inmaterial (ap. 67), advierte que “*el puro hipotético riesgo de mal uso por parte de un tercero no autorizado no puede dar derecho a indemnización*” (ap. 68). Aplicando esta idea al caso concreto -en que el tercero al que se le facilitó un documento con los datos personales del afectado no llegó a ser consciente de ello- sostiene que no existe daño inmaterial por el mero hecho de que el interesado tema que, habiendo sido posible que el tercero hiciera una copia del documento en cuestión, pueda producirse su divulgación o mal uso en el futuro (ap. 69).

19. La conclusión que de ello cabe extraer es que, para que el temor al mal uso de los datos cuyo control se ha perdido transitoriamente pueda constituir daño moral, es necesario que dicho temor esté fundado en circunstancias objetivas y no en la opinión subjetiva del interesado.

D) ¿Puede o no tomarse en consideración la gravedad de las consecuencias negativas sufridas por el afectado para determinar que existe daño inmaterial?

20. Por último, en la S. 11 abril 2024, *Juris*, C-741/21, el TJUE vuelve, otra vez, sobre el concepto de daño inmaterial. En este caso, el demandante del litigio principal, cliente de una base de datos de carácter jurídico, se opuso a que dicha empresa tratara sus datos con fines de mercadotecnia directa, pese a lo cual recibió en varias ocasiones publicidad, lo que le llevó a reiterar su oposición y demandar, finalmente, a la empresa mencionada, exigiendo indemnización por daños materiales (gastos judiciales y notariales) e inmateriales. El órgano remitente -un tribunal alemán- planteó diversas cuestiones prejudiciales relativas, por lo que en este punto nos interesa, a: i) si el concepto de daño inmaterial comprende cualquier menoscabo de la posición jurídica protegida -tégase en cuenta que aquí se había vulnerado repetidamente el derecho de oposición del afectado- con independencia de sus efectos y su relevancia; ii) si cabe recurrir a los criterios establecidos en el art. 83 RGPD, relativo a multas administrativas, para calcular el importe de la indemnización por daños inmateriales y iii) si debe existir una indemnización por cada infracción o pueden “sancionarse” (sic.) varias con una indemnización global (cuestiones 1ª, 3ª y 4ª).

21. El TJUE responde conjuntamente a la tercera y cuarta cuestión prejudicial, reiterando que la función del art. 82 RGPD no es punitiva, por lo que no pueden tomarse en consideración los criterios

¹⁰ En el asunto que dio lugar a esta sentencia un organismo público alemán que emitía informes médicos sobre la capacidad laboral de personas aseguradas en la Caja de seguro obligatorio de enfermedad, emitió un informe médico sobre uno de sus empleados, a raíz de su situación de incapacidad laboral. El afectado consideraba que se había llevado a cabo un tratamiento ilícito de sus datos de salud. En este caso las cuestiones planteadas por el órgano remitente se refieren a la interpretación de los arts. 9 y 6 del Reglamento (cuestiones 1 a 3), la necesidad de que exista culpa para imponer responsabilidad (cuestión 5) y, por lo que ahora interesa, a si la función del art. 82 es preventivo/punitiva, debiendo tenerse en cuenta ese posible carácter para fijar el importe de la indemnización (cuestión 4). El TJUE respondió a esta última cuestión afirmando que el art. 82 RGPD no tiene función punitiva, siendo su función, según se deduce del Cdo. 146, y a diferencia de lo que se desprende de otros preceptos como el art. 83 y 84 RGPD, la reparación íntegra del daño. Por consiguiente, la gravedad de la infracción no puede incidir en la cuantía de la indemnización (vid. ap.84-87).

¹¹ Advértase que la necesidad de que el miedo al mal uso de los datos esté fundado, ya fue establecida en la S. STJUE 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, aunque quizás, con menos relevancia.

establecidos en el art. 83 para las multas administrativas en la cuantificación de la indemnización, y afirmando que el hecho de que se hayan cometido varias infracciones no es un criterio pertinente para fijar su importe, ya que a tal efecto solo deben tenerse en cuenta los perjuicios sufridos por el interesado¹².

22. Respecto de la primera cuestión prejudicial, que es la que más nos interesa, el TJUE comienza recogiendo lo ya mantenido en sentencias anteriores y reitera que la persona que reclama una indemnización debe probar que la infracción le ha causado daños y perjuicios, aunque dicha indemnización no está supeditada a que los mismos hayan alcanzado cierta gravedad (ap. 34-36).

23. En relación con el caso concreto afirma que la infracción de disposiciones del RGPD que otorgan derechos al interesado *no puede por sí sola fundamentar el derecho a obtener una indemnización*, ya que debe existir daño y relación causal. Ahora bien, como el demandante del litigio principal basaba su derecho a indemnización en la pérdida de control de los datos, el TJUE recuerda que en sentencias previas ya había afirmado que tal pérdida de control puede causar al interesado daños inmateriales, “siempre que dicho interesado *demuestre que ha sufrido efectivamente tales daños y perjuicios, por mínimos que sean*” (ap. 40-42). Aplicando este criterio al caso enjuiciado concluye afirmando que “una infracción de disposiciones de este Reglamento que confieren derechos al interesado no puede constituir, por sí sola, un supuesto de «daños y perjuicios inmateriales» a efectos de dicha disposición, *con independencia de la gravedad de los daños y perjuicios sufridos por ese interesado*” (ap. 43).

24. Lo expresado por el TJUE en el último párrafo citado –que reitera en sus conclusiones, ap. 66- resulta un tanto llamativo pues, pese a haber manifestado en párrafos anteriores, de acuerdo con lo mantenido en resoluciones previas, que no cabe supeditar el derecho a indemnización a la exigencia de que los daños no patrimoniales alcancen cierta gravedad (vid. ap. 36), concluye afirmando, en clara contradicción con tal declaración, que la vulneración de los derechos conferidos por el RGPD al interesado no constituye por sí sola un perjuicio inmaterial “*con independencia de la gravedad*” del concreto daño sufrido por éste.

25. ¿Está diciendo el TJUE, en definitiva, que para entender que la violación de los derechos conferidos por el RGPD al afectado constituye un daño inmaterial *sí es relevante la gravedad de los perjuicios* –distintos a la mera vulneración del derecho de que se trate- que puedan derivarse de tal infracción?¹³

26. Como decía al principio, me parece que las resoluciones analizadas arrojan, en algunos aspectos, más dudas que certezas.

E) ¿Cuándo, entonces, estamos ante un daño inmaterial o moral?

27. En relación con las conclusiones extraídas de las sentencias comentadas, cabe hacer las siguientes consideraciones:

¹² A tal afirmación cabría, no obstante, objetar que, si se han infringido repetidamente los derechos del interesado, lo lógico es pensar que la extensión del daño será mayor, por lo que, en consecuencia, la indemnización también lo será.

¹³ Para intentar salir de dudas se han consultado otras versiones lingüísticas de la sentencia comentada (concretamente la inglesa y la francesa), pero se pronuncian en el mismo sentido que la española. En la versión inglesa el apartado 43 dice lo siguiente: “In the light of the foregoing reasons, the answer to the first question is that Article 82(1) of the GDPR must be interpreted as meaning that *an infringement* of provisions of that regulation which confer rights on the data subject *is not sufficient*, in itself, to constitute ‘non-material damage’ within the meaning of that provision, *irrespective of the degree of seriousness of the damage suffered by that person*”. El texto de la versión francesa reza como sigue: “Compte tenu des motifs qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question que l’article 82, paragraphe 1, du RGPD doit être interprété en ce sens qu’*une violation* de dispositions de ce règlement qui confèrent des droits à la personne concernée *ne suffit pas, à elle seule*, pour constituer un «dommage moral», au sens de cette disposition, *indépendamment du degré de gravité du préjudice subi par cette personne*”.

- 1º) El TJUE ha afirmado que, para que exista deber de indemnizar, no basta la existencia de una infracción del RGPD, siendo necesario que se pruebe que ésta ha causado daños. La necesidad de que se produzca un daño es, en realidad, obvia, puesto que se trata de un elemento indispensable de toda acción de responsabilidad, sea contractual o extracontractual. Lo que no es tan obvio, y de ahí la relevancia de lo aclarado por el tribunal europeo, es que toda infracción de la normativa de protección de datos pueda provocar perjuicios. Muchos de los deberes que el RGPD impone al responsable (o, en su caso, encargado) del tratamiento están dirigidos a garantizar que se respetan los principios del tratamiento y los derechos del perjudicado. Sin embargo, también hay normas que tienen un carácter puramente instrumental o se establecen frente a la autoridad de control. Piénsese, por ej., en el deber del responsable del tratamiento de formalizar un contrato de encargo de tratamiento con el sujeto que vaya a tratar datos por su cuenta (art. 28,3 RGPD); el deber del responsable del tratamiento de disponer de un registro de actividades (art. 30 RGPD), designar, en los casos establecidos en la ley, un delegado de protección de datos (arts. 37 RGPD y 34 LOPD), o el deber de consultar a la Autoridad de control en caso de tratamiento de alto riesgo (art. 36 RGPD). Parece evidente que el incumplimiento de estos deberes por parte del responsable del tratamiento, aun constituyendo una infracción de la normativa de protección de datos¹⁴, no tiene por qué provocar perjuicios a personas concretas, en cuyo caso, como es lógico, no podrán pedir indemnización.
- 2º) El daño, que ha de ser probado por el interesado, puede ser, según el art. 82 RGPD, material o inmaterial -o, según la terminología preferible desde la perspectiva del Derecho español-patrimonial o no patrimonial (daño moral)¹⁵. La prueba del daño patrimonial, en principio, no presenta dificultades, pero la situación no es igual cuando se trata del daño moral. Hay casos en los que la vulneración de la normativa de protección de datos puede provocar, a su vez, una intromisión en el derecho al honor o en la intimidad del perjudicado¹⁶. En tal hipótesis, por lo que respecta a nuestro ordenamiento, deberá presumirse la existencia de un daño moral por aplicación del art. 9,3 LO 1/82 de Protección al Honor, la intimidad y la imagen. Ahora bien, no toda infracción causa a su vez una lesión en estos derechos. Ni siquiera el acceso indebido a datos personales supone necesariamente una vulneración de la intimidad de la persona a que se refieren, pues ello dependerá de la naturaleza de los datos y las circunstancias concurrentes¹⁷. Por tanto, fuera de los supuestos de vulneración de otros

¹⁴ En España, todos estos comportamientos están catalogados en la LOPD (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) como infracciones administrativas susceptibles de ser sancionadas.

¹⁵ El daño suele calificarse como patrimonial o extrapatrimonial en función de los intereses afectados. No obstante, dentro del daño extrapatrimonial suele distinguirse el daño moral derivado de lesiones a la integridad personal o la muerte de un sujeto (daño corporal) y el daño moral puro, que es el resultante de la lesión de bienes de la personalidad o de un hecho dañoso cuyas consecuencias se limitan al ámbito puramente moral o espiritual de la víctima (v. gr. sufrimiento psíquico y moral consecuencia del vaciado por error de un nicho y traslado de los restos a una fosa común; miedo a morir ahogado a consecuencia de un naufragio, etc.) (DEL OLMO, “El daño extrapatrimonial”, en *Practicum Daños 2019*, Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 199-201, 203; GÓMEZ LIGÜERRE, “Concepto de Daño moral”, en GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA, *El daño moral y su cuantificación*, Wolter Kluwer, Barcelona, 2015, p. 37, 39, 51, 53). Como observa DEL OLMO (ob. cit., p. 202) llamar daño “inmaterial”, por ej., al derivado de una pierna escayolada resulta “contraintuitivo”, del mismo modo que tampoco parece convincente llamar daño “material” al lucro cesante. En cualquier caso, en el supuesto de vulneración al derecho de protección de datos estaremos ante el denominado daño moral puro, derivado de la lesión de un bien inmaterial.

¹⁶ Ejemplo de lo primero son los casos de inclusión indebida de una persona en un fichero de morosos. También puede provocar una lesión en el derecho al honor o la intimidad del afectado la no satisfacción de su derecho al olvido (cfr. STS, Sala 1ª, 15 octubre 2014 –ECLI:ES:TS:2015:4132-; STS, Sala 1ª, 5 abril 2015 –ECLI:ES:TS:2016:1280-). Vid. RUBÍ PUIG, ob. cit., p. 75; BUSTO LAGO, “Protección de datos personales y responsabilidad civil”, *Derecho de daños 2020*, Lefebvre, 2020, pp. 496, 497 ss.; SANTOS MORÓN, “La responsabilidad por incumplimiento de la normativa de datos personales”, en VENDRELL/GSELL/KINDL, *Die Schadenersatzhaftung, La responsabilidad civil*, Nomos, 2022, pp. 246, 247.

¹⁷ Así lo afirma la reciente STS, Sala 1ª, 19 marzo 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1495). Una empleada de una empresa, utilizando indebidamente la clave de ésta, realizó una consulta de datos de solvencia de su hermano y sobrina en un fichero de morosos (ASNEF). Estos presentaron una demanda aduciendo, entre otras cosas, que se había vulnerado su derecho a la intimidad. El TS, tras afirmar que no todo acceso a datos protegidos constituye una violación del derecho a la intimidad, afirma que en la

derechos de la personalidad ¿cuándo cabe entender que la infracción de la normativa de protección de datos genera un daño moral?

- 3º) Como es sabido en el Derecho español –a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos- se admite con gran amplitud la posibilidad de indemnizar el daño moral¹⁸. Dado que el TC ha definido el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental que atribuye a las personas físicas “el poder de disposición sobre sus propios datos, sean o no íntimos” (STC 292/2000 de 30 de noviembre; 160/2021 de 4 de octubre) cabría pensar que, si se tratan ilícitamente los datos personales de un sujeto de modo que este pierde su control, o se vulneran los derechos del perjudicado (acceso, rectificación, oposición, cancelación), existirá un daño moral indemnizable –cuestión distinta será la determinación de su cuantía-¹⁹. El TJUE ha afirmado, sin embargo, que:

El incumplimiento de las normas del RGPD que atribuyen derechos al interesado (v gr. derecho de oposición) no determina por sí misma un daño inmaterial. Así se desprende de la S. 11 abril 2024, *Juris*, C-741/21)

La pérdida de control de los datos, *puede* ocasionar un daño moral: i) aunque no se haya producido un uso indebido de los mismos, o ii) aunque dure solo un breve periodo de tiempo. No obstante, será necesario demostrar que tal daño moral existe (S. 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21; S. 14 diciembre 2023, *Gemeinde Ummendorf*, C-456/22)

28. Por consiguiente, ni la vulneración de los derechos atribuidos por el RGPD al interesado, ni la pérdida de control de sus datos permiten, por sí solas, considerar existente un daño inmaterial. La cuestión es ¿cómo probar que efectivamente tal daño se ha producido?

29. El único criterio medianamente claro que cabe inferir de las sentencias analizadas es que el temor al uso indebido de los datos personales solo puede constituir daño moral si se trata de un temor *fundado*, de modo que el riesgo meramente hipotético de mal uso por parte de un tercero no da derecho a indemnización (S. 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21; S. 25 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21). Pero, fuera del supuesto en que existe un temor fundado a que se produzca un mal uso de los datos personales del interesado por parte de un tercero ¿qué tipo de consecuencias negativas debe acreditar éste para que efectivamente se entienda que ha sufrido un daño extrapatrimonial? La única opción plausible es tomar en consideración el sufrimiento psíquico (zozobra, agonía, ansiedad, estrés, etc.) que la infracción de que se trate haya podido causar al interesado.

hipótesis enjuiciada no hubo revelación de datos íntimos, siendo públicos los datos en cuestión, que figuraban en registros de distinta naturaleza al haberse producido diversos embargos. Es de notar que, en apoyo de su argumentación, cita las SSTJUE 4 mayo 2023, C-300/21 y 14 diciembre 2023, C-456/22, para concluir que en el caso enjuiciado no consta que la mera consulta por la demandada de los datos personales de los demandantes “tuviera ninguna trascendencia externa o su resultado fuera conocido por terceros, *ni que se causara perjuicio alguno a los demandantes*”.

¹⁸ Vid. DEL OLMO, ob. cit., pp. 202-204; GÓMEZ LIGÜERRE, ob. cit., pp. 29 y ss.

En otros países, como por ej. Alemania, cuyos tribunales han presentado varias de las cuestiones prejudiciales que han dado lugar a las sentencias comentadas, el daño moral solo se indemniza en los casos previstos en la ley (§ 253,1 BGB), lo que implica, que, al margen de normas específicas como la del RGPD, se indemniza únicamente en caso de daño corporal, a la libertad o a la autodeterminación sexual (§ 253,2 BGB). No obstante, la jurisprudencia ha reconocido también la indemnizabilidad del daño moral derivado de lesiones al denominado “derecho general de la personalidad”. En este último caso los tribunales solo reconocen indemnización en caso de vulneraciones graves de tal derecho y atribuyen a la indemnización una función preventiva además de compensatoria SPINDLER/RIECKERS, *Tort Law in Germany*, 3ª ed, Kluwer Law International, 2019, ap. 209, 239; MAGNUS, “Damages for Non-Pecuniary Loss in German Contract and Tort Law”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2015 pp. 301,305, 306. Asimismo, “Damages under German Law”, en *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, 2001, pp. 94, 96.

Otro ejemplo es el de Austria, que ha admitido tradicionalmente la indemnizabilidad del daño moral solo cuando el causante del mismo actuó con dolo o negligencia grave (§ 1324 ABGB), aunque con alguna excepción, como cuando se ha producido una lesión corporal (§ 1325 ABGB) o en casos de lesión al derecho al honor si la difamación ha tenido lugar a través de medios de prensa. Vid. KOZIOL, “Damages under Austrian Law”, en *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, 2001, p. 12.

¹⁹ En este sentido SANTOS MORÓN, “La responsabilidad...” cit., pp. 249, 259.

30. Ahora bien, el TJUE ha afirmado también repetidamente, reiterando lo señalado en la S. 4 abril 2023, *Österreichische Post*, C-300/21, que no cabe establecer al efecto un umbral mínimo de gravedad. Sin embargo, no veo cómo puede llegarse a la conclusión de que las consecuencias negativas sufridas por un sujeto a consecuencia del incumplimiento de la normativa de protección de datos constituyen un daño moral si no se tiene en cuenta su entidad. Es evidente que no toda molestia o todo sentimiento de desagrado puede considerarse daño resarcible. Y la conversión de la mera incomodidad en un daño no patrimonial me parece que pasa, necesariamente, por su gravedad o intensidad. Así, por ej., nadie duda de que el ruido da lugar a un daño moral indemnizable solo cuando la molestia que provoca supera cierta intensidad o duración²⁰.

31. Por ello, me parece más atinada la postura mantenida por el Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, en las Conclusiones del Asunto *Österreichische Post*, C-300/21, en las que afirma que debe distinguirse entre daños inmateriales indemnizables y “otros inconvenientes” que por su escasa entidad, no dan derecho a compensación, correspondiendo a los jueces de los Estados miembros, llevar a cabo, en cada caso concreto, esa diferenciación²¹. En el mismo sentido se pronunció el Abogado General PITRUZZELLA, en las Conclusiones del Asunto C-340/21²².

32. En mi opinión, dado que la única forma posible de diferenciar la mera molestia, desagrado o incomodidad del daño moral es atender a la naturaleza y gravedad de la afección emocional sufrida²³, la doctrina del TJUE probablemente debe interpretarse en el sentido de que, si bien no cabe fijar “a priori” un nivel mínimo de gravedad para entender que se está ante un perjuicio indemnizable, ello no impide que el juez nacional, atendiendo a las circunstancias concretas, pueda entender que las consecuencias negativas aducidas por el perjudicado son de tan escasa entidad que no puede considerarse probado que se ha producido un daño moral. De hecho, la última resolución comentada (S. 11 abril 2024, 741/21, *Iuris*, C-741/21) parece apuntar, aunque no del todo claramente, en este sentido.

33. En cualquier caso, una vez que se estima que se está, efectivamente, ante un daño moral, la cuantificación de la indemnización, según el TJUE, deberá llevarse a cabo conforme a los criterios establecidos en cada Estado miembro (S. 4 mayo 2023, *Österreichische Post*, C-300/21)²⁴. El TJUE ha afirmado también que la gravedad de la infracción (S. 25 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, c-687/21) o la gravedad de la culpa (S. 21 diciembre 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, asunto C-667/21²⁵) no pueden tenerse en cuenta a efectos de indemnización. Aunque esta postura es lógica si se parte de la función puramente indemnizatoria del art. 82 RGPD (recordemos que el TJUE niega que tenga función punitiva) conviene advertir que, cuando se trata de daños morales puros, la conducta intencional o gravemente culposa del causante del daño puede incidir en la propia entidad de este último, pues, desde el punto de vista de la afección moral, no es lo mismo ser víctima de un accidente que de un acto

²⁰ En España, en concreto, se tiene en cuenta si el ruido supera o no los niveles acústicos determinados por la normativa reglamentaria aplicable. MARTÍN VIDA, “Responsabilidad extracontractual por ruidos en Derecho alemán y en Derecho español”, *InDret*, 4/2005, p. 8.

²¹ Vid. ap. 105 y ss. En particular ap. 110 y 116.

²² El Abogado General, tras afirmar que “una interpretación amplia del concepto de daño (moral) no puede llevar a considerar que el legislador haya renunciado a la necesidad de que exista un auténtico daño” observa que debe distinguirse entre daños inmateriales indemnizables y otros inconvenientes derivados de la falta de respeto a la legalidad, como el mero sentimiento de desagrado ante tal hecho. Concluye afirmando también que corresponde a los jueces nacionales determinar cuándo se está ante meras contrariedades no indemnizables y verdaderos daños inmateriales (Vid. ap. 74 y ss.)

²³ Naturaleza y gravedad, que lógicamente, también deberán tenerse en cuenta para calcular, en su caso, la posible indemnización, de entenderse que se está, efectivamente, ante un daño moral.

²⁴ Por ej. en relación con el Derecho español se observa que, en el supuesto de acceso indebido de terceros a los datos personales, cabría tener en cuenta el tipo de dato personal afectado, el tiempo durante el cual el dato estuvo accesible y el número más o menos amplio de potenciales terceros que puedan usarlos indebidamente. MARTÍN FABÁ, ob. cit., p. 141

²⁵ Vid. infra, ap. III, B).

doloso²⁶. Por tanto, habrá que concluir que el carácter doloso o gravemente negligente podrá ser tenido en cuenta para la cuantificación de la indemnización en la medida que aumenten el perjuicio sufrido por el perjudicado.

III. Sobre el criterio de imputación de la responsabilidad y los requisitos para que exista una infracción que dé lugar a responsabilidad

34. El segundo grupo de cuestiones planteadas ante el TJUE se refiere a los requisitos para que pueda entenderse producida una infracción de la normativa de protección de datos²⁷ – concretamente una violación del principio de confidencialidad y de la seguridad de los datos personales- y al criterio de imputación de la responsabilidad derivada del art. 82 RGPD. Aunque se trata de problemas distintos, están interrelacionados, y, de hecho, en algunas de las resoluciones analizadas, además de examinarse los requisitos para que se produzca la infracción, se pronuncia el TJUE sobre el criterio de imputación de la responsabilidad.

A) No toda vulneración de la seguridad de los datos constituye una infracción

35. Comencemos por la STJUE 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21. En esta resolución, que, como antes se indicó, tiene como origen un ciberataque al sistema informático de un organismo administrativo búlgaro a raíz del cual se publicaron en internet datos personales almacenados en dicho sistema, se analiza si el ciberataque de un tercero determina necesariamente una infracción del art. 32 RGPD, relativo al deber de garantizar la seguridad de los datos personales, en relación con el 24 RGPD, que sienta el denominado principio de “responsabilidad proactiva”.

36. Conviene advertir que el art 32 RGPD obliga al responsable (y al encargado, en su caso) del tratamiento a adoptar “medidas técnicas y organizativas *apropiadas* para garantizar un *nivel de seguridad adecuado al riesgo*”²⁸. Es decir, dicho precepto no obliga al responsable del tratamiento a impedir toda violación de la seguridad y confidencialidad de los datos sino solo a adoptar medidas “apropiadas” para evitarlo, teniendo en cuenta los riesgos existentes -lo mismo se desprende, por otra parte, del art. 5,1,f)²⁹-. Por lo que respecta al art. 24 RGPD³⁰, dicho precepto dispone, con carácter general, que el responsable del tratamiento ha de aplicar medidas técnicas y organizativas *apropiadas*, tomando en consideración los riesgos existentes, para garantizar que el tratamiento es conforme con el RGPD, debiendo ser, también, capaz de demostrarlo³¹.

²⁶ MARTÍN CASALS, “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, APDC, U. Murcia, 2011, p. 110; DEL OLMO, ob. cit., pp. 204, 205; 213.

²⁷ Recordemos que la existencia de una infracción es presupuesto necesario para que pueda desencadenarse la responsabilidad, junto con la existencia de daño y de relación causal entre ambos.

²⁸ El art. 32,1 dice lo siguiente: “Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán *medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo*...”

²⁹ El art. 5 RGPD, que consagra los denominados “principios del tratamiento”, dispone su apartado 1,f, respecto del principio de “integridad y confidencialidad”, estrechamente relacionado con la seguridad de los datos personales, que los datos deben ser tratados de manera “que se garantice una *seguridad adecuada* de los datos personales... mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas *apropiadas*”.

³⁰ Art. 24,1: “Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, *así como los riesgos* de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará *medidas técnicas y organizativas apropiadas* a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario”.

³¹ Dicho precepto -que está relacionado con el art. 25 RGPD, que consagra el denominado principio de “protección desde el diseño y por defecto”-, partiendo de una perspectiva preventiva, pretende que el responsable del tratamiento adopte ya desde el momento inicial, esto es, desde el momento de implantación del sistema a través del cual se van a tratar los datos personales,

37. Por ello, en el asunto mencionada el órgano remitente cuestiona, por lo que aquí interesa: a) si el acceso no autorizado de terceros permite por sí solo considerar que las medidas adoptadas no eran adecuadas y b) si incumbe al responsable el tratamiento la carga de probar el carácter apropiado de las mismas (cuestiones prejudiciales nº 1 y 3)³².

Una interrogante similar se plantea en el asunto *MediaMarktSaturn*, C-687/21, resuelto por la STJUE 25 enero 2024. En este caso, un empleado del responsable del tratamiento entregó por error un documento con datos personales de un cliente a otro cliente distinto, de modo que el tribunal que enjuiciaba el asunto preguntó al tribunal europeo si la entrega accidental de un documento con datos personales a un tercero supone una infracción del RGPD, y en concreto, de la obligación del responsable del tratamiento de adoptar medidas adecuadas para garantizar la seguridad de los datos (cuestión prejudicial nº 3)³³.

38. Pues bien, en la sentencia primeramente citada (S. 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21) el tribunal europeo observa que los arts. 24 y 32 RGPD se limitan a obligar al responsable del tratamiento a adoptar medidas técnicas y organizativas destinadas a evitar, *en la medida de lo posible*, cualquier violación de la seguridad de los datos personales³⁴. El carácter apropiado o no de las medidas implementadas debe ser evaluado por los órganos jurisdiccionales nacionales en cada caso concreto, teniendo en cuenta los riesgos existentes y valorando si las medidas concretas implementadas se adaptan a esos riesgos³⁵ (ap. 31, 47). Dado que el art. 24 RGPD dispone que el responsable del tratamiento debe poder demostrar que las medidas adoptadas son adecuadas³⁶, no cabe entender –como si de una presunción *iuris et de iure* se tratara– que el acceso no autorizado a los datos por parte de terceros basta por sí solo para concluir lo contrario (vid. ap. 32, 34, 39). Ahora bien, la carga de la prueba del carácter apropiado de las medidas en cuestión recae sobre el responsable del tratamiento (ap. 49 y ss., ap. 57)³⁷.

39. Estas apreciaciones son reiteradas en la segunda resolución señalada (STJUE 25 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21) que niega que la entrega accidental de un documento con datos perso-

medidas dirigidas a garantizar que se respeta la normativa aplicable. Además, debe establecer protocolos que le permitan demostrar y acreditar la eficacia de tales medidas. Es decir, se exige del responsable del tratamiento una actitud proactiva centrada en la gestión de los riesgos potenciales asociados al tratamiento de datos. Sobre ello, vid SANTOS MORÓN, “Tratamiento de datos, sujetos implicados, responsabilidad proactiva”, cit., pp. 48 y ss.; GARCÍA HERRERA, “La responsabilidad activa en materia de protección de datos o *accountability*. Medidas de materialización”, en *Cuestiones clásicas y actuales el Derecho de daños. Estudios en Homenaje al prof. Dr. Roca Guillamón*, t. III, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 795, 796; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. “El principio de responsabilidad proactiva y la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en AAVV, *El Reglamento General de Protección de Datos. Un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2109. pp. 316, 317.

³² El órgano remitente planteó otras dos cuestiones relacionadas con las señaladas en el texto, en concreto, qué alcance debe tener el control del juez al examinar el carácter apropiado de las medidas implantadas y si puede considerarse un informe pericial ordenado por el juez como un medio de prueba necesario y suficiente para valorar el carácter apropiado de las medidas en cuestión (vid. cuestiones prejudiciales 2 y 4).

³³ El órgano remitente preguntó además (cuestión nº 4) si la entrega accidental de un documento con datos de un tercero supone un tratamiento ilícito ex art. 5 y 24 RGPD, si bien el TJUE respondió conjuntamente a las cuestiones 3 y 4.

³⁴ El TJUE señala en ese sentido que el RGPD instaura un régimen de gestión de riesgos, pero “en modo alguno pretende eliminar los riesgos de violación de la seguridad de los datos personales” (ap. 29) y añade que “el legislador de la Unión manifestó su intención de mitigar los riesgos de violación de la seguridad de los datos personales sin pretender llegar a eliminarlos” (ap. 38).

³⁵ En relación con lo dicho el TJUE observa además que, para determinar el carácter apropiado de las medidas adoptadas, han de tenerse en cuenta, según el art. 24 RGPD, además de los riesgos, la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento. Por su parte el art. 32, que exige que las medidas sean las apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado a los riesgos, dispone que deben tenerse en cuenta también el estado de la técnica, los costes de aplicación y, nuevamente, la naturaleza, el alcance el contexto y los fines del tratamiento de que se trate. Vid. ap. 24-27.

³⁶ Recordemos que, según este precepto, el responsable del tratamiento debe, no solo garantizar que el tratamiento es conforme con el RGPD, sino que debe también “poder demostrarlo”.

³⁷ A lo dicho añade, respondiendo a la cuarta cuestión prejudicial planteada, que, para apreciar el carácter apropiado de las medidas de seguridad adoptadas por el responsable del tratamiento, “un informe pericial ordenado por el juez no constituye sistemáticamente un medio de prueba necesario y suficiente” ya que el derecho a la tutela judicial efectiva exige que el órgano jurisdiccional proceda a una apreciación objetiva del carácter apropiado de las medidas de que se trate. PLAZA PENADES, ob. cit., p. 418 indica que con ello el TJUE quiere remarcar que son admisibles todos los medios de prueba admitidos en Derecho que no pueden quedar reducidos a meras pruebas periciales.

nales de una persona a un tercero sea suficiente para considerar que las medidas adoptadas por el responsable del tratamiento no son adecuadas, en el sentido de los arts. 24 y 32 RGPD, e insiste en que el carácter apropiado de las medidas implementadas por el responsable del tratamiento debe ser valorado en el caso concreto, correspondiendo a este último la carga de probar que las medidas de seguridad en cuestión revisten tal carácter (ap. 35-45).

40. De lo expuesto se desprende que, para considerar vulnerado el art. 32 RGPD –y, en relación con éste, el art. 24–, de forma que pueda reclamarse responsabilidad (siempre que exista además daño y relación causal), es necesario que el juez concluya, tras examinar las circunstancias que rodean el caso concreto, que las medidas técnicas adoptadas por el responsable del tratamiento para garantizar la seguridad de los datos personales *no son adecuadas* al riesgo preexistente³⁸. La carga de la prueba sobre el carácter apropiado de dichas medidas pesa sobre el responsable del tratamiento.

B) ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? Causas de exoneración de responsabilidad

41. En el mencionado asunto *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21 (STJUE 14 diciembre 2023) el órgano remitente, además de preguntar si el ciberataque llevado a cabo por terceros suponía una infracción de los arts. 24 y 32 RGPD, indaga sobre si este hecho, al ser cometido por terceros, permite excluir la responsabilidad del responsable del tratamiento (cuestión prejudicial nº 4). Esto nos lleva al siguiente aspecto a analizar, esto es, el criterio de imputación de la responsabilidad, estrechamente relacionado con las causas de exoneración admisibles.

42. No obstante, al respecto procede examinar, en primer lugar, la STJUE 21 diciembre 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, asunto C-667/21, que se pronuncia, específicamente, sobre si es necesaria la existencia de culpa para que se incurra en responsabilidad. En realidad en este caso, relativo a un posible tratamiento ilícito de datos de salud del demandante³⁹, la cuestión prejudicial planteada por el órgano remitente (cuestión nº 5) se refería a si es relevante el grado de culpa del responsable del tratamiento para cuantificar la indemnización y si, a tal efecto, puede tenerse en cuenta la inexistencia de culpa o la existencia de culpa leve por su parte. El TJUE observa que, para resolver esta cuestión, hay que determinar, por una parte, si la existencia o la prueba de la culpa son necesarias para que el responsable o encargado del tratamiento pueda incurrir en responsabilidad y, por otra, qué relevancia puede tener el grado de culpa en la cuantificación de la indemnización (ap. 88).

³⁸ Así, por ej., observa MARTÍN FABA, ob. cit., p. 135, podría entenderse que el responsable del tratamiento ha implementado medidas apropiadas si los ciberdelincuentes han utilizado instrumentos tan sofisticados que permiten incluso burlar las medidas de seguridad que son conformes al estado de la técnica. Y es que, como observa PLAZA PENADÉS, ob. cit., pp. 417, 418, cualquier sistema puede sufrir un ciberataque aunque tenga instalada la más alta tecnología y las mayores medidas de seguridad.

³⁹ En este supuesto un organismo público alemán que tenía la función legal de emitir informes médicos sobre la posible incapacidad laboral de personas aseguradas por la Caja de seguro obligatorio, llevó a cabo, a solicitud de esta última entidad, un informe sobre uno de sus propios empleados. Para ello se puso en contacto con el médico de cabecera del empleado en cuestión. Habiendo informado ésta de tal circunstancia al mencionado empleado, el interesado pidió a una compañera del servicio informático que comprobara si efectivamente se había realizado un informe sobre su situación. La compañera de trabajo accedió a dicho informe y se lo envió. A consecuencia de ello, el demandante del litigio principal, adujo que se había producido un tratamiento ilícito de sus datos de salud, por entender que el informe debía haber sido elaborado por un organismo distinto a fin de evitar que sus compañeros tuviesen acceso a sus datos de salud. En este caso, en realidad, no estaba nada clara la existencia de la infracción del RGPD y varias de las cuestiones prejudiciales (1ª a 3ª) planteadas por el órgano remitente se refieren a la interpretación del art. 9,2,h RGPD –que, en relación con los datos de categorías especiales como son los datos de salud, permite su tratamiento con fines de medicina preventiva o laboral y evaluación de la capacidad laboral del trabajador– y del art. 6 RGPD. Aunque estas cuestiones exceden del problema aquí objeto de análisis, cabe indicar que, según el TJUE, el art. 9,2,h RGPD no impide a un organismo tratar datos relativos a la salud de sus propios empleados como “servicio médico”, ni cabe entender que el responsable del tratamiento esté obligado a garantizar que ningún compañero de trabajo del interesado pueda acceder a los datos relativos a la salud de éste. Pero, eso sí, aunque un tratamiento de datos relativos a la salud esté basado en las excepciones previstas en el art. 9, debe cumplir, además, alguna de las condiciones de licitud enunciadas en el art. 6,1 RGPD (v. gr. consentimiento del interesado, ejecución de un contrato, cumplimiento de una obligación legal, etc.) (vid. ap. 58, 70, 79).

43. Pues bien, el TJUE, tras reiterar que el art. 82,1 supedita el derecho a indemnización a la concurrencia de tres elementos, una infracción, la existencia de daño y la relación de causalidad entre ambos (ap. 90), comienza analizando el párrafo segundo del art. 82, que dispone: “cualquier responsable (del tratamiento) que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento”. Según el TJUE, este precepto presume que el responsable del tratamiento “*ha participado en la operación de tratamiento que constituye la infracción*”. No obstante, del art. 82,3 se desprende que puede quedar exonerado de responsabilidad si demuestra “*que no es en modo alguno responsable del hecho causante del daño*”.

44. A pesar de afirmar el TJUE que el art. 82 presume que el responsable del tratamiento ha cometido una infracción, de ahí deduce que el precepto establece un régimen de *responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba* (ap. 92-94)⁴⁰. Apoya esta interpretación en los arts. 24 y 32 RGPD (a los que se ha hecho referencia con anterioridad), que se limitan a obligar al responsable del tratamiento a adoptar medidas técnicas destinadas a evitar, en la medida de lo posible, cualquier violación de los datos personales (ap. 96), y observa que un mecanismo de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba garantiza el equilibrio entre los intereses de los responsables del tratamiento y los derechos de las personas cuyos datos personales se tratan (ap. 98). Por consiguiente, concluye afirmando que la responsabilidad del responsable del tratamiento está supeditada a la existencia de culpa, la cual se presume a menos que éste demuestre que no es responsable del hecho causante del daño. Añade a lo dicho que el grado de culpa no ha de ser tenido en cuenta al fijar la indemnización (ap. 103).

45. Conviene hacer notar que en el supuesto que dio lugar al litigio al que se refiere esta sentencia, el acceso del compañero de trabajo del demandante a los datos de salud de éste se debió a su propia intervención⁴¹. Ello puede inducir a pensar que la sentencia analizada exige la culpa del responsable del tratamiento con el fin de evitar que éste incurra en responsabilidad cuando el acceso no autorizado a los datos se debe a la propia actuación del interesado. Sin embargo, tal interpretación, como observa la doctrina⁴², no resulta en absoluto necesaria, y así se desprende de las Conclusiones del Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA quien, frente al criterio adoptado finalmente por el TJUE en el asunto C-667/21- estima que la responsabilidad del art. 82 es independiente de la culpa, si bien la intervención del perjudicado debe considerarse como una causa de exoneración de responsabilidad conforme al art. 82,3 RGPD (vid. ap. 73,78, 86).

46. En cualquier caso, las afirmaciones de la expresada S. 21 diciembre 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21, son reiteradas en sentencias posteriores. En primer lugar, en la anteriormente mencionada S. 25 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, en la que, aunque lo cuestionado era si la gravedad de la infracción debe tenerse en cuenta a efectos de indemnización (6ª cuestión prejudicial), el TJUE responde afirmando: a) que la responsabilidad queda supeditada a la existencia de culpa por parte del responsable del tratamiento, la cual se presume, salvo que éste demuestre que no es responsable del hecho generador del daño (ap. 52), y b) que, dada la finalidad indemnizatoria del art.

⁴⁰ En España también algunos autores consideran que del art. 82,3 se deduce que dicho precepto establece un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba. NIETO GARRIDO, “Derecho a indemnización y responsabilidad” en PIÑAR (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad*, Madrid, Reus, 2016, p. 561; NUÑEZ GARCÍA, “Responsabilidad y obligaciones del responsable del tratamiento”, en RALLO LOMBARTE, *Tratado de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 384; BUSTO LAGO, “Protección de datos personales y responsabilidad civil”, *Derecho de daños 2020*, pp. 481 y ss. pp. 414, 506 y ss.

⁴¹ El interesado solicitó a una compañera de trabajo del departamento informático de la empresa en la que trabajaba, que –recuérdese– había elaborado un informe sobre su capacidad laboral, que accediera a ese documento. La compañera lo hizo pese a no estar autorizada para ello, tomó fotografías de dicho informe y las remitió al interesado. Por tal motivo cabía entender que el posible daño derivado del acceso de un compañero de trabajo a los datos de salud del afectado fue debido a su propio comportamiento. Así se indica en la nota 52 de las Conclusiones del Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ BORBONA, presentadas el 25 mayo 2023. Vid también los apartados 101 y ss.

⁴² MARTÍN FABA, ob. cit., p. 145, 146, quien señala, además, que “la introducción de la culpa del responsable como requisito para que nazca su responsabilidad no se deduce del RGPD y, más importante, no parece ayudar sino solo generar confusión”.

82 –previamente establecida por el TJUE en la S. 21 diciembre 2023, *Krankenversicherung Nordrhein*, C-667/21 - no hay que tomar en consideración la gravedad de la infracción a la hora de fijar el importe de la compensación (ap. 54, 55).

47. En el mismo sentido se pronuncia en la S. 11 abril 2024, *Iuris*, C-741/21, que, en un supuesto en que se trataron los datos personales del demandante del litigio principal con fines de mercadotecnia directa pese a su expresa oposición, afirma que “de un análisis conjunto de los ap. 2 y 3 del art. 82 se desprende que éste establece un régimen de responsabilidad por culpa en el que se presume que el responsable del tratamiento ha participado en la operación de tratamiento que constituye la infracción del Reglamento” (ap. 46).

48. En mi opinión, la interpretación realizada por el TJUE en torno al criterio de imputación de responsabilidad es discutible y debe ser objeto de matización.

49. En primer lugar, si el art. 82,2 presume, como dice el TJUE en las sentencias comentadas, que el responsable del tratamiento ha participado en el hecho constitutivo de la infracción del RGPD, lo que *está presuponiendo es que ha cometido una infracción* y no, propiamente, que ha actuado de manera culposa o negligente⁴³.

Es más, aunque el TJUE interpreta que el art. 24 RGPD invierte la carga de la prueba de la culpa, lo que se infiere en realidad de este precepto es, simplemente, que el responsable del tratamiento debe demostrar que ha cumplido con la normativa de protección de datos. Es decir, lo que hace dicho precepto es *invertir la carga de la prueba de la existencia de una infracción*, no la carga de la prueba de la culpa⁴⁴. Cuestión distinta es, como se dirá después, que para que puedan considerarse infringidos ciertos preceptos del RGPD sea necesario que el responsable del tratamiento haya actuado, a su vez, negligentemente.

50. En segundo lugar, si, como dice la sentencia comentada, es necesaria la culpa para que el responsable del tratamiento puede ser condenado a indemnizar, y la culpa se presume, habría que concluir que el responsable del tratamiento podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que actuó con la diligencia necesaria para evitar el daño. Sin embargo, no es eso lo que afirma el TJUE. Según la mencionada sentencia el responsable del tratamiento, de acuerdo con el art. 82,3 debe demostrar “que no es responsable del hecho causante del daño”⁴⁵. Pero esta circunstancia, atañe en realidad a la relación de causalidad⁴⁶, no a la culpa o negligencia, y, de hecho, así lo ha entendido el propio tribunal europeo en otras resoluciones:

- a) Así, en la S. de 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21, en la que el tribunal remitente, como ya se ha avanzado con anterioridad, cuestionaba si el acceso no autorizado por parte de terceros a los datos personales, al ser consecuencia de un ciberataque, podía exonerar al responsable del tratamiento, el TJUE interpreta el art. 82,3 en el sentido

⁴³ Adviértase que, en la S. 35 enero 2024, *MediaMarktSaturn*, C-687/21, el TJUE, tras afirmar que la culpa se presume (ap. 52), continúa diciendo que el art. 82 no requiere tomar en consideración la gravedad de la *infracción* del Reglamento, *que se presume que el responsable del tratamiento ha llevado a cabo* (ap. 54). Del mismo modo, en el párrafo de la S.11 abril 2024, *Iuris*, C-741/21, transcrito en el texto, se dice que el art. 82 establece un régimen de responsabilidad por culpa *en el que se presume que el responsable del tratamiento ha participado en la operación de tratamiento que constituye la infracción* del Reglamento.

⁴⁴ En este sentido SANTOS MORÓN, “La responsabilidad...”, cit., pp. 236 y ss.

⁴⁵ La versión española del art. 82,3 resulta confusa, pues en lugar de indicar que el responsable o el encargado del tratamiento quedarán exentos de responsabilidad si demuestran que no son “responsables” del hecho causante del daño, debería decir, como se deduce de las versiones francesa e italiana del precepto, que quedarán exentos de responsabilidad si demuestran que tal hecho “*no les es imputable*” -sobre ello SANTOS MORÓN, “La responsabilidad...” cit., p. 237-. Este es el sentido en el que, como se expresa a continuación en el texto, ha interpretado el precepto el TJUE.

⁴⁶ En esta línea DE BARRÓN ARNICHES, “Vulneraciones automatizadas del derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela”, RDC, 2024, vol. IX, nº 1, p. 183; MORENO MARTÍNEZ, “El impacto del Reglamento General de Protección de Datos en el régimen de responsabilidad civil (art. 92 RGPD): Su posible desarrollo por el Derecho interno y problemática de coexistencia con otros mecanismos protectores”, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al prof. Dr. Roca Guillamón*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2021, p. 538; HERRÁN ORTIZ, ob. cit., p. 1452.

de que el responsable del tratamiento solo puede quedar exonerado de *responsabilidad si demuestra que no existe relación de causalidad* entre su eventual incumplimiento de la obligación de protección de datos y los daños y perjuicios producidos (ap. 72).

- b) Del mismo modo, en la S. 11 abril 2024, *Juris*, C-741/21, en la que el órgano remitente preguntaba si el hecho de que la infracción cometida fuese debida a un error de una persona que actuaba bajo la autoridad del responsable del tratamiento, permitía exonerar a este último, el TJUE afirma que “las circunstancias de la exoneración establecida en el artículo 82, apartado 3, del RGPD deben limitarse estrictamente a aquellas en las que dicho responsable pueda demostrar *que el daño no le es imputable*” (ap. 70) de modo que “el referido responsable únicamente puede quedar exento de responsabilidad *si demuestra que no existe una relación de causalidad* entre el eventual incumplimiento de la obligación de protección de datos que le incumbe en virtud de los artículos 5, 24 y 32 de ese Reglamento y los daños y perjuicios sufridos por el interesado” (ap. 72). En relación con la posibilidad de que el responsable del tratamiento se exonere aduciendo el error de un auxiliar, afirma –de manera coherente con las reglas de responsabilidad por hecho ajeno- que aquél no puede liberarse de responsabilidad alegando el incumplimiento o negligencia de quien actúa bajo su autoridad⁴⁷.

51. Por consiguiente, si el responsable del tratamiento solo puede exonerarse de responsabilidad probando que el hecho causante del daño no le es imputable, por no existir realmente nexo causal entre su comportamiento y el daño, parece que la responsabilidad de dicho sujeto, una vez constatada la infracción, sería más bien objetiva que por culpa⁴⁸.

La necesidad de distinguir entre los requisitos para que exista una infracción y los requisitos para que exista responsabilidad.

52. El problema viene dado, en mi opinión, porque el TJUE –cuyos razonamientos vienen determinados, en cierta medida, por el modo en que se plantea cada cuestión prejudicial- no distingue suficientemente entre los requisitos para que exista un incumplimiento de la normativa de protección de datos y los requisitos para que tal incumplimiento desencadene responsabilidad.

53. Y la diferencia es relevante porque, como ha puesto de relieve la doctrina, las obligaciones que pesan sobre el responsable del tratamiento de acuerdo con el RGPD, son en unos casos obligaciones de “medios” y en otros de “resultado”⁴⁹. Esto implica que, mientras que, en el primer caso, para que pueda existir una infracción de la normativa de protección de datos, es preciso que el responsable del tratamiento haya actuado negligentemente, no ocurre lo mismo cuando se trata de obligaciones de resultado.

En la primera hipótesis el responsable del tratamiento podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que actuó con la diligencia debida, y, por tanto, realmente no incumplió la normativa de protección de datos. En tal supuesto, en realidad, la prueba de la diligencia excluye la propia existencia de la infracción.

En el segundo caso en cambio (obligaciones de resultado), una vez constatada la vulneración de la normativa de protección de datos –cuya existencia es independiente de la diligencia o no del responsable del tratamiento- parece claro que este no podrá exonerarse a menos que demuestre, como establece el art. 82,3 RGPD que el daño *no le es imputable*, es decir, que se debe a *un evento ajeno a su ámbito de*

⁴⁷ La sentencia pone de manifiesto que del art. 29 RGPD se desprende que las personas que actúan bajo la autoridad del responsable solo pueden tratar los datos de acuerdo con las instrucciones de éste y de conformidad con ellas. Además, del art. 32,4 obliga al responsable del tratamiento a adoptar medidas para garantizar que cualquier persona que actúe bajo su autoridad siga sus instrucciones. Es decir, corresponde al responsable del tratamiento asegurarse de que sus empleados apliquen correctamente sus instrucciones (vid. ap. 47-49)

⁴⁸ Así lo entendió, como se ha dicho antes, el Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, en sus Conclusiones al Asunto C-667/21, presentadas el 24-5-2023.

⁴⁹ VAN ALSENOY, “Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation”, *JPIITEC*, 2016, 271, p. 282; el mismo autor *Data Protection Law in the EU: Roles, Responsibilities and Liability*, Intersentia, 2019, p. 103, 104. RUBÍ PUIG, “Daños por infracción del derecho a la protección de datos personales, El remedio indemnizatorio del art. 82 RGPD”, *RDC*, 2018, vol. V, n° 4, p. 58.

control, como sería el comportamiento de la víctima, el hecho de un tercero imprevisible e inevitable o, en general, un supuesto de fuerza mayor⁵⁰.

54. Conviene advertir, en relación con ello, que los actos llevados a cabo por los auxiliares o empleados del responsable del tratamiento no pueden considerarse como un evento ajeno a su ámbito de control. Así se desprende de la mencionada STJUE 11 abril 2024, *Iuris*, C-741/21, que, como se ha dicho, afirma que el responsable del tratamiento no puede liberarse de responsabilidad alegando el incumplimiento o negligencia de quien actúa bajo su autoridad. El ciberataque cometido por un tercero podría, en cambio, excluir la responsabilidad del responsable (o encargado) del tratamiento, toda vez que no tenga su origen en la deficiente adopción de medidas de seguridad⁵¹.

55. De hecho, el ejemplo, quizás, más claro, de *obligación de medios* impuesta al responsable del tratamiento es la que atañe, precisamente, a la adopción de medidas de seguridad. Como se ha visto, el art. 32 RGPD solo obliga al responsable del tratamiento a adoptar las medidas técnicas y organizativas que sean “apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo”. Por consiguiente, para determinar que efectivamente se ha incumplido dicho precepto es necesario valorar la diligencia del responsable del tratamiento a la hora de adoptar las medidas de seguridad en cuestión⁵², si bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 24,1 RGPD –que impone al responsable del tratamiento la carga de acreditar el cumplimiento normativo- debe entenderse que corresponde a este último demostrar el carácter “apropiado” de las medidas implementadas.

56. Por el contrario, tratándose del cumplimiento de los principios del tratamiento, del art. 5,2 RGPD, que dispone que “el responsable del tratamiento *será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1* y capaz de demostrarlo”, se deduce que aquél queda obligado a obtener un resultado, sin que sea suficiente con que adopte medidas *apropiadas* dirigidas a asegurarlo (art. 24)⁵³. Así ocurre, por ej., en relación con el principio de licitud, que exige que todo tratamiento de datos personales se haga con consentimiento del interesado, a menos que concurra alguna de las bases de legitimación establecidas en el art. 6 RGPD. Si, por ej., el responsable de una red social, solicita a través de su página web el consentimiento de los usuarios para tratar sus datos personales con ciertos fines, pero, sin embargo, trata erróneamente los datos de un usuario que no ha consentido (o no ha consentido para ese fin específico) ¿acaso

⁵⁰ En este sentido SANTOS MORÓN, “La responsabilidad...” cit., p. 237; VAN ALSENOY, “Liability under EU Data Protection Law...” cit., p. 283; RUBÍ PUIG, ob. cit., p. 78; MORENO MARTÍNEZ, ob. cit., p. 538; HERRÁN ORTIZ, ob. cit., p. 1452.

⁵¹ Por ello afirma la repetida STJUE 14 diciembre 2023, *Natsionalna agentsia za prihodite*, C-340/21 (ap. 71), que la violación de la seguridad de los datos personales cometidas por cibercriminales no puede imputarse al responsable del tratamiento, a menos que este último “*la hubiera hecho posible* por incumplir alguna obligación establecida en el RGPD y, en particular, la obligación de protección de datos a la que está sujeto en virtud de los arts. 5,1,f), 24 y 32 del mismo Reglamento”.

⁵² En España, la STS (Sala 3ª) 14 febrero 2022 (RJ 2022/1280), en relación con un procedimiento sancionador por infracción de la seguridad de los datos personales (regulada en el art. 9 de la anterior LOPD - Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal-) ya afirmó que la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales “*no puede considerarse una obligación de resultado*, que implique que produzca una filtración de datos personales a un tercero exista responsabilidad con independencia de las medidas adoptadas y de la actividad desplegada por el responsable del fichero o del tratamiento”.

⁵³ Ello es así salvo que de la definición del concreto principio del tratamiento se deduzca lo contrario. Es lo que ocurre, por ej., en relación con el principio de exactitud, ya que el art. 5,1,d), tras disponer que los datos personales deben ser “exactos y, si fuera necesario, actualizados”, añade que “se adoptarán todas las *medidas razonables* para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan”. La doctrina estima, a la vista de ello, que el responsable del tratamiento debe implementar procedimientos para actualizar la información y comprobar su exactitud a fin de proceder, en su caso, a la rectificación o eliminación de los datos tratados [TRONCOSO REIGADA, “Los principios relativos al tratamiento (Comentario al art. 5 RGPD y al art. 4 LOPDGD)”, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de Derechos digitales*, t. I, Cívitas-Thomson, 2021, p. 888-889]. De ahí cabe deducir que la mera inexactitud de los datos personales no genera responsabilidad, sino sólo aquella que tenga su origen en la no adopción de medidas razonables para comprobar la exactitud de los datos y rectificarlos o eliminarlos de no ser exactos.

¹o mismo ocurre cuando se trata del principio de “integridad y confidencialidad” –relacionado, como se ha dicho, con la seguridad de los datos, art. 32 RGPD- ya que el art. 5,1,f) solo exige que los datos se traten de manera que se garantice una seguridad “*adecuada*”, mediante la aplicación de medidas técnicas y organizativas “*apropiadas*”.

cabe pensar que podrá eximirse de responsabilidad demostrando que adoptó medidas técnicas adecuadas para recabar el consentimiento de los usuarios de su página web?⁵⁴ Lo lógico es entender que en este caso el responsable del tratamiento solo podrá exonerarse demostrando que el tratamiento de datos ilícito se debe a un hecho externo, imprevisible e inevitable, ajeno a su esfera de control (art. 82,3 RGPD)⁵⁵.

57. En mi opinión puede decirse que, pese a que en las resoluciones del TJUE examinadas se afirma que la responsabilidad del responsable del tratamiento requiere que exista culpa o negligencia, ello es así, propiamente, cuando el incumplimiento de la normativa de protección de datos presupone un comportamiento negligente del responsable del tratamiento, como sucede cuando se trata del cumplimiento del deber de seguridad (art. 32 RGPD). En tal caso el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que actuó con la diligencia debida, lo que en realidad excluye la existencia de la infracción. En los casos –menos frecuentes– en que pesa sobre dicho sujeto una obligación de resultado, la no obtención del mismo supone una vulneración de la normativa aplicable que desencadenará su responsabilidad, a menos que, conforme al art. 82,3 RGPD, el responsable del tratamiento demuestre que el hecho causante del daño no le es imputable.

Conclusiones

58. De la jurisprudencia examinada se desprende que no toda infracción de la normativa de protección de datos genera un daño. El sujeto que pretenda obtener indemnización deberá probar que dicha infracción le ha producido algún perjuicio efectivo. Este perjuicio puede ser patrimonial (“material” según la terminología empleada en el RGPD) o no patrimonial (“inmaterial”). Pero el hecho de que se vulneren los derechos que el RGPD reconoce al perjudicado (v. gr. acceso, rectificación, oposición, cancelación), o el hecho de que sus datos se traten de forma ilícita –esto es, sin su consentimiento y sin que exista otra base de legitimación–, aunque suponga una “pérdida del control” de dichos datos, tampoco genera por sí mismo un daño moral.

59. Según el TJUE el interesado debe demostrar que las “consecuencias negativas” que ha sufrido constituyen “daño inmaterial”. El problema es que es difícil dilucidar en la práctica, cuando se está ante tal tipo de daño. Un ejemplo, además de los casos en que se vulneran otros derechos de la personalidad del individuo como su honor o intimidad, es el supuesto en que, aun no habiéndose producido un mal uso de los datos personales del afectado, existe un temor, fundado en circunstancias objetivas, a que ello tenga lugar en el futuro. Pero, fuera de esa hipótesis el perjudicado deberá demostrar que ha sufrido un perjuicio emocional digno de ser considerado como “daño inmaterial”. Ahora bien, para concluir que así es debe tenerse en cuenta necesariamente la entidad, gravedad o intensidad de dicho perjuicio. Aunque el TJUE ha afirmado en la mayoría de las sentencias analizadas que no cabe establecer un umbral mínimo de gravedad para que el daño resulte indemnizable, no se ve cómo puede diferenciarse la mera molestia o contrariedad del verdadero daño moral si no se atiende a su gravedad. Así parece admitirlo, aunque tímidamente, la última de las sentencias emitidas por el TJUE en esta materia, la S. 11 abril 2024, *Iuris*, C-741/21. Queda por ver, no obstante, cómo evolucionará la doctrina del TJUE en el futuro⁵⁶.

⁵⁴ Adviértase que el art. 7,1 RGPD dispone que “cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que *aquel consintió el tratamiento de sus datos personales*”. No basta, por consiguiente, con adoptar medidas “apropiadas” para obtener tal consentimiento, sino que es preciso que el consentimiento concurra de modo efectivo.

⁵⁵ Cabe, no obstante, apreciar cierta excepción en relación con el consentimiento de los menores de edad. Cuando el menor tiene una edad inferior a la prevista legalmente (14 años en España) el consentimiento debe ser emitido por los titulares de la patria potestad o tutela (art. 8,1 RGPD). Pero, dadas las dificultades para comprobar la veracidad de la edad del menor, el art. 8,2 dispone que “el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”.

⁵⁶ Vid. SANTOS MORÓN, “La responsabilidad...” cit., pp. 239 y ss.

⁵⁷ En el momento de escribir estas líneas está pendiente todavía la resolución del asunto C-590/22, que plantea cuestiones prejudiciales similares a las aquí analizadas.

60. Dado que el TJUE considera, con buen criterio, que el art. 82 RGPD tiene función indemnizatoria, niega que la gravedad de la infracción o la gravedad de la culpa deban ser tenidas en cuenta para calcular la indemnización. Sin embargo, hay que tener presente que el carácter doloso o gravemente negligente de la conducta del demandado puede incrementar el perjuicio emocional sufrido por el afectado, por lo que en tal caso podrá influir en el importe de la indemnización.

61. La jurisprudencia examinada, por otra parte, pone de manifiesto que para considerar incumplido el deber de “seguridad del tratamiento” regulado en el art. 32 RGPD -estrechamente ligado al principio de “integridad y confidencialidad” de los datos personales del art. 5,1,f)-, no basta con que se haya producido un acceso indebido a los datos por parte de terceros (sean consecuencia de un ciberataque, de un error material padecido por un empleado del responsable del tratamiento o de otro hecho) sino que es preciso concluir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, que las medidas de seguridad adoptadas por el responsable del tratamiento no eran las “apropiadas” para el riesgo preexistente, lo que obliga a valorar la diligencia empleada por tal sujeto en la adopción de tales medidas. La carga de la prueba de que las medidas adoptadas eran apropiadas corresponde al responsable del tratamiento de acuerdo con el art. 24 RGPD.

62. En el supuesto enunciado, para que exista una vulneración del art. 32 RGPD es necesario que el responsable del tratamiento haya actuado culposa o negligentemente. Es decir, la culpa es presu- puesto de la existencia de la propia infracción. De ahí que, como ha afirmado el TJUE, no pueda desencadenarse la responsabilidad del responsable del tratamiento sin que medie culpa por su parte. En la medida en que la carga de la prueba de que se adoptaron las medidas adecuadas para evitar la infracción corresponde al responsable del tratamiento, es lógico concluir también que la “culpa” se presume.

63. Ahora bien, no en todos los casos puede aplicarse este planteamiento. Aunque el TJUE ha mantenido que la responsabilidad exigible ex art. 82 RGPD se basa en la culpa, si bien esta se presume, en los supuestos en que el responsable del tratamiento está obligado a obtener un resultado (v. gr. contar con el consentimiento del interesado si no hay otra base que legitime el tratamiento de sus datos), la existencia de la infracción es independiente de su culpa o negligencia⁵⁷ Por ello no parece que en tal hipótesis el demandado pueda exonerarse de responsabilidad aduciendo que actuó diligentemente y adoptó *medidas apropiadas* para evitar el incumplimiento normativo y, por ende, el posible daño. En tal caso, el responsable del tratamiento solo podrá exonerarse, de acuerdo en el art. 82,3 RGPD, demostrando que la infracción ha sido provocada por un evento *ajeno a su ámbito de control*, de modo que su comportamiento no puede ser considerado como causa del daño.

⁵⁷ Es decir, no depende de que el responsable del tratamiento haya adoptado o no medidas “apropiadas” para obtener el resultado deseado. Basta con la no consecución del mismo para que exista una infracción.

Globalización y Actor sequitur forum rei: Alles Shein und nicht Sein, la protección de los derechos humanos de terceros Estados ante los tribunales europeos y el Reino Unido

Globalization and Actor sequitur forum rei: Alles Shein und nicht Sein, the protection of the human rights of third States before the European courts and the United Kingdom

JULIA SUDEROW

*Profesora contratada Doctora
Universidad de Deusto*

ORCID ID: 0000-0001-9040-2879

Recibido: 03.06.2024 / Aceptado:15.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8984

“Freiheit bedeutet, dass man nicht unbedingt alles so machen muss wie andere Menschen.”

ASTRID LINDGREN

Resumen: Este artículo presenta una selección de ejemplos recientes de litigación transnacional contra empresas europeas e inglesas por violaciones de derechos humanos. En el Reino Unido, tras una década marcada por condenas a multinacionales por los hechos acaecidos en terceros estados, observamos la resurrección del *forum non conveniens* bendecida por el Brexit. Mientras tanto en la Unión Europea, tras unos primeros intentos sonados y fallidos, buscamos una solución regulatoria de difícil encaje en la práctica y que pasa por alto el Derecho Internacional Privado. Este estudio se centra en los casos Vedanta, Begum, Dyson y Kik. Todos ellos, casos en los que se ha constatado graves violaciones de derechos humanos y que, en el peor de todos, el colapso del Rana Plaza, se han cobrado un millar de vidas sin que la Europa de la ESG, la Responsabilidad Corporativa y la Ética Empresarial haya sido capaz de dar una respuesta a la altura.

Palabras clave: Derechos humanos y empresas, responsabilidad civil, *actor sequitur*, competencia judicial internacional, derecho aplicable, domicilio del demandado, Brexit, Vedanta, Dyson, Kik, Begum, Diligencia Debida, Directiva de Diligencia debida en la cadena de suministro, Litigación ESG.

Abstract: This article presents a selection of recent examples of transnational litigation against European and British companies for human rights violations. In the United Kingdom, after a decade marked by convictions of multinationals for acts occurring in third states, we observe the resurrection of the Brexit-blessed *forum non conveniens*. Meanwhile, in the European Union, after some first resounding and unsuccessful attempts, we are looking for a regulatory solution that is difficult to fit in practice and which ignores Private International Law. This study focuses on the Vedanta, Begum, Dyson and Kik cases. All of them, cases in which serious human rights violations have been found and which in the worst case, Rana Plaza, have claimed more than thousand lives, whereas a European Union driven by ESG, Corporate Responsibility and Business Ethics being unable to provide a response to this drama.

Keywords: Human rights and business, civil liability, actor sequitur, international jurisdiction, applicable law, domicile of the defendant, Brexit, Vedanta, Dyson, Kik, Begum, Due Diligence, Due Diligence Directive, ESG Litigation.

Sumario: I. Previo. II. Introducción, ¿Universalismo civil versus relativismo cultural? III. Reino Unido. 1. Introducción. 2. Pre Brexit 3. Post Brexit. IV. Unión Europea. 1. Europa pre directiva 2. La tragedia Rana Plaza ante los tribunales alemanes. 3. Europa y la Directiva de Diligencia Debida. A) Contenido. B) ¿Y el Derecho Internacional Privado? V. Conclusiones.

I. Previo

Es un honor y a la vez una gran responsabilidad, participar en este homenaje para el maestro, Alfonso Luis Calvo Caravaca. Son ya más de 18 años intercambiando ideas y opiniones siempre desde la sinceridad y libertad incondicional. En cada uno de estos debates, ya sea citando a Basedow o Savigny, ya sea citando al Mundo Today, surgen la inspiración y nuevas ideas. Alfonso, es e inspira al Andersdenkende, marcado por un profundo e incondicional sentimiento de la justicia. Esto, siguiendo a Jhering no puede sino llevarnos a la disidencia por sistema y al debate sin complejos. Todo ello, en el caso del maestro, desde el lenguaje más conciso.

II. Introducción, ¿Universalismo civil versus relativismo cultural?

1. Este artículo analiza con ejemplos recientes, que no aislados, el primero de los grandes obstáculos a los que se enfrenta la litigación civil internacional por violaciones de los derechos humanos: Las vicisitudes del foro del domicilio del demandado y sus posibles ineficiencias. El foro conocido como *Actor sequitur* no sólo penaliza el comercio internacional, sino que limita seriamente la efectividad de los derechos humanos en el ámbito civil cuando no va acompañado de los instrumentos locales necesarios¹. Insisto, se trata tan sólo del primero, y ya en muchas ocasiones tristemente insalvable².

2. La discusión no puede ignorar la cuestión más fundamental en los derechos humanos: ¿Son universales o relativos y sujetos a diferencias culturales³? Esta cuestión, circunscrita tradicionalmente al Derecho Internacional Público, es el mar de fondo que se escucha, con más fuerza que nunca ante la jurisdicción civil de los tribunales de determinados países del mundo en relación con hechos que han tenido lugar en otros lugares del globo en los que el acceso a la justicia puede resultar más difícil o imposible que en los primeros⁴. Desde hace más de tres décadas, los abusos derivados de las industrias extractivas, daños medioambientales o la explotación laboral contra los derechos humanos son objeto de litigación civil internacional como alternativa privada a la vía penal o pública⁵. Se trata de acciones

¹ Sobre el foro del domicilio del demandado, véase J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I Bis 1215/2012, análisis crítico de la regla Actor sequitur forum rei. Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 112-138.

² M. FONT-MAS, Los obstáculos de una demanda civil de responsabilidad transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho, Cuadernos Europeos de Deusto, pp. 113-151. Véase también, MC MARULLO MC, JE ESTEVE-MOLTÓ y FJ ZAMORA-CABOT, La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve. Iberoamerican Journal of Development Studies (2022) 11(2), pp. 170-194.

³ A. HALFMEIER, Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung, RabelsZ, 2004, p. 683. R. MULLENDER, Human Rights: Universalism and Cultural Relativism. Critical Review of International Social and Political Philosophy, 2003, 6(3), pp. 70-103.

⁴ L. GARCÍA ÁLVAREZ, Daños privados por contaminación En el tráfico externo: a propósito del caso Akpan vs. Shell, (Nigeria), Cuadernos de Derecho Transnacional, (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 548-583. Sobre la ausencia de regulación: S. DEVA, Mandatory human rights due diligence in Europe: A mirage for rightholders, Leiden Journal of International Law, 2023, 36, pp. 389-414.

⁵ M. ÁLVAREZ TORNÉ, El Derecho Internacional Privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE, Revista Española de Derecho Internacional, 2013, pp. 157-190.

de gran complejidad jurídica, que, en la mayoría de los casos, se eternizan en el tiempo y concluyen con una derrota por agotamiento o victorias pírricas y con suerte transformadas en una serie o documental⁶.

3. Como no podía ser de otra forma, la litigación se centra inicialmente y en muchas ocasiones se agota, en una de las grandes preguntas clásicas del Derecho Internacional Privado: la competencia judicial internacional, el *Actor sequitur forum rei*, el foro de la necesidad y por supuesto el *forum non conveniens*, un zombie anglosajón, que resurge a la sombra del Brexit⁷. Así, mientras que el legislador no siempre legisla y debate con la distancia y precisión necesarias, el Derecho Internacional Privado se postula impasible ante la litigación transnacional post globalización⁸. En la Europa del año 2024, la Europa de la *Rule of Law* y los valores ESG, debatimos y aprobamos nuevas normas que buscan regular la responsabilidad de las empresas en la cadena de suministro, o “cadena de actividades” desde nuestras consideraciones morales y siguiendo el patrón de la sociedad en la que vivimos que, por supuesto *es la única correcta y válida*, pero su ambicioso alcance puede verse acotado por el Derecho Internacional Privado, como podremos ver a lo largo de este trabajo. Así, la litigación estratégica por la vía civil que busca una compensación económica se postula, para unos, como una suerte de misión humanitaria, para otros, como una suerte de colonialismo moral e incluso como una oportunidad de negocio⁹.

4. Todo ello desde la contradicción del doble rasero. Recordemos que contrariamente a lo que sugiere su título, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no fue adoptada por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino con 48 votos a favor y nada menos que ocho abstenciones¹⁰. En el año 2024, una vez hemos superado las crecederas de la globalización y reconocemos abiertamente el mercado global con actores globales, la liberalización y armonización de las relaciones comerciales han ido acompañadas de una equiparación limitada de los derechos fundamentales, ya sea por el relativismo cultural o por la falta de interés regulatorio. Se trata de una cuestión compleja, marcada, por un lado, por valores irreconciliables y por el otro, por una cooperación comercial indispensable para el crecimiento económico.

5. Un indicador formal de las diferencias de opinión sobre los derechos humanos son las reservas formuladas a los tratados de derechos humanos. Se han formulado cientos de reservas de este tipo. La mayoría se refieren a cuestiones menores, pero algunas son más significativas. Por ejemplo, unos Estados

⁶ Por todos, la triste historia del litigio Lago Agrio: D. J. VICENTE BLANCO, El Caso Chevron contra Ecuador, una panorámica. El sistema internacional de protección de inversiones como parapeto ante la vulneración de los derechos humanos, en Estudios de Derecho de sociedades y de Derecho concursal: libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González / coord. por M. J. PEÑAS MOYANO, 2023, pp. 881-896. M. REQUEJO ISIDRO, El Caso Lago Agrio Multipolaridad en la litigación civil internacional, Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. 5, Núm 1, 2014. Wikipedia (probablemente financiada por una de las partes) dedica un extenso artículo a este litigio, una gran lección para la doctrina y la práctica en la que las víctimas de la contaminación siguen sin conseguir la compensación merecida: Lago Agrio oil field - Wikipedia.

⁷ Véase al respecto, A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Tratado de Derecho Internacional Privado, 2020, Tirant Lo Blanc.

⁸ Sobre la Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (Corporate Sustainability Due Diligence Directive —“CS3D” o la “Directiva”—) y la decepción iusprivatista véase: E. SILVA FREITAS y X. KRAMER, The Corporate Sustainability Due Diligence Directive: PIL and Litigation Aspects en The Corporate Sustainability Due Diligence Directive: PIL and Litigation Aspects – Conflict of Laws, consultado el 30 de mayo de 2024.

⁹ Sobre el auge de la litigación ESG véase, por ejemplo: The litigation risks that companies face in an age of ESG | Reuters, consultado por última vez el 23 de mayo de 2024. La litigación ESG incluye todo tipo de acciones legales contra empresas por incumplimientos de sus compromisos ESG (Environmental, Social, Governance). Se refiere por tanto a acciones que abarcan violaciones de derechos humanos, litigación climática y litigación derivada de cualquier incumplimiento normativo. Los principales actores son ONGS y grupos de perjudicados, accionistas y consumidores.

¹⁰ R. MULLENDER, Human Rights: Universalism and Cultural Relativism. Critical Review of International Social and Political Philosophy, 2003, 6(3), pp. 70–103. Los Estados que se abstuvieron fueron Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Arabia Saudí, Sudáfrica, Ucrania, la URSS y Yugoslavia. Para muestra un botón, Arabia Saudí se abstuvo porque se opuso a la disposición que garantizaba el derecho a cambiar de religión. Sudáfrica se abstuvo porque su régimen de apartheid era incompatible con las disposiciones que prohíben la discriminación. Como era de esperar, los miembros del bloque comunista se abstuvieron porque consideraban que las disposiciones sobre el derecho a la libertad de expresión daban demasiada libertad a los grupos contrarios al comunismo.

han formulado reservas al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, según las cuales aceptan las obligaciones de las Convenciones sólo en la medida en que sean compatibles con la ley islámica (sharia)¹¹. Este tipo de reservas han sido consideradas nulas por otros Estados Parte porque son incompatibles con el objeto y la finalidad de estas Convenciones, pero hechas están.

6. Así, la protección de los derechos humanos se lleva a cabo principalmente a nivel nacional por las instituciones nacionales. Los métodos internacionales de protección sólo desempeñan un papel subsidiario. Intervienen cuando las instancias nacionales no pueden o no quieren garantizar el respeto de los derechos humanos. Ahora bien, en la vía privada, las relaciones entre particulares o empresas, las instancias internacionales no intervienen y las nacionales, en ocasiones no garantizan el acceso a la justicia necesario para determinado de tipo de casos.

7. Tal y como hemos adelantado, desde aproximadamente los años setenta, observamos que el acceso a la justicia ya no se plantea sólo a nivel nacional, sino que las víctimas cada vez más conscientes de la globalización y sus consecuencias demandan a las multinacionales domiciliadas en Estados Unidos, Canadá y Europa, por su responsabilidad en los abusos de los derechos humanos que han tenido lugar en Asia, África o cualquier otro lugar del globo.

En efecto, el crecimiento cuantitativo y cualitativo de los litigios transnacionales es una realidad. Ahora bien, a pesar de estar tratando violaciones muy graves de derechos humanos y los colectivos más vulnerables de la globalización, la respuesta de Europa y el Reino Unido, es cuando menos bipolar¹². Después de observar respuestas legislativas y jurisprudenciales esperanzadoras en Canadá, Holanda y el Reino Unido parece que en pleno auge de la ESG Litigation y la Climate Litigation observamos retrocesos notables¹³.

8. Las iniciativas políticas legislativas en la Unión Europea avanzan lentamente y en ocasiones aparentan avanzar sobre el papel para luego retroceder ante los tribunales, un perverso matrimonio del quiero y no puedo y el “Alles Schein und nicht sein” o en nuestros tiempos “Alles Shein und nicht sein”¹⁴.

Mientras tanto, en el Reino Unido *post brexit*, tras la aprobación de normas tan ambiciosas como la *UK Modern Slavery Act* y sentencias como *Vedanta*, que hubiese alegrado incluso a Dickens, avistamos la cima y final de la etapa europeísta. Como veremos, la sentencia *Dyson* entierra los derechos conseguidos bajo la losa del *forum non conveniens* más mercantilista¹⁵.

Desde la amargura constatamos que los ignorados *critical legal studies* son más relevantes que nunca en el ámbito del Derecho Internacional Privado en su vertiente más social, la protección de los derechos humanos¹⁶.

¹¹ R. MULLENDER, *Human Rights: Universalism and Cultural Relativism*. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2003, 6(3), 70–103.

¹² Sobre los avances y retrocesos: MC MARULLO MC, JE ESTEVE-MOLTÓ y FJ ZAMORA-CABOT, *La responsabilidad de las empresas multinacionales a través de la litigación transnacional: estudio comparado de casos de relieve*. *Iberoamerican Journal of Development Studies* (2022) 11(2), pp. 170-194.

¹³ Sobre la litigación ESG véase: R. HORVATH, J. BOURGEOIS, M. PERLOW, *The Developing Litigation Risks from the ESG Backlash in the United States*, disponible en Harvard Law School forum of corporate governance. Consultado por última vez el 20.5.2024.

¹⁴ Para muestra el proceso legislativo de la Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Corporate sustainability due diligence: Council and Parliament strike deal to protect environment and human rights - Consilium (europa.eu)) Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: el Consejo da su aprobación definitiva - Consilium (europa.eu). Consultado por última vez el 20.5.2024.

¹⁵ Ley de esclavitud moderna del Reino Unido, *UK Modern Slavery Act 2015*. *Modern Slavery Act 2015* (legislation.gov.uk). E. ARISTOVA, *Tort Litigation against Transnational Corporations*, Oxford Press 2024. E. OJEDA (2021). *Transnational Corporate Liability Litigation and Access to Environmental Justice: The Vedanta v. Lungowe Case*. *London School of Economics Law Review* 6:223-248. FJ ZAMORA, *Acceso a la Justicia y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe*. *Cuadernos Europeos de Deusto* 63, 2020, pp. 33-56.

¹⁶ E. OJEDA, *Transnational Corporate Liability Litigation and Access to Environmental Justice: The Vedanta v. Lungowe Case*. *London School of Economics Law Review* 6, pp. 223-248.

Así, quizás debemos preguntarnos si el acceso a la justicia de las personas físicas frente a los abusos de las multinacionales puede sacrificarse en el altar de la seguridad jurídica, del derecho societario o del derecho de los contratos mercantiles o si cabe pelear al más puro estilo *Jhering*, por una suerte de foro de necesidad europeo o de protección.

Veamos algunas disputas seleccionadas y esperemos que no sesgadas.

III. El Reino Unido

1. Introducción

9. Tal y como hemos avanzado, los tribunales ingleses no sólo cuentan con experiencia en los grandes litigios internacionales entre empresas, sino que ya están familiarizados con los intentos de la sociedad civil, dirigida por ONGs o grupos de personas físicas lesionadas de establecer la responsabilidad directa de las empresas matrices con sede en Inglaterra por los daños de las filiales o de sus proveedores basándose en la negligencia y el incumplimiento de la obligación de diligencia debida¹⁷.

Distinguimos dos etapas:

- (i) Sentencias pre-brexit, marcadas por el Derecho Internacional Privado Europeo y
- (ii) Sentencias post-brexit, dirigidas por el Derecho Internacional Privado inglés.

Como podremos observar los resultados son opuestos.

2. Pre-brexit

10. Así, en los últimos años personas físicas y las comunidades locales de jurisdicciones extranjeras han obtenido resultados favorables ante los tribunales ingleses. De todos los casos, resaltan: Lungowe contra Vedanta, Okpabi contra Shell y Begum contra Maran¹⁸.

A continuación, nos limitamos por su relevancia a Vedanta y a Begum.

11. Vedanta, 2019¹⁹

No podemos hablar de litigación transnacional sin hablar de la sentencia Vedanta de la High Court de Londres. Se trata de una de las sentencias más importantes de las últimas décadas en el ámbito del derecho mercantil transnacional y de los derechos humanos. La High Court permitió que un grupo de agricultores de Zambia presentara una demanda contra Vedanta Resources Plc, una compañía minera con sede en el Reino Unido, y su subsidiaria en Zambia, Konkola Copper Mines (KCM), en los tribunales británicos. Los demandantes habían sufrido graves perjuicios derivados de la contaminación ambiental y los daños resultantes causados por las actividades mineras de KCM en Zambia.

La High Court de Londres determinó, sin apenas rechistar y enfadada por la neblina procesal en relación con la jurisdicción, que tenía jurisdicción para conocer el caso en virtud del artículo 4 Reglamento Bruselas I Bis, a pesar de que los hechos ocurrieron en Zambia de la mano de la filial KCM. Ahora bien, la High Court consideró que la conexión entre Vedanta (la empresa matriz) y su subsidiaria KCM era suficientemente fuerte como para justificar la jurisdicción británica.

¹⁷ ZAMORA FJ (2020). Acceso a la Justicia y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso Vedanta v. Lungowe. Cuadernos Europeos de Deusto 63:33-56.

¹⁸ Court of appeal, 10.3.2021, Begum v Maran (UK) Ltd [2021] EWCA Civ 326. Supreme Court, 19.2.2021, Okpabi and others (Appellants) v Royal Dutch Shell Plc and another (Respondents) [2021] UKSC 3, EWCA Civ 191.

¹⁹ Supreme Court, 10.4.2019, Vedanta Resources PLC & Another v Lungowe & Others [2019] UKSC 20.

Especial mención merece el análisis que realiza la Court of Appeal sobre la proporcionalidad del debate sobre la jurisdicción en este tipo de casos y el abuso procesal que implica.

Así, la Court of Appeal concluye: *El hecho de que haya sido necesario, a pesar de los frecuentes pronunciamientos judiciales en el mismo sentido, insistir una vez más en los requisitos de proporcionalidad en relación con los recursos jurisdiccionales, sugiere que, a menos que se hagan recaer consecuencias condenatorias en costas sobre los litigantes, e incluso sobre sus asesores profesionales, que ignoren estos requisitos, este tribunal se encontrará en la poco envidiable posición de darse cabezazos contra un muro de ladrillo.*

Tras la devolución del litigio a la primera instancia, la High Court reconoció que las empresas matrices pueden tener un deber de cuidado hacia las comunidades afectadas por las operaciones de sus subsidiarias en el extranjero. En este caso, se consideró que Vedanta podría ser responsable por no garantizar que su filial operara de manera segura y conforme a las normas medioambientales.

Sin entrar en la doctrina del *forum conveniens*, el fallo destacó la dificultad de las comunidades locales en Zambia para acceder a la justicia y obtener reparación en su propio país, argumentando que los tribunales británicos eran un foro más apropiado para este litigio debido a los recursos y la capacidad de Vedanta para enfrentar el juicio en el Reino Unido. Esta sentencia marca un precedente importante para la responsabilidad social corporativa y la protección de los derechos humanos, indicando que las empresas multinacionales pueden ser llevadas ante los tribunales en sus países de origen por las acciones de sus filiales en el extranjero.

En nuestra opinión, la sentencia Vedanta podría facilitar futuras demandas contra empresas multinacionales en sus jurisdicciones de origen por daños causados en otros países. La sentencia refuerza la idea de que las víctimas de abusos medioambientales y de derechos humanos tienen la posibilidad de buscar justicia más allá de las fronteras nacionales, proporcionando un mecanismo adicional de protección.

12. Begum vs. Maran, 2021

Además de Vedanta, la sentencia Begum del año 2021 merece especial atención. Begum se refiere a una demanda por daños y perjuicios presentada por la viuda de un trabajador fallecido (el «demandante») contra un agente marítimo domiciliado en el Reino Unido en relación con un accidente laboral mortal ocurrido en un buque desaparecido en un astillero de desguace en Bangladesh. El demandado (en calidad de agente) había vendido el buque a un comprador al contado para su demolición que posteriormente lo vendió al astillero. El demandante alegó que el demandado era responsable por negligencia frente al fallecido, basándose en que tenía la obligación de asegurarse de que la venta y demolición del buque no pusiera en peligro la salud humana o el medio ambiente y no infringiera la normativa internacional.

En su respuesta, el demandado solicitó la desestimación sumaria de la demanda (mediante juicio sumario) alegando que no era defendible y que además había prescrito.

Antecedentes

En el mes de marzo de 2018, el Sr. Mohammed Khalil Mollah sufrió una caída que le causó la muerte mientras trabajaba en el desmantelamiento de un petrolero en los astilleros de Chittagong de Bangladesh. Maran (UK) Ltd (en adelante “Maran”), un corredor de buques era una empresa domiciliada en Inglaterra que actuó como agente del propietario del buque, Centaurus Special Maritime Enterprise (CSME), en relación con la venta de un buque, el “Maran Centaurus” para su desguace.

En el mes agosto de 2017, Maran había intermediado (en nombre de CSME) en la venta del buque a un tercero, Hsejar Maritime Inc (Hsejar). Hsejar, un “comprador de desguace”, vendió el buque al astillero de Chittagong. CSME suscribió un contrato con respecto a la venta que establecía que Hsejar sólo vendería el buque a un «astillero de desguace de buques que sea competente y realice la demolición y el reciclaje del buque de forma respetuosa con el medio ambiente y de acuerdo con las buenas prácticas de trabajo en materia de salud y seguridad». Maran no era parte en el contrato, ni tuvo ninguna relación con el buque después de la venta y no tenía ningún control o interés en el astillero. Sin embar-

go, a efectos de la solicitud del Tribunal de Apelación, se asumió que Maran sabía que el buque sería desmantelado en Bangladesh en lugar de en uno de los astilleros de China o Turquía, donde las normas de salud y seguridad son más estrictas.

En el mes de abril de 2019, la viuda del Sr. Mollah presentó una demanda contra Maran ante los tribunales ingleses por negligencia y enriquecimiento injusto por daños y perjuicios en virtud de la Ley de Accidentes Fatales de 1976 o, alternativamente, en virtud de las disposiciones pertinentes de la legislación de Bangladesh. El demandante no había iniciado procedimientos contra el propietario del astillero ni contra el empleador del Sr. Mollah, ambas entidades de Bangladesh. En febrero de 2020, Maran solicitó que se rechazara la demanda y/o que se dictara sentencia sumaria contra el demandante basándose en que:

- (i) nada de lo que hizo o dejó de hacer causó el accidente;
- (ii) no tenía ningún control sobre el astillero o sus trabajadores; y
- (iii) no había asumido ninguna responsabilidad por ellos.

Así, la High Court, siguiendo la doctrina *Vedanta* se declaró competente en virtud de los artículos 4 y 63 del Reglamento Bruselas I bis sin entrar en grandes debates sobre la jurisdicción.

La High Court consideró que era discutible de forma sumaria que, al vender el buque a Hsejar, Maran había actuado de forma que exponía a los trabajadores del astillero al riesgo de sufrir lesiones y, por tanto, era discutible que Maran pudiera ser responsable por negligencia de la muerte del Sr. Mollah.

Maran recurrió ante la Court of Appeal. Con arreglo a las normas procesales inglesas, la Court of Appeal sólo puede dictar sentencia sumaria si el demandante no tiene posibilidades reales de que prospere la demanda. Esto significa que el tribunal debe ser capaz de concluir que la demanda está “destinada a fracasar”, sin llevar a cabo un juicio anticipado o considerar todo el alcance de las pruebas que puedan presentarse en el procedimiento principal. El Tribunal concluyó que Maran era plenamente consciente, en virtud de su posición dentro de la industria naviera internacional, de que sus actos/omisiones expondrían directamente a terceros altamente vulnerables al riesgo de muerte y lesiones graves. El Tribunal afirmó que el peligro surgió de la forma en que se llevó a cabo el desguace, y no del propio buque. A pesar de estas reservas, el Tribunal concluyó que los argumentos planteados por el demandante sobre este punto no eran “tan fantasiosos” como para ser desestimados. En su sentencia principal, Lord Justice Coulson aprovechó la oportunidad para abordar un argumento planteado por el demandado sobre qué más podría haber hecho, o debería haber hecho, para evitar los riesgos. Haciendo referencia a las pruebas periciales que indicaban que había una serie de astilleros donde el buque podría haber sido desguazado, Coulson LJ sugirió que, al negociar la compraventa, Maran podría haber tratado de vincular los pagos entre partes a la entrega del buque a un astillero aprobado y, por lo tanto, más seguro. Además, considera que tal acuerdo no sólo parece factible, sino que también encuentra un claro eco en los contratos celebrados entre las partes ya que Maran había impuesto al comprador que sólo podría adquirir si garantizaba el desguace ‘de conformidad con las buenas prácticas de trabajo en materia de salud y seguridad’. Exigir un desguace seguro estaba, por tanto, dentro del control razonable de la propia Maran y todos sabían que estas obligaciones “serían totalmente ignoradas”, lo que reflejaba una “triste realidad” del negocio de desguace de buques. En opinión de Coulson LJ, si los acuerdos de pago hubieran sido diferentes, estas obligaciones podrían haber sido “algo más que palabras en un trozo de papel”.

La sentencia contiene una interesante referencia al derecho aplicable al fondo del asunto que merece nuestra atención, ya que también tiene en cuenta la cruda realidad procesal a la que se enfrentan las víctimas en este tipo de casos. La demandada había afirmado que al aplicarse el derecho de Bangladesh la reclamación habría prescrito al año del fallecimiento del Sr. Mollah. El Tribunal consideró que este plazo era contrario al orden público del foro conforme al artículo 26 del Reglamento Roma II y a los principios de *undue hardship* del Derecho inglés, que en ocasiones excepcionales consideran un plazo de un año como excesivamente corto²⁰.

²⁰ House of Lords, 21.2.1991, *Arab Monetary Fund v Hashim and Others* [1993] 1 Lloyd’s Rep. 543.

3. Post -brexit

13. Ahora bien, como veremos a continuación, hemos podido observar un drástico cambio o retroceso, tras el Brexit y la readopción del *forum non conveniens*.

14. Limbu contra Dyson Technology Ltd, 2023²¹

Antecedentes

La demanda iniciada por los trabajadores migrantes de Nepal y Bangladesh es un ejemplo de litigio empresarial y de derechos humanos contra multinacionales británicas por los daños causados en sus operaciones en el extranjero.

En el año 2022 un grupo de demandantes que trabajaban en una fábrica de Malasia presentaron una demanda contra tres empresas pertenecientes al grupo Dyson, dos con domicilio en Inglaterra y una con domicilio en Malasia. De acuerdo con la demanda, los demandantes habían sido sometidos a trabajos forzados y a condiciones altamente abusivas mientras trabajaban en una fábrica de Malasia gestionada por una empresa local. La fábrica donde se produjeron los supuestos abusos fabricaba productos y componentes para los productos Dyson. Los demandantes alegaron que las demandadas del Grupo Dyson eran responsables por los siguientes motivos:

- (i) negligencia;
- (ii) responsabilidad solidaria con los causantes primarios del daño (los proveedores malayos que gestionaban la fábrica y la policía local) por la comisión de los delitos de detención ilegal, intimidación, agresión y lesiones; y
- (iii) enriquecimiento injusto.

Alegaron además que el grupo Dyson ejercía un alto grado de control sobre las operaciones de fabricación y las condiciones de trabajo en las instalaciones de la fábrica y promulgaba políticas y normas éticas y laborales obligatorias en la cadena de suministro de Dyson, incluidas las fábricas malayas.

Aunque las empresas compradoras, como Dyson, no están vinculadas por la vía societaria con sus proveedores, a menudo ejercen cierto nivel de control directivo sobre los contratistas independientes. Esta implicación y supervisión de las actividades de un proveedor lleva a argumentar que la compradora también podría ser responsable por negligencia en caso de incumplimiento del deber de diligencia. La alegación de enriquecimiento injusto, según la cual el grupo Dyson se ha enriquecido a costa del demandante, es un fundamento jurídico relativamente novedoso, aunque ya se ha planteado en casos similares²².

15. El caso Dyson es especialmente relevante al menos por dos razones. En primer lugar, presenta un argumento novedoso sobre la negligencia y el enriquecimiento injusto de la empresa compradora principal en una relación de cadena de suministro por analogía con la responsabilidad de la empresa matriz por los actos de una filial en un grupo empresarial. En segundo lugar, es uno de los pocos casos de empresas y derechos humanos presentados después del Brexit y el primero en ser desestimado por motivos de *forum non conveniens*. Desde el referéndum de la UE en el Reino Unido en 2016, el regreso del *forum non conveniens* en la determinación de la competencia judicial internacional se ha visto como una preocupación real para las víctimas de abusos contra los derechos humanos y el medio ambiente relacionados con las empresas que buscan justicia en los tribunales ingleses.

²¹ High Court, 19.10.2023, Limbu & Ors v Dyson Technology Ltd & Ors [2023] EWHC 2592 (KB).

²² Además del caso Dyson, en Inglaterra se están desarrollando al menos cuatro acciones judiciales centradas en la responsabilidad de la cadena de suministro: demandas de agricultores de tabaco de Malawi contra British American Tobacco e Imperial, demandas de agricultores de té de Malawi contra PGI Group Ltd: High Court, 25.6.2021, Milasi Josiya & 7,262 others against British American Tobacco, [2021] EWHC 1743 (QB) y acusaciones de trabajo forzado de emigrantes birmanos contra Tesco e Intertek. Véase, por ejemplo: Tesco facing legal claim over worker conditions at Thai clothing factory | Reuters.

La sentencia

Las normas del *Common Law* inglés se basan en la notificación del formulario de demanda al demandado y en la presencia del demandado en la jurisdicción. En términos generales, la competencia sobre las sociedades matrices domiciliadas en Inglaterra se ejerce de pleno derecho dentro de la jurisdicción. Tras el Brexit, los procedimientos contra una sociedad matriz inglesa pueden suspenderse por motivos de *forum non conveniens*. Las filiales extranjeras reciben la notificación fuera de la jurisdicción con el permiso del tribunal, normalmente sobre la base de la “parte necesaria o apropiada”. En el caso Dyson, los demandados ingleses pidieron al tribunal que suspendiera el procedimiento por motivos de *forum non conveniens*, y el demandado malayo impugnó la notificación de la demanda, alegando que Malasia es un lugar adecuado para presentar la demanda.

El tribunal dio la razón a las empresas demandadas, aplicando la prueba de los dos requisitos establecidos por la House of Lords en *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd*²³. El primero requiere la consideración de los factores de conexión entre el caso y las jurisdicciones disponibles para determinar un foro natural para juzgar el litigio. El tribunal concluyó que Malasia era “clara y distintamente más apropiada”. Algunos factores que se tuvieron en cuenta se consideraron neutros entre los distintos foros (conveniencia para todas las partes y los testigos, falta de un idioma común para cada uno de los testigos, ubicación de los documentos). Al menos un factor se consideró significativo a favor de Inglaterra como lugar adecuado para conocer de la demanda (riesgo de multiplicidad de procedimientos y/o de resoluciones irreconciliables). Sin embargo, varios factores pesaron fuertemente a favor de Malasia tales como la ley aplicable al fondo y el lugar donde se produjo el daño por lo que el Tribunal consideró que el “centro de gravedad” del caso se encontraba en Malasia.

16. En virtud del segundo requisito del principio *Spiliada*, los tribunales ingleses examinan si deben ejercer su competencia en los casos en que al demandante se le denegaría una justicia sustancial en el foro extranjero. Los demandantes presentaron varios argumentos para demostrar que existía un riesgo real de que no obtuvieran una justicia sustancial en Malasia, incluidas las dificultades para obtener justicia para los trabajadores migrantes, la falta de abogados con experiencia para llevar el caso, el riesgo de un juicio dividido, el coste del juicio y los riesgos financieros para los demandantes y sus representantes, el papel limitado de las ONG locales para apoyar a los demandantes. A diferencia de *Vedanta y Zambia*, el tribunal no encontró pruebas convincentes de que los demandantes no obtendrían una justicia sustancial en Malasia. Se concedió la suspensión del procedimiento contra los demandados ingleses y se anuló la notificación a la empresa malasia. Para llegar a esta conclusión implicó el examen de numerosas pruebas, incluidas declaraciones contradictorias de abogados y organizaciones de la sociedad civil de Malasia. Además, Dyson se ha comprometido a someterse a la jurisdicción de los tribunales malasios y a sufragar determinados gastos de los demandantes necesarios para llevar a cabo el juicio en Malasia.

17. El caso Dyson marca un cambio para los casos de derechos humanos y medio ambiente en los que están implicadas multinacionales británicas ante los tribunales del Reino Unido. Merece la pena destacar dos aspectos:

- (i) En primer lugar, los demandantes en los casos empresariales y de derechos humanos ya no pueden estar seguros del resultado de la investigación jurisdiccional en los tribunales ingleses. La UE bloqueó la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano a pesar de los llamamientos de ONG y expertos jurídicos. El riesgo de desestimación por motivos de *forum non conveniens* ya no es sólo una preocupación doctrinal sino un riesgo real para la litigación transnacional.
- (ii) En segundo lugar, el caso Dyson demuestra las dificultades de encontrar el foro natural en virtud de la doctrina del *forum non conveniens* en las demandas de responsabilidad

²³ House of Lords, 19.11.1986, *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1986] UKHL 10, [1987] AC 460.

civil en las que están implicadas multinacionales. Estos complejos litigios tienen un nexo significativo tanto con Inglaterra, **donde se alega que la empresa matriz o principal ha incumplido el deber de diligencia, como con la jurisdicción extranjera donde los demandantes sufrieron sus lesiones**. La naturaleza subyacente es cómo la empresa matriz o principal configuró desde Inglaterra los derechos humanos o la actuación medioambiental de sus filiales y proveedores en el extranjero.

18. Un aspecto de la sentencia es especialmente preocupante. Los demandantes se refirieron a la conducta de los demandados Dyson como “agresiva” y de “mano dura”. En las observaciones finales, el tribunal aceptó que hubo deficiencias en las respuestas de Dyson a las peticiones de los demandantes de los documentos. Sin embargo, a pesar de esta aceptación, el tribunal se ha basado en múltiples ocasiones en los compromisos de los demandados de cooperar con los demandantes para garantizar que el juicio pueda celebrarse en Malasia. Sin duda, queda por ver si los tribunales ingleses estarán dispuestos a juzgar casos que impliquen a multinacionales británicas en el panorama post-Brexit.

IV. Unión Europea

1. Europa pre directiva

19. En la Unión Europea se han planteado varios litigios estratégicos ante los tribunales holandeses, franceses y alemanes. En todos ellos, se ha reconocido la competencia judicial internacional sobre la base del artículo 4 del Reglamento Bruselas I Bis sin grandes dificultades²⁴. Ahora bien, el derecho aplicable ha deparado resultados contradictorios que analizaremos a continuación. Estos resultados y el debate generado culminan en la Directiva que intenta solucionar parte del problema o como veremos generar nuevas dificultades.

2. La tragedia Rana Plaza ante los tribunales alemanes²⁵

20. Alemania merece una especial mención. La principal sentencia sobre este tipo de casos se conoce bajo el nombre “KIK” y se refiere al colapso del edificio Rana Plaza en Savar, Bangladesh, en el mes de abril de 2013, que albergaba varias fábricas de ropa y resultó en la muerte de más de 1,100 trabajadores y graves lesiones a muchos otros. La tragedia puso de manifiesto las deplorables condiciones laborales y las violaciones de los derechos humanos en las fábricas de ropa que producen para marcas internacionales. KIK, un minorista alemán de moda era uno de los clientes de las fábricas ubicadas en el Rana Plaza.

En el año 2015 tras diversos intentos de alcanzar una solución extrajudicial, cuatro supervivientes del colapso del Rana Plaza y una ONG presentan una demanda reclamando daños y perjuicios contra KIK en los tribunales de su domicilio social, Dortmund Alemania. Tras diversas dudas, el tribunal de Dortmund, determinó que tenía jurisdicción para conocer el caso, aunque los hechos ocurrieron en Bangladesh. Este hito se consideró un gran éxito para la sociedad civil, ya que refuerza la idea de que las empresas pueden ser demandadas en sus países de origen, en este caso Alemania, por acciones que ocurren en sus cadenas de suministro en el extranjero.

La demanda, siguiendo una línea similar a Vedanta y otras, argumentaba que KIK tenía un deber de diligencia debida y era parcialmente responsable por las condiciones inseguras en las fábricas del Rana Plaza, ya que se beneficiaba económicamente de las operaciones allí y tenía la capacidad de influir en las condiciones laborales a través de sus políticas de compra y auditorías.

²⁴Véase por ejemplo: Corte de Distrito de la Haya, 26.5.2021, Milieudefensie vs. Royal Dutch Shell, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

²⁵ LG Dortmund, 10.01.2019 - 7 O 95/15, Kik.

21. Los demandantes buscaban compensación que nunca consiguieron por las pérdidas y daños sufridos debido al colapso. Así, después de superar el primer escollo, la competencia judicial internacional, la acción fracasa en el segundo, el derecho aplicable. Así, en el año 2019, el Tribunal, en una sentencia de 7 páginas, aplicando el Reglamento Roma II concluye que el derecho aplicable es el derecho paquistaní y no el alemán, por lo que la acción estaba prescrita al haber transcurrido más de un año desde los hechos y el inicio de la reclamación²⁶.

3. Europa y la Directiva de Diligencia Debida

A) Contenido

Finalmente, el pasado 24 de mayo de 2024, el Consejo de Europa ha aprobado la versión final de la Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (Corporate Sustainability Due Diligence Directive, la “Directiva”). La Directiva, que viene maquillada y marcada por la polémica, establece obligaciones vinculantes de diligencia debida que implican que las empresas a las que se aplique deban identificar, valorar, prevenir, monitorizar, mitigar, eliminar y reparar, en su caso, los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente potenciales o causados por sus actividades empresariales. Estas obligaciones no se limitan a la actividad de la propia empresa, sino que abarcan la de sus filiales y la de los socios comerciales del grupo en sus cadenas de actividades.

La definición de nuevo cuño, la cadena de actividades engloba tanto a las actividades de los socios comerciales en las fases previas de producción del bien o aprovisionamiento de servicios (aguas arriba) como a las posteriores de distribución, transporte y almacenamiento (aguas abajo).

El incumplimiento de esas obligaciones puede suponer la imposición de sanciones por una autoridad nacional de supervisión que se establecerá en cada Estado miembro y la reclamación de responsabilidad civil a las empresas por los daños causados a terceros.

Este régimen de obligaciones vinculantes y de responsabilidades administrativas y civiles suponen un cambio fundamental que viene a regular la diligencia debida analizada en los casos anteriores. En efecto, pasamos de instrumentos internacionales de soft law a normas vinculantes para estados y empresas²⁷. La Directiva busca, por tanto, una armonización entre países de la Unión Europea y fomentar la seguridad jurídica para las empresas.

Las obligaciones de diligencia debida establecidas en la Directiva se proyectan tanto sobre la actividad de la propia empresa como sobre la de sus filiales y los socios comerciales de su cadena de actividades²⁸.

Esta nueva definición incluye:

- Los socios comerciales “aguas arriba” que intervienen en los niveles anteriores de la cadena relacionadas con la producción del bien o aprovisionamiento de servicios, que incluye el di-

²⁶ P. OSTENDORF, Conflict of laws-related) stumbling blocks to damage claims against German companies based on human rights violations of their foreign suppliers, IPRAX 4, 2019 pp. 297-299.

²⁷ Como los Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework de 2011. Francia, la Ley n.º 2017-399 relativa a la vigilancia de las sociedades matrices y las empresas contratistas (Loi n.º 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre); en Países Bajos, la Wet Zorgplicht Kinderarbeid o Ley de Debida Diligencia en Trabajo Forzoso Infantil de 2019, y, en Alemania, la Ley de 16 de julio de 2021 sobre diligencia debida de las empresas respecto de las cadenas de valor (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz 2021). el Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 995/2010 y el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de valor por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

²⁸ En el texto de la Directiva aprobado por el Parlamento Europeo se sigue haciendo referencia a los términos “cadena de valor” y “cadena de suministro”. Entendemos que esas referencias son sinónimos del concepto “cadena de actividades” en los términos en que se define este término en el artículo 3 de definiciones de la Directiva.

seño, aprovisionamiento de materias primas, productos o partes de productos —incluyendo su extracción, fabricación, transporte, almacenamiento y suministro—, y el desarrollo del producto o del servicio.

- Los socios comerciales “aguas abajo” que intervienen en las fases posteriores, que incluye la distribución, transporte y almacenamiento del producto (excluyendo la eliminación del producto).

23. Responsabilidad civil: Las empresas responderán civilmente por los daños y perjuicios provocados a terceros como consecuencia de incumplimientos de las obligaciones de prevención, mitigación y eliminación de los efectos adversos. En ese incumplimiento deberá concurrir dolo o negligencia, según ha aclarado la versión final de la Directiva, eliminando la responsabilidad objetiva.

Ni la participación en iniciativas de asociaciones empresariales o multilaterales o de grupos de interés (multi-stakeholder initiatives) ni el haber recurrido a la verificación por terceros o a cláusulas contractuales para apoyar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida, eximirán de la responsabilidad.

En cambio, la Directiva dispone que no cabe responsabilidad civil cuando los daños sean causados exclusivamente por los socios comerciales dentro de la cadena de actividades. Precisamente, esta exclusión supondrá tanto en la transposición como en la aplicación práctica el caballo de Troya. Las indemnizaciones no podrán llevar a un exceso de compensación o daños punitivos, si bien el perjudicado tendrá derecho a una plena reparación.

Por otro lado, se introducen medidas procesales favorables al ejercicio de acciones de responsabilidad civil:

Legitimación: personas físicas o jurídicas afectadas o que razonablemente consideren que podrían haber sido afectadas por el impacto de efectos adversos; sus representantes (tales como organizaciones de la sociedad civil y defensores de derechos humanos); y sindicatos y otros representantes de los trabajadores que representen a individuos que trabajen en la cadena de actividades, y organizaciones de la sociedad civil en materia de derechos humanos o del medio ambiente.

Plazo de prescripción: La Directiva parece tener en cuenta el nefasto resultado de la sentencia KIK y exige que el plazo de prescripción no sea inferior a cinco años. El *dies a quo* se iniciará cuando la infracción haya cesado y el reclamante conozca o pueda razonablemente conocer (i) la conducta y el hecho de que constituye una infracción; (ii) el hecho de que la infracción le causó un daño; y (iii) la identidad del infractor.

Costas procesales: La Directiva establece una excepción a las normas sobre el reparto de costas de numerosos estados miembros al determinar que las costas no deben ser excesivamente onerosas para que los demandantes acudan a la justicia.

Acceso a fuentes de pruebas: Los tribunales podrán ordenar la revelación por las empresas de pruebas que se encuentren bajo su control, cuando el denunciante aporte elementos que corroboren la probabilidad de la responsabilidad de la empresa y de la disposición por la empresa de dichas pruebas.

Acciones colectivas: El art. 29.3 de la Directiva determina que los Estados miembros tendrán que prever acciones colectivas en condiciones razonables para que cualquier perjudicado pueda autorizar el inicio de una acción colectiva.

B) ¿Y el Derecho Internacional Privado?²⁹

Dentro de la UE, establecer la jurisdicción sobre las empresas domiciliadas en la UE es sencillo en virtud del Reglamento Bruselas I Bis, pero se vuelve complejo para los demandados domiciliados en terceros países. Las demandas contra estos demandados no están cubiertas por el Reglamento, lo que

²⁹ Por todos. E. SILVA FREITAS, X. KRAMER: The Corporate Sustainability Due Diligence Directive: PIL and Litigation Aspects, disponible en The Corporate Sustainability Due Diligence Directive: PIL and Litigation Aspects – Conflict of Laws

deja la competencia a las legislaciones nacionales y da lugar a una diversidad de normas entre los Estados miembros. Las normas relativas al *forum necessitatis* y a los codemandados pueden ayudar a hacer valer la competencia, pero carecen de armonización en toda Europa. En este contexto, aunque en virtud del art. 2.2 de la Directiva su ámbito de aplicación incluye a determinadas empresas de fuera de la UE en función de su volumen de negocios en la UE, persisten los problemas jurisdiccionales en las acciones contra demandados de fuera de la UE ante los tribunales de la UE, ya que la competencia judicial internacional se regirá por las disposiciones nacionales. Esto podría dar lugar a un acceso limitado a la justicia dentro de la UE si las normas nacionales pertinentes no establecen la jurisdicción.

26. Como ya se ha mencionado, la Directiva apenas se pronuncia sobre el Derecho Internacional Privado a pesar del debate académico y práctico sobre esta cuestión³⁰. Sin embargo, incluye una norma sobre la prevalencia de las disposiciones imperativas consagrada en el apartado 7 del artículo 29 y en el considerando 90 que lo acompaña:

Los Estados miembros velarán por que las disposiciones de Derecho nacional que traspongan el presente artículo sean de aplicación imperativa y prevalente en aquellos casos en los que la ley aplicable a las denuncias correspondientes no sea la de un Estado miembro.

Esta norma pretende garantizar la aplicación de las normas (implementadas) de la Directiva independientemente de la *lex causae*. En virtud de las normas de Derecho Internacional Privado de origen europeo, la aplicación de las disposiciones imperativas también está permitida por el artículo 9 del Reglamento Roma I y el artículo 16 del Reglamento Roma II.

27. Esto significa que la normativa nacional que transponga el artículo 29 de la Directiva en sus sistemas de responsabilidad será aplicable con independencia de cualquier otra disposición vigente en materia de conflicto de leyes. Esta norma se extiende también a las cuestiones de procedimiento civil, tal como se indica expresamente en el considerando 90 de la Directiva.

IV. Conclusiones

28. La UE trata de posicionarse como una potencia reguladora y moral mundial en diversos ámbitos como son la libre competencia, la privacidad y la responsabilidad social corporativa y de las empresas con los derechos humanos³¹. Puede que esta norma eclipse las normativas nacionales existentes y futuras, lo que sólo será beneficioso si previene y remedia eficazmente los abusos empresariales. Sin embargo, resulta preocupante que pueda neutralizar el desarrollo de marcos normativos más sólidos en otros países o de que la responsabilidad civil se agote en un ejercicio de supervisión cosmética y la delegación en terceros.

Europa y el Reino Unido cuentan con un sistema de responsabilidad civil pleno y perfectamente aplicable a estos casos, cuando se permite su aplicación. Quizás convendría seguir las recomendaciones de la doctrina en este sentido y garantizar jurisdicción y derecho aplicable en este tipo de casos³².

³⁰ Véase por ejemplo: European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, N. RASS-MASSON, V. ROUAS, M. PARON TRIVELLATO, *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation) – Final report*, Publications Office of the European Union, 2023, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/14604> y European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, S. MIGLIORINI, E. LEIN, C. BONZÉ, et al., *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations*, Publications Office of the European Union, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/399539>

³¹ Por todos el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

³² Recordemos que el 73% de los participantes en el estudio sobre el Reglamento Roma II citado en la anterior nota concluye que se necesitan normas especiales sobre los abusos de derechos humanos. European Commission, Directorate-General

No podemos despedirnos sin recordar a Kirchmann: unas palabras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en maculatura³³. Por ello, si bien la Directiva es un avance, deberemos vigilar de cerca su aplicación, pelear por una aplicación privada efectiva y quizás aprovechar las próximas reformas del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma II para solucionar los problemas detectados facilitando una determinación del foro sencilla en la sede de la empresa a demandar, evitando posibles problemas de litispendencia con acciones en el lugar de los daños y facilitar el foro para acciones colectivas transnacionales, todo ello conforme al derecho del foro a elección del demandante siempre que el foro coincida con el domicilio del demandado.

for Justice and Consumers, S. MIGLIORINI, E. LEIN, C. BONZÉ, et al., *Study on the Rome II Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations*, p. 735. Publications Office of the European Union, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/399539>.

³³ Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin / vom (Staats-Anwalt) v. Kirchmann, 1848.

La eficacia del *third party release* en supuestos transfronterizos

The effectiveness of third party release in cross-border cases

ELISA TORRALBA MENDIOLA*

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid*

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8985

Resumen: El artículo 652,2 de la Ley Concursal prevé que los efectos del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo se pueden extender a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora. Una regla similar se contiene en el artículo 596,3 de la misma Ley para los casos de comunicación de apertura de negociaciones. La eficacia de estas reglas se ve puesta en entredicho en situaciones transfronterizas, en las que las disposiciones de la Unión Europea y/o las reglas en materia de reconocimiento del país en el que este deba producirse pueden establecer ciertos obstáculos, derivados fundamentalmente de su comprensión de la extensión de la competencia de las autoridades españolas. Si bien la Ley Concursal permite salvar la eficacia de los artículos citados en ciertas situaciones, no la garantiza en todos los casos.

Palabras clave: Grupos de sociedades, *third party release*, competencia reconocimiento.

Abstract: Article 652.2 of the Insolvency Act provides that the effects of the restructuring plan of a group company can be extended to personal or in rem guarantees provided by any other company of the same group not subject to the restructuring plan, when the enforcement of the guarantee may cause the insolvency of the guarantor and the debtor itself. A similar rule is contained in Article 596.3 of the same Law for cases of notification of the opening of negotiations. The effectiveness of these rules is called into question in cross-border situations, in which the provisions of the European Union and/or the rules on recognition of the country in which recognition is to take place may establish certain obstacles, derived fundamentally from their understanding of the extent of the jurisdiction of the Spanish authorities. Although the Insolvency Act allows the effectiveness of the aforementioned articles to be saved in certain situations, it does not guarantee it in all cases.

Keywords: Groups of companies, third party release, jurisdiction, recognition.

Sumario: I. Introducción. II.- Las garantías intragrupo en situaciones de preinsolvencia. III.- La eficacia de los artículos 596, 3 y 652, 2 del LC en supuestos internacionales. 1) Los grupos de sociedades y la insolvencia internacional. 2) El reconocimiento de resoluciones en el RPI bis. 3) La extensión de la competencia respecto de la sociedad matriz a otras sociedades del grupo en la LC. 4) Diferentes escenarios. IV.- Algunas reflexiones al hilo de la cuestión analizada.

*Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Generación de Conocimiento 2022) titulado “Nuevas perspectivas de la insolvencia internacional: reestructuraciones preconcursales y concursales” (PID 2022-140017OB100).

I. Introducción

1. La Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal¹ (LC) transpone al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva² y, al hacerlo, modifica sustancialmente los institutos concursales anteriormente previstos en la legislación española. La LC pretende incrementar la eficacia del sistema y para ello sustituye los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago por un único instrumento, los planes de reestructuración, que permite actuar en un estadio previo a aquel en que lo hacían los institutos antes previstos (la mera probabilidad de insolvencia, frente a la insolvencia inminente que exigía la normativa anterior). Con ello, la norma pretende incentivar “una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito”, que se prevé que tenga como consecuencia indirecta la contribución a la “descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso”³.

2. Entre las disposiciones adoptadas para asegurar la eficacia de los nuevos instrumentos se encuentran las que se sitúan en el objeto de este trabajo y que regulan el conocido como *third party releases*, que no es otra cosa que la posibilidad de extender los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones o del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora.

3. No obstante, la eficacia de esas reglas en supuestos internacionales se ve puesta en entredicho en los casos en los que se pretende hacerlas valer frente a sociedades cuyo centro de intereses principales (COMI)⁴ se encuentre en otros Estados. Este trabajo se dedica al análisis de esta cuestión en supuestos transfronterizos intra y extra- Unión Europea.

4. A estos efectos, se expone en primer lugar la ratio del *third party release* y su regulación en la LC (II), para pasar a continuación a analizar la eficacia de esa regulación en supuestos internacionales (III). Con ese fin se recuerda la perspectiva adoptada por el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia (PI bis) y por la LC en el tratamiento de la insolvencia de los grupos de sociedades en supuestos internacionales (III, 1); se expone el régimen de reconocimiento de resoluciones en materia de insolvencia previsto en el RPI bis y su ámbito de aplicación (III, 2) y se analiza la regla especial de competencia introducida en el artículo 755 de la LC que permite que, en ciertas circunstancias, los tribunales españoles conozcan de la preinsolvencia de sociedades cuyo COMI se encuentra en otro Estado (III, 3). Tras ello, se proyectan todas esas premisas sobre los diferentes escenarios en los que puede plantearse la necesidad de extender la eficacia del *third party release* que resulta de un instituto concursal adoptado en España a supuestos internacionales. El trabajo acaba con algunas reflexiones finales acerca de la necesidad de abordar de manera más eficiente en la legislación española y europea las cuestiones relativas a la insolvencia de los grupos multinacionales de sociedades (IV).

¹ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2022.

² Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), DOUE, núm. 172, de 26 de junio de 2019.

³ Párrafo séptimo del Preámbulo de la LC.

⁴ Por centro de intereses principales se entiende “el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses”, en la definición dada por artículo 3,1 del Reglamento 848/2014, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 141, de 5 de junio de 2015, corr. err. DO L 349, de 21 de diciembre de 2016).

II. Las garantías intragrupo en situaciones de preinsolvencia

5. Los grupos de sociedades están formados por sujetos con personalidad jurídica propia que pertenecen, sin embargo, a una realidad económica integrada⁵. En ese contexto, las garantías intragrupo responden a esa integración y constituyen un elemento útil a la hora de conseguir financiación para cualquiera de las sociedades del grupo. Además de ello, se suele alegar a su favor que protegen a los acreedores frente a traslados oportunistas de bienes de unas sociedades a otras dentro del propio grupo en los casos en los que todas o la mayoría de las sociedades del grupo se erigen en garantes⁶.

6. Por otro lado, en la medida en que vinculan los intereses de las personas jurídicas en presencia, las garantías intragrupo no están exentas de riesgo porque, en situaciones de crisis del deudor garantizado, permiten que aquella se extienda a las sociedades del grupo garantes, a las que puede colocar, a su vez, en situación de insolvencia. Junto a ello, el hecho de que los acreedores beneficiarios de las garantías tengan un acceso directo al patrimonio de la filial puede desincentivarles a la hora de favorecer una reestructuración global, en los casos en los que la tasa de recuperación del crédito bajo la garantía es mejor que frente al resto del grupo y puede, además, provocar una “carrera” oportunista para obtener la ejecución de las garantías que ponga en peligro la posibilidad de reestructuración y la viabilidad⁷.

7. En este contexto, cuando la matriz se enfrenta a una situación de crisis y se negocia la reestructuración, acordándose en ella la suspensión de la ejecución de garantías, resulta útil extender dicha suspensión también a las garantías otorgadas por otras sociedades del grupo a favor de los acreedores de aquella porque, de este modo, se favorece la negociación y se evita el contagio de la crisis a otras sociedades solventes. Es cierto que la práctica se ha cuestionado porque en ocasiones puede interferir en los sistemas nacionales de garantías y poner en peligro la seguridad de las transacciones, con el consiguiente riesgo de resultar en un incremento del coste del crédito, pero su eficacia en ciertas situaciones de crisis resulta también evidente⁸.

8. Los artículos 596,1 y 652,2 LC están destinados a cumplir esta función y constituyen una novedad en la legislación española que introduce por primera vez, a través de ellos, el *third party release*. Esta introducción no trae causa de la Directiva, que renunció a regular la materia y deja libertad a los Estados miembros para hacerlo⁹, y nos sitúa en la línea de países como Holanda o Alemania que la recogen en sus legislaciones¹⁰.

9. Así, en el sistema español, el *third party release* se prevé tanto cuando se regula la comunicación de apertura de negociaciones, como respecto de la adopción del plan de reestructuración. En relación con la primera, el artículo 596,1 LC prevé, como regla general, que la comunicación no impide que el acreedor pueda hacer efectiva la garantía personal o real de un tercero que asegure el crédito del

⁵ Cuál sea el grado y la forma de integración, la naturaleza del instrumento utilizado para la constitución del grupo, o el tratamiento que se dé a los grupos de hecho, son cuestiones que exceden el objeto de este trabajo. Sobre ellas, FUENTES, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

⁶ KOKORIN, I., Third party releases in Insolvency of Multinational Enterprise Groups”, *European Company and Financial Law Review*, 2021, vol. 18, núm. 1, p. 111.

⁷ ALONSO, A., “Los efectos del plan de reestructuración sobre las garantías intragrupo (third party release)”, *La Ley Mercantil*, nº 98, enero de 2023, p. 3; KOKORIN, I., “Third party releases...”, *cit.*, p. 111. De esta cuestión se ocupa también la Guía Legislativa CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, 2012, pp. 38-40.

⁸ Sobre estas cuestiones, KOKORIN, I., “Third party releases...”, *cit.*, p. 109.

⁹ Así resulta de su Considerando 32 y de su artículo 2,1,4. El *third party release* sí estaba previsto en algunos ordenamientos (así, por ejemplo, en los *schemes of arrangement* ingleses, o en cierta jurisprudencia americana, en el marco del Chapter 11, aunque otros tribunales de ese país entienden que la legislación no lo permite). Sobre esta cuestión, ALONSO, A., “Los efectos del plan de reestructuración...”, *cit.*, pp. 4-5; KOKORIN, I., “Third party releases...”, *cit.*, pp. 118-132.

¹⁰ En los Países Bajos a través de la *Wet Homologatie Onderhands Akkoord*, WHOA (traducción no oficial al inglés en <https://www.debrauw.com/articles/new-dutch-scheme-the-act-on-court-confirmation-of-extrajudicial-restructuring-plans>) o en Alemania, en la *Unternehmensstabilisierungs und restrukturierungsgesetz*, StaRUG.

deudor que hubiese presentado la comunicación. Sin embargo, de acuerdo con el tercer apartado de dicho artículo “la comunicación suspenderá la ejecución de las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora”.

10. Lo mismo prevé el artículo 652 LC en relación con el plan de reestructuración. Tras establecer en su apartado primero que los acreedores afectados que no hubieren votado a favor del plan mantienen sus derechos frente a los terceros garantes y que el mantenimiento de tales derechos respecto de los acreedores que votaron a favor depende de lo que acordasen en la respectiva relación jurídica y, en su defecto, de lo que establezcan las normas aplicables a esta, añade que “los efectos del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo se pueden extender también, en las condiciones previstas en éste, a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora”. Así, el plan puede prever que la garantía se modifique en función de las quitas y esperas pactadas en él, o, incluso que se extinga, tal como prevé el artículo 616.1 LC¹¹.

11. En ambos casos corresponde a la sociedad deudora solicitar la suspensión de la garantía dada por otra sociedad del grupo, que no está incluida en la comunicación o en el plan, indicando, además, las garantías y ejecuciones concretas que solicita paralizar.

III. La eficacia de los artículos 596, 3 y 652, 2 LC en supuestos internacionales

12. Para analizar adecuadamente el tema que da título a este epígrafe y es el núcleo del trabajo, es necesario exponer algunas cuestiones previas: en primer lugar la premisa que está en el punto de partida del tratamiento de los grupos multinacionales en supuestos de insolvencia, en segundo lugar el análisis de la regla de competencia especial introducida por la LC en relación con esa cuestión y, por último, los rasgos generales del sistema de reconocimiento de resoluciones concursales previsto por el RPI bis y su ámbito de aplicación. Tras ello, se proyectarán todas esas premisas sobre la eficacia del *third party release* regulado en la ley española.

1. Los grupos de sociedades y la insolvencia internacional

13. El tratamiento que haya que dar a los grupos internacionales de sociedades en situaciones de insolvencia es una cuestión muy debatida que, a día de hoy, dista de haberse resuelto en el ámbito de la Unión Europea de manera satisfactoria. El Reglamento 1346/2000¹², predecesor del actualmente en vigor, ni siquiera se ocupaba de la cuestión, lo que fue objeto de no pocas críticas¹³. El RPI bis sí lo hace, pero ha adoptado, entre las alternativas que en el momento barajó el legislador, la más conservadora.

14. Así, descartada la separación de procedimientos, que supone ignorar en el concurso la estructura de grupo, se rechazan también la consolidación procesal, en la que si bien un solo tribunal conoce de los concursos de las sociedades del grupo, no se consolidan las masas y puede dejarse cierto margen a la aplicación de las leyes de los domicilios respectivos de cada sociedad, y la sustantiva, en

¹¹ Como es obvio, con esto no se pretende desfavorecer a los acreedores garantizados en beneficio de los que no lo estaban. Por eso, el plan debe ofrecer alguna compensación, directa o indirecta, a los primeros. Sobre esta cuestión, ALONSO, A. “Los efectos del plan de reestructuración...”, cit. pp. 10-12.

¹² Reglamento 1346/2000, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, DOCE L160, de 30 de junio de 2000.

¹³ Sobre esta cuestión, HESS, B./OBERHAMMER, P./PFEIFFER, T., *European Insolvency Law, Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, Munich, CH Beck-Hart-Nomos, 2014, pp. 153-167.

la que se integran las masas activas y pasivas de los diferentes concursos, a los que se aplica la ley del foro¹⁴. Frente a esos modelos, el RPI bis opta por un mecanismo de cooperación entre procedimientos.

15. En esa línea, el RPI bis parte de la consideración individualizada de cada deudor, sin prestar atención, en el caso de las personas jurídicas, a su posible integración en un grupo de sociedades. Tal como resulta de su artículo 3, lo relevante a efectos de delimitar la competencia para conocer de una situación concursal o preconcursal es la presencia en un Estado miembro de la Unión Europea del COMI o de un establecimiento de dicho deudor. En el primer caso, el procedimiento que se abra tendrá alcance universal y se extenderá a todos los bienes del deudor, con independencia de su ubicación, y a todos sus acreedores. En el segundo, el procedimiento se califica de territorial porque limita su alcance a los bienes del deudor situados en el Estado de apertura, si bien, desde la perspectiva del pasivo están llamados, a este también, todos los acreedores. En ningún caso, sin embargo, se contempla una extensión de la competencia definida por estas vías a otras sociedades que pudieran integrarse en el mismo grupo que la insolvente¹⁵ pero cuyo COMI se encontraran en otro Estado miembro.

16. Así, en esta regulación, la pertenencia de un deudor a un grupo de sociedades no afecta a la competencia de las autoridades encargadas del concurso, sino que cada sociedad del grupo concursa o se somete a un plan de restructuración (o equivalente) en el Estado miembro cuyos tribunales serían competentes según los criterios expuestos. Una vez abiertos esos procedimientos, se sujetan a las reglas de cooperación y de coordinación previstas en los artículos 56 a 77 (además de a las que, para la concurrencia de procedimiento universal y territoriales sobre un deudor, incluso parte de un grupo, prevén, entre otros, los artículos 41 a 44). Por otra parte, en el sistema del RPI bis ese tratamiento se extiende tanto a los procedimientos de insolvencia, como a las preinsolvencias, para las que no se prevén reglas especiales, con los consecuentes desajustes.

17. Esa misma concepción se recoge en la LC para los concursos internacionales¹⁶. Sin embargo, para el caso de los preconcursos el legislador prevé algunas reglas especiales. Así, el Título II del Libro IV lleva por título “De las especialidades del Derecho preconcursal” y, tras una afirmación general acerca de la aplicabilidad a los procedimientos de insolvencia de las normas de Derecho internacional privado establecidas en la propia Ley “con las adaptaciones pertinentes”, modifica el régimen de regulación del Derecho aplicable, suprimiéndose todas las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*, salvo la referida a los derechos sobre valores, sistemas de pago y mercados financieros recogida en el artículo 726 (artículo 754), se extiende el régimen de reconocimiento propio de los concursos a estos institutos (artículo 753) y, lo que es más relevante a los efectos que aquí nos ocupan, se incluye una regla espacial de competencia judicial en relación con los grupos de sociedades (artículo 755).

2. El reconocimiento de resoluciones en el RPI bis

18. Partiendo de las premisas anteriores, las resoluciones en materia de insolvencia adoptadas en un Estado pueden, en supuestos transfronterizos, necesitar producir efectos en Estados distintos. Ello

¹⁴ En este modelo los procedimientos se abren ante un mismo órgano jurisdiccional que aplica su propio ordenamiento, sin perjuicio de que algunas cuestiones puedan someterse a la ley del domicilio de la filial y sin que se unifiquen las masas activas o pasivas de los concursos. Para una descripción de los distintos modelos, ver GARCÍA GUTIÉRREZ, L., “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la Unión Europea”, RJUAM, nº 31, 2015-1, pp. 205-226, esp. pp. 208-214; R. VAN GALEN, “The Recast Insolvency Regulation and group of companies”, ERA Forum, 2015, 16, pp. 241-253. Sobre propuestas alternativas, A. ESPINIELLA, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006; I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

¹⁵ El término insolvencia se emplea en este contexto como comprensivo también de las situaciones de preinsolvencia.

¹⁶ No así para los internos, como resulta del artículo 46 LC, que contiene una regla sobre concursos conexos, según la que, en el caso de sociedades del mismo grupo, será competente respecto de todas ellas el juez del lugar donde tenga el COMI la sociedad dominante y, si el concurso no se solicita respecto de ésta, el del lugar del COMI de la sociedad con mayor pasivo.

ocurrirá fundamentalmente cuando el procedimiento abierto es universal y, más escasamente, cuando su alcance es territorial, si bien tampoco cabe descartar esta posibilidad. Tal es el caso, por ejemplo, en el que un acreedor pretende la ejecución de su crédito en un Estado (X) distinto de aquel en el que se abrió el procedimiento (Y), lo que obliga al administrador concursal a comparecer en el procedimiento en X y solicitar su terminación o suspensión como consecuencia del concurso abierto en Y. Esa pretensión solo puede prosperar si en el Estado X se reconoce el concurso abierto en Y. En otros casos no se trata solo de reconocer la resolución extranjera de apertura del concurso, sino de que en el Estado X se pueda ejecutar una resolución adoptada por el juez de Y (por ejemplo, de venta de ciertos bienes del concursado situados en ese territorio). En cualquiera de los dos casos, las normas del Estado receptor (X) determinan si la resolución extranjera produce eficacia y en su caso cómo (a través de qué procedimiento y bajo qué condiciones).

19. Cuando el Estado en el que se pretende el reconocimiento es un Estado miembro de la Unión Europea, el RPI bis establece un sistema favorable a la eficacia de las resoluciones en que las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptadas por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, se reconocen en los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución producen efectos en el Estado de apertura (artículo 19 RP Ibis), con el límite del orden público (artículo 33 RP Ibis)¹⁷. Así, en ese sistema solo se reconocen las resoluciones procedentes de un Estado miembro cuyos tribunales sean competentes según las disposiciones del RPI bis, es decir, las adoptadas por una autoridad del Estado miembro del COMI del deudor o en el que radique un establecimiento de aquél¹⁸.

20. Fuera de los supuestos a los que resulta de aplicación el RPI bis (en nuestro caso, todos aquellos en los que el decreto que admite la comunicación de apertura de negociaciones o la solicitud de homologación del plan de reestructuración que se extiendan a la suspensión de las garantías de otras sociedades del grupo deban producir efectos en un tercer Estado, no miembro de la Unión Europea o en Dinamarca, que, como es sabido, no es parte del RPI bis) la posibilidad de reconocimiento y los requisitos para llevarlo a cabo dependerán de lo que establezca el Derecho interno de cada Estado (y de los Convenios de los que éste pudiera ser parte). También estará sujeto al Derecho autónomo, incluso en el marco de la Unión Europea, el reconocimiento de resoluciones que quedan fuera del ámbito de aplicación del RPI bis por otros motivos y, señaladamente, por referirse a procedimientos confidenciales, cuestión sobre la que se vuelve en el epígrafe siguiente.

3. La extensión de la competencia respecto de la sociedad matriz a otras sociedades del grupo en la LC

21. En el contexto expuesto, el artículo 755 LC permite obviar algunos de los problemas que suscita la aplicación de los artículos 596,3 y 652, 2 LC en situaciones internacionales, pero no cubre todos los supuestos posibles en los que estos tienen vocación de ser aplicados. Ello es así porque la regla no está concebida con esa función, sino que únicamente pretende superar los problemas que desde el punto de vista competencial supone la ignorancia de la realidad económica del grupo. No obstante, un análisis conjunto de los preceptos mencionados resulta útil para aclarar sus límites.

22. En virtud del artículo 755 LC, y siempre que se cumplan los requisitos que expresamente recoge, los tribunales españoles competentes para conocer de los procedimientos de preinsolvencia regulados en el libro segundo de la LC respecto de la sociedad matriz de un grupo de sociedades, podrán extenderla a las filiales cuyo COMI se sitúe fuera de España.

¹⁷ Reconocida la resolución de apertura, las resoluciones posteriores que traen causa de ella, se reconocen en virtud de lo establecido en el artículo 32 RPI bis.

¹⁸ Dado el alcance geográficamente limitado de los procedimientos territoriales, solo en supuestos muy excepcionales va a ser necesario reconocer sus efectos fuera del Estado de apertura. Siendo así, las cuestiones que suscita el reconocimiento se refieren casi en su integridad a los procedimientos universales.

23. Así, la primera condición es que el tribunal español sea competente para conocer del procedimiento en relación con la sociedad matriz y que esta, a su vez, haya “instado la comunicación regulada en el libro segundo o vaya a quedar sometida al plan de reestructuración”. De este modo, la regla del artículo 755 TRLC solo juega en los casos en los que la sociedad del grupo que justifica la competencia de un tribunal español para homologar un plan de reestructuración o para recibir la comunicación de apertura de negociaciones es una sociedad matriz con COMI o establecimiento en España. No se aplica, en consecuencia, en aquellas otras situaciones, más infrecuentes en la práctica, en los que las garantías no hayan sido prestadas por la filial a favor de un acreedor de la matriz, sino entre sociedades “hermanas”.

24. Por otra parte, para que el tribunal español extienda esa competencia a sociedades filiales cuyo COMI se localice fuera de España, es necesario que “la comunicación o la homologación del plan de reestructuración se hayan solicitado como reservada en relación con las filiales, en cuyo caso ni la comunicación ni las resoluciones sobre la homologación del plan respecto de las filiales se publicarán en el Registro público concursal. Estas resoluciones se dictarán separadamente de las resoluciones relativas a la sociedad matriz”.

25. La exigencia de que también se solicite la comunicación o la homologación respecto de las filiales no parece casar adecuadamente con los objetivos que generalmente persigue el *third party release* entre los que, como se ha señalado, destaca el de evitar extender la crisis de la matriz a las sociedades del grupo que no se encuentran, a su vez, en una situación de dificultad. Por el contrario, la previsión del artículo 755 parece asumir que tales sociedades están, al menos, en una situación de insolvencia probable y, por ello, pueden acogerse al plan (o a la comunicación de negociaciones). Podría alegarse que es, precisamente, el riesgo de ejecución de la garantía lo que puede colocarlas en situación de insolvencia de hecho, así lo exigen los artículos 596, 3 y 652,2 LC para justificar su aplicación- pero lo cierto es que estas reglas pretenden obviar la extensión de la reestructuración a las sociedades del grupo, evitando así el estigma que todavía se asocia a aquella en ciertos ordenamientos.

26. De este modo, si bien la extensión de la competencia recogida en el artículo 755 sirve para superar algunos de los problemas derivados de la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado a la determinación de la eficacia de los artículos 596, 3 y 652,2 LC, no es menos cierto que los requisitos que exige entran en contradicción con la justificación fundamental del *third party release* y resultan poco coherentes desde un punto de vista conceptual. Nada de extrañar puesto que, como se ha señalado, el objetivo del artículo 755 no es superar los obstáculos al *third party release*, aunque pueda ser utilizado para hacerlo.

27. Por otra parte, como se ha visto, es necesario que la comunicación de negociaciones o la homologación del plan de reestructuración se hayan solicitado como reservadas en relación con las filiales, entendiéndose por ello que no se publiquen en el Registro público concursal. El objeto de esta exigencia no es otro que evitar, en los casos en que las sociedades del grupo tienen su COMI en otro Estado miembro de la Unión Europea, la aplicación del RPI bis, cuyo artículo 1 excluye de su ámbito de aplicación los procedimientos que no tengan carácter “público”. No resultando en esos casos de aplicación el RPI bis, nada se opone a que el legislador español extienda la competencia de sus tribunales, justificada por situarse en España el COMI de la matriz, a otras sociedades del mismo grupo, incluso con COMI en un Estado miembro de la Unión Europea.

28. Por último, el apartado 3 del artículo 755 TRLC 3 TRLC exige para poder ser aplicado “Que la extensión de la competencia sobre las filiales resulte necesaria para garantizar el buen fin de las negociaciones de un plan de reestructuración o la adopción y cumplimiento del plan. En cualquier caso, la competencia solo alcanzará a los acreedores contractuales comunes a la sociedad matriz y a las filiales”. Esta última limitación resulta lógica porque se parte de la base de que en estos casos los acreedores ha-

bían asumido que existe una consolidación contractual implícita y no les resulta imprevisible tener que concentrar sus reclamaciones en el foro de la matriz¹⁹.

4. Diferentes escenarios

29. A la vista de lo señalado en epígrafes anteriores, la posibilidad de que los artículos 596,3 y 652,2 LC desplieguen toda su eficacia en situaciones en las que el COMI de las sociedades garantes no se encuentra en España se ve puesta en entredicho. El análisis difiere en función de los distintos escenarios imaginables.

4.1. Primer escenario: sociedad garante con COMI en la Unión Europea y ejecución de la garantía en España

30. En caso de que la ejecución de la garantía se pretenda en España, el artículo 755 LC puede desplegar sus efectos y, en la medida en que la situación no implica la necesidad de reconocimiento en otro Estado, permite obviar gran parte de los obstáculos que el Derecho internacional privado opone a la eficacia de los artículos 596,3 y 652,2 LC.

31. Si imaginamos que el COMI de la sociedad garante se sitúa en Francia, por ejemplo, y la garantía pretende ejecutarse en España, el acreedor podría argumentar frente a la paralización de la ejecución basada en el artículo 652, 2º TRLC, la falta de competencia de las autoridades españolas a tenor del artículo 3 RPI bis, y, en consecuencia, también la improcedencia de aplicar al caso el Derecho concursal español.

32. Dado que quien prestó la garantía es una sociedad francesa – es decir, con COMI en Francia – no le alcanzan, conforme al RPI bis, los efectos del concurso de la sociedad española. La paralización de la ejecución de esas garantías por una razón concursal (y esta lo es, no solo porque resulta de la aplicación de una norma en materia de insolvencia, sino porque la *ratio* de la norma responde a un fundamento concursal: evitar la extensión de la crisis a otras sociedades del grupo) solo podría producirse en el contexto de un concurso en Francia y en aplicación del Derecho francés.

33. De este modo, el Derecho internacional privado no responde en este caso a las necesidades de la realidad económica. Es cierto que, en la medida en que la Directiva no impone a los Estados miembros el *third party release*, no existe una contradicción interna (entre normas de la Unión Europea), sino solo la dificultad derivada de estas últimas para dar plena eficacia a una disposición que emana de la iniciativa del legislador estatal. Por otra parte, puesto que como se ha visto, la Directiva tampoco prohíbe ese *third party release*, nada impide que el legislador estatal adopte medidas para garantizar la eficacia de los artículos 596,3 y 652,2 LC en supuestos internacionales, siempre que estas no pongan en entredicho el Derecho de la Unión Europea.

34. En ese contexto, el artículo 755 LC, cuyos principales rasgos se han expuesto anteriormente, permite obviar el problema expuesto. Si, cumpliéndose también el resto de requisitos que la norma exige, la comunicación o la homologación del plan se solicita como reservada en relación con las filiales, el supuesto queda fuera del ámbito de aplicación del RPI bis definido en su artículo 1 y el juez español no está limitado por sus reglas de competencia, sino que puede aplicar el Derecho nacional que, aunque en

¹⁹ HEREDIA CERVANTES, I., “Novedades en materia de insolvencia internacional en el proyecto de reforma del texto refundido de la Ley concursal”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 2022, núm. 5, p. 203, GARCIMARTÍN, F, J., “Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del Anteproyecto y las novedades en el Libro IV”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 2021, núm. 3, p. 84.

general parte de las mismas premisas que el de la Unión Europea, resulta modificado en este punto por la regla especial para las preinsolvencias.

35. Sin embargo, como se ha mencionado en el epígrafe anterior, en las situaciones en las que quien tiene su COMI en España no es la matriz, sino otra sociedad del grupo cuyas deudas están garantizadas por la matriz o por sociedades hermanas, el supuesto no quedaría cubierto por el artículo 755 TRLC y pervivirían los problemas de extensión de la competencia que se han venido mencionando, con la consiguiente imposibilidad para el juez español de dar plena eficacia a los artículos 596 3 y 652,2 LC.

4.2. Sociedad garante con COMI en un tercer Estado y ejecución de la garantía en España

36. En esta situación, la extensión de la competencia de los tribunales españoles no encuentra barreras en el RIP bis, que no resulta de aplicación, ni en la LC en los supuestos cubiertos por el artículo 755.

37. Cabría cuestionarse si en este caso la aplicación de este último justifica la exigencia de todos los requisitos que contempla y, en concreto, del que se refiere a la confidencialidad de la comunicación de apertura de negociaciones o la solicitud homologación del plan. Como se ha visto, el objetivo de esta condición no era otro que evitar la aplicación del RPI bis, *per se* inaplicable en el caso que aquí se analiza. No obstante, y dado que esa es una condición expresa de la regla, no parece que sea posible obviarlo, con la consecuencia de que si no concurre, no sería de aplicación el artículo 755 reavivándose la regla general de competencia del artículo 46 LC.

4.3. Tercer escenario: Sociedad garante con COMI en un Estado miembro de la Unión Europea y ejecución de la garantía en dicho Estado o en otro Estado miembro de la Unión Europea.

38. En este escenario, a la complejidad de la situación se añade la necesidad del reconocimiento de la suspensión de las ejecuciones en otros Estados. Si este es un Estado miembro de la Unión Europea- Francia, por continuar con el ejemplo utilizado-, la conclusión más evidente es que no es posible reconocer la decisión de homologación del plan adoptada por el juez español sin respetar los criterios competenciales establecidos por el RPI bis.

39. Si la sociedad matriz y sus garantes se han acogido al artículo 755 TRLC, la consecuencia es, como se ha visto, la inaplicación del RPI bis, que no se extiende a los procedimientos confidenciales, pero eso solo resulta que la decisión del juez español ya no se beneficiaría del sistema de reconocimiento del RPI bis y deberían aplicarse las normas de Derecho interno en materia de resoluciones extranjeras, presumiblemente menos favorables a esa eficacia.

40. No faltan quienes defienden en este contexto la aplicación del Reglamento 1215/2012 (RBI bis)²⁰ al reconocimiento de los procedimientos confidenciales de insolvencia y le atribuyen la consecuencia de que no obstaculizaría dicho reconocimiento, dado que el limitado control de la competencia que en esa sede permite su artículo 45 se restringe a las competencias exclusivas previstas en su artículo 24 y los foros de protección de los artículos 10 a 23, en los que, en ningún caso, se encuentra el supuesto que nos ocupa²¹.

²⁰ Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351, de 20 de noviembre de 2012, modificado por Regl. 542/2014, DO L 163, de 29 de mayo de 2014).

²¹ En este sentido, en relación con los WHOA holandeses de carácter confidencial, entre otros, VRIESENDORP, R./VAN KESTEREN, W./VILARIN-SEIVANE, E./HINSE, S., "Automatic Recognition of the Dutch undisclosed WHOA procedure in the European Union", *NIPR*, 2021, 1, pp. 3-17 (<chrome-extension://efaidnbmninnibpacajpegglefindmkaj/https://www.nipr-online.eu/>)

41. Quienes así opinan parten de la premisa de que entre el RPI bis y el RBI bis no existen lagunas, de manera que, a efectos de reconocimiento, las resoluciones excluidas del primero- y que son materia civil y mercantil- se incluyen necesariamente en el segundo. No obstante, a la aplicación del RBI bis cabe oponer varios argumentos: el primero es que la exclusión de su ámbito de aplicación, en virtud de su artículo 1, 2, b) de “la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos” no se limita a aquellos procedimientos que puedan considerarse incluidos en el RPI bis, sino a cualquiera que, sin estarlo, cumpla las condiciones para ser calificado de concursal por su finalidad y sus características (procedimiento colectivo, que se base en la insolvencia del deudor y que vincula a este y a los acreedores, incluso contra su voluntad)²². Junto a ello, el sistema del RBI bis se establece sobre la base de que ese reconocen “resoluciones” dictadas en procedimientos contenciosos, documentos públicos con fuerza ejecutiva o transacciones judiciales, definidas éstas como las celebradas ante el tribunal durante un proceso y ejecutorias en el estado miembro de origen, los preconcursos confidenciales puedan integrarse en ninguna de estas categorías.

4.4. Cuarto escenario: Ejecución fuera de la Unión Europea

42. En los casos en los que la ejecución de la garantía se pretenda fuera de la Unión Europea, la eficacia del *third party release* dependerá la que permita atribuirle el ordenamiento del Estado receptor y ello con independencia de que la sociedad garante tenga el COMI en la Unión Europea o fuera de ella.

IV. Algunas reflexiones al hilo de la cuestión analizada

43. Las páginas anteriores ponen en evidencia una doble carencia de nuestro sistema de Derecho internacional privado de la insolvencia. Por un lado, y es ya una obviedad decirlo, el sistema no responde adecuadamente a las necesidades de los grupos de sociedades. La ignorancia de la realidad económica que estos representan resta eficacia a las soluciones previstas por el legislador para la adecuada reestructuración de las empresas y los grupos en los que se integran. Es necesario repensar el sistema e ir más allá de una simple coordinación de procedimientos para buscar soluciones más audaces que permitan dar respuesta desde una perspectiva unificada con eficacia sobre el grupo y no sobre cada sociedad individualmente considerada.

44. Cual sea la regla más adecuada a este fin exige responder previamente a una serie de cuestiones: cual es el concepto de grupo que se va a utilizar y si la regla que se proponga se hace extensiva a todos los grupos imaginables o solo a alguno de ellos, el carácter vinculante o facultativo de la propuesta y, desde luego, cuál sea esta solución, si basta con la consolidación procesal o si es necesario acudir a una consolidación sustantiva, sin que esto implique necesariamente la confusión de masas (o, incluso, si la solución puede ser distinta en función del tipo del grupo en presencia).

45. En este ámbito dada la realidad económica, que no se limita a grupos de sociedades intra-Unión Europea, sino que responde a una mayor deslocalización, la necesidad de avanzar en instrumentos que permitan llegar a soluciones al menos armonizadas a escala global, especialmente en materia de reconocimiento, es una evidencia.

46. En segundo lugar, es necesario adaptar las reglas de Derecho internacional privado a la realidad preconcursal. El legislador español ya lo ha hecho, a través de unas disposiciones tal vez todavía

pdf/2021-182.pZuständigkeit, Anerkennung und anwendbares Recht”, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2021, 13-14, pp. 654- 661).

²² En esta línea, VEDER, P.M./VAN HEES, J.J., *Internationale aspecten dwangakkoord ter voorkoming van faillissement*, París, 2017, pp. 173 y 184 , en cita de VRIESENDORP, R/VAN KESTEREN, W./VILARIN-SEIVANE, E./HINSE, S., “Automatic Recognition...”, cit, p. 14.

insuficientes, pero esta tarea queda aún pendiente para el legislador europeo. El RPI bis debería modificarse para añadir reglas especiales para las situaciones de preinsolvencia en las que se tengan en cuenta los objetivos y necesidades específicos de estos procedimientos, tarea en la que el modelo español puede servir como elemento inspirador.

47. Por último, la pervivencia de los planes de reestructuración confidenciales, a los que no se aplica el RPIbis, es un elemento distorsionador que, si bien puede ser muy útil en algunas ocasiones y, especialmente para algunos Estados que pretenden atraer a sus sistemas preconcursos de sociedades con COMI en el extranjero, no deja de ser una vía algo burda de sortear el sistema. Una regulación adecuada de los aspectos internacionales de la insolvencia de grupos haría innecesario este subterfugio al menos en un buen número de casos.

The European consumer: a case of mistaken identity?

El consumidor europeo: ¿un caso de identidad equivocada?

CARMEN TAMARA UNGUREANU

*Professor of International Commercial Law
Alexandru Ioan Cuza. University, Iasi, Romania*

Recibido: 06.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8986

Resumen: Los consumidores europeos gozan de protección, si son personas físicas que actúan fuera de fines profesionales y tienen, como contrapartes, profesionales (comerciantes). Aplicando la prueba de las tres condiciones, es posible que los consumidores que no necesitan protección caigan dentro del alcance de las leyes de protección al consumidor. Ésta es la razón por la que nos preguntamos sobre la “identidad” del consumidor europeo.

Para dilucidar la tema utilizaremos algunas preguntas que, en una secuencia lógica, formularía cualquier jurista más o menos familiarizado con la materia de la protección del consumidor en la UE. ¿Por qué los consumidores necesitan protección? ¿Son vulnerables? ¿Cómo se protegen y se identifican los consumidores en los contratos transfronterizos? ¿La presunción irrefutable de vulnerabilidad del consumidor genera decisiones justas?

Concluiremos señalando que la protección del consumidor en la UE ha llegado a un momento crítico, en el que la presunción irrefutable de la vulnerabilidad del consumidor genera exageraciones y, posiblemente, desequilibrios. Las leyes protectoras son utilizadas como escudo por consumidores que en realidad no las necesitan, lo que produce resultados contrarios al propósito para el que fueron diseñadas.

Palabras clave: consumidor europeo, vulnerabilidad del consumidor, presunción irrefutable de la vulnerabilidad del consumidor, jurisprudencia del CJUE.

Abstract: European consumers enjoy protection, if they are natural persons who act outside professional purposes and have as counterparts professionals (traders). Applying the test of the three conditions, it is possible that consumers who do not need protection to fall within the scope of the consumer protection laws. This is the reason why we are wondering about the “identity” of the European consumer.

To elucidate the issue we will use a few questions, which, in a logical sequence, would be asked by any jurist more or less familiar with the matter of EU consumer protection. First, why do consumers need protection? Are they vulnerable? How are consumers protected and “identified” in cross-border contracts? Does the irrebuttable presumption of consumer vulnerability generate fair judgments?

We will conclude by pointing out that EU consumer protection has reached a critical moment, when the irrebuttable presumption of consumer vulnerability generates exaggerations and, possibly, imbalances. Protective laws are used as a shield by consumers who do not actually need them, which produce results that are contrary to the purpose for which they were designed.

Keywords: European consumer, consumer vulnerability, irrebuttable presumption of consumer vulnerability, CJEU case law.

Sumario: Introductory remarks. I. Why do consumers need protection? 1. Is the European consumer vulnerable? 2. In what ways does the European consumer’s vulnerability materialize? II. How is the European consumer “identified” in cross-border contracts? 1. The apparent contradiction

between the arguments of the CJEU in the legal characterization of the consumer. 2. Elucidation of the apparent contradiction. III. The irrebuttable presumption of consumers' vulnerability generates fair decisions? Final Remarks.

Introductory Remarks

1. Why “a case of mistaken identity”? When European consumers and their protection are at the core of the European legislator's concerns and, frequently, under the analysis of the Court of Justice of the European Union (hereinafter, CJEU) and national courts, what made us doubt their identity?¹ Trying to unravel the mystery right from the beginning, we will draw attention to the fact that, in a few concrete cases, the protection granted to consumers is, to say the least, counter-intuitive. The consumer should not have been (mandatorily) protected, no matter what.

2. The consumers' protection in every single situation, without investigating whether they need protection, makes them equal to the adherents. Nonetheless, all consumer contracts are adhesion contracts (but not vice versa), which are characterized by an imbalance between the rights and obligations of the contracting parties. The imbalance (in both adhesion and consumption agreements) could refer to parties' economic, legal or informational power. The only difference between consumer contracts and adhesion ones is that the latter can also be concluded between professionals.

3. In an attempt to clarify the matter of the consumer's “identity”, we shall respond to a few queries that any reasonably-trained jurist with some familiarity with European Union (hereinafter, EU) consumer protection law would logically have. First, why do consumers need protection? Are they vulnerable? How are consumers protected and “identified” in cross-border contracts? Does the irrebuttable presumption of consumers' vulnerability generate fair judgments?

I. Why do consumers need protection?

4. If we were to “translate” the socio-economic theories regarding the place and role of the consumer into the language of the digital age², then the consumer would have several *avatars*: a vulnerable avatar, a liberated avatar, a sovereign avatar, an efficient avatar, and a marketised one. The *vulnerable avatar* impersonates the consumer at the origins of his/her protection. In the 1970s, the consumer was perceived as “vulnerable, susceptible and in need of state protection from a malfunctioning marketplace and manipulative advertising”³. The *liberated avatar* is the one who purchases goods and services freed from the pressure of marketers, who threaten to undermine competition and lure the consumer into buying things he/she neither wants nor needs⁴. The *sovereign avatar* is based on an American trend from the 1970s, “founded by business groups, free-market think tanks, and conservative politicians, who aimed to roll back the regulatory state.”⁵ The sovereign avatar does not need the protection provided by state laws, she/he is rational and protects himself/herself using efficient market mechanisms⁶. Derived from the sovereign avatar, the *efficient consumer* is the one who makes the market efficient by obtaining his/her own well-being: ‘consumer welfare through market efficiency’⁷. Finally, the *marketized avatar*

¹ See also, C.T. UNGUREANU, “Cine este, de fapt, consumatorul European?”, Revista de Științe Juridice, 2021, vol. 38, Issue 1, pp.9-21.

² N. OLSEN, “Consumer Imaginaries, Political Visions and the Ordering of Modern Society”, in H.-W. MICKLITZ (ed.), *The Making of Consumer Law and Policy in Europe*, Hart Publishing, 2021, LCCN 2021032700 (ebook), pp. 277-304.

³ N. OLSEN, *op. cit.*, pp. 284-287.

⁴ *Ibidem*, p. 290.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, p. 291.

⁷ H.-W. MICKLITZ, “The Consumer: Marketized, Fragmentized, Constitutionalized”, in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *The Images of the Consumer in EU Law: Legislation, Free Movement and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing,

is similar to the sovereign and the efficient avatar, the difference being that the marketized avatar is used “to transform, and re-enchant, the public sector through modeling it in the mirror of the market and by portraying the citizen as its customer and captain.”⁸.

5. Without analyzing the above listed concepts, we will only point out that, currently, in the EU, the consumer is considered⁹ to be well-informed and reasonably circumspect, and that the place of the vulnerable consumer is taken by the efficient consumer¹⁰. If so, does the consumer need protection?

1. Is the European consumer vulnerable?

6. As a rule, vulnerable people are the ones who need protection. Are the consumers of the digital age vulnerable persons in need of protection as they were in the 1970s? Even though, at first glance, it would be reasonable to respond that consumers are more vulnerable than ever right now, the problem is not entirely clear.

7. What does it mean to be vulnerable, actually? A person is vulnerable if he/she is susceptible of being hurt, damaged in his/her health, patrimony, goods or interests¹¹. Consumer protection had its origins in the idea that the consumers must be protected because they are unable to defend themselves and are not equipped to deal with their contractual partner, the professional (the trader)¹². “In the earlier days of consumer law, all consumers were therefore considered to be vulnerable.”¹³ and their protection was achieved through the enactment of protective laws to protect the weak from the strong¹⁴.

8. Currently, the concept of vulnerability¹⁵ has acquired new, complex values, without, however, having a unanimously accepted meaning. Mainly, two theories have been outlined, one *class-based* and the other *state-based*¹⁶. According to the first theory, consumers who are part of a certain category are considered vulnerable, depending on their individual characteristics, such as age, level of education, physical or mental health, etc.. In the state-based theory, vulnerability results from a combination of internal and external factors, which may be temporary or permanent and which make the consumer vulnerable in his/her relations with the professional (the trader).

9. At the EU level, the vulnerable consumer is looked at in a study¹⁷, from a state-based perspective¹⁸, being defined as “A consumer, who, as a result of socio-demographic characteristics, behavioral

2016, pp. 21–41; H.-W. MICKLITZ, “European Consumer Law”, in E. JONES, A. MENON, S. WEATHERHILL (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 526–541.

⁸ Ibidem, p. 298.

⁹ H.-W. MICKLITZ, TH. WILHELMSSON, “Looking Back to Look Forward. Spring 2021”, in H.-W. MICKLITZ (ed.), *op.cit.*, p. 346.

¹⁰ N. OLSEN, *op. cit.*, p. 298.

¹¹ J.-P. CHAZAL, “Vulnérabilité et droit de la consommation”, Colloque sur la vulnérabilité et le droit, 2000, Université P. Mendès-France, Grenoble II, France, p. 1, available at: <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053489>, accessed 14.3.2024.

¹² J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 2.

¹³ E. KAPROU, “The legal definition of ‘vulnerable’ consumers in the UCPD. Benefits and limitations of a focus on personal attributes”, in CH. RIEFA, S. SAINTIER (eds.), *Vulnerable Consumers and the Law. Consumer Protection and Access to Justice*, Routledge, 2021, p. 51.

¹⁴ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 4th Edition, 1996, no.18.

¹⁵ For a detailed presentation of the vulnerability of the natural person, see, L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, thèse de doctorat, 2004, available at: <http://www.theses.fr/2004LIMO0499>, accessed 10.3.2024.

¹⁶ For example, OECD, *Consumer Vulnerability in the Digital Age*, OECD Digital Economy Papers, June 2023, No. 355, available at: <https://www.oecd.org/publications/consumer-vulnerability-in-the-digital-age-4d013cc5-en.htm>, accessed 2.3.2024, pp. 12-13; E. KAPROU, *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁷ EC, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, 2017, available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79b42553-de14-11e6-ad7c-01aa75ed71a1>, accessed 4.4.2024.

¹⁸ E. KAPROU, *op. cit.*, p. 55.

characteristics, personal situation, or market environment: is at higher risk of experiencing negative outcomes in the market; has limited ability to maximize their well-being; has difficulty in obtaining or assimilating information; is less able to buy, choose or access suitable products; or is more susceptible to certain marketing practices.”.

10. Although this definition of the European vulnerable consumer seems comprehensive, providing precise criteria for identifying the vulnerable consumer, it actually adds complexity and uncertainty to an already confusing field.

11. The confusion stems from the various “faces” that European consumers may have, which raises the potential question: Aren’t all consumers protected? It seems that the protection is granted to the so-called *average consumer*, who has at his/her turn a variety of “masks”: the vulnerable consumer (in the Unfair Commercial Practices Directive¹⁹), the ignorant consumer (in the MiFID Directive²⁰), the negligent consumer (in the Payment Services Directive²¹), the consumer with a level of knowledge inferior to the professional (in the Unfair Terms Directive²²).²³

12. In the Unfair Commercial Practices Directive, considered one of the most important European instruments in the field of consumer protection²⁴, the notion of *the average consumer* is used in a triple stance: the *standard average consumer*, the *targeted average consumer* and the *vulnerable average consumer*²⁵. Although the directive’s considerations state that it is about the *sufficiently well-informed and attentive consumer, taking into account social, cultural and linguistic factors*²⁶, none of these concepts are defined, so the task of interpreting the typical response of the average consumer in a particular situation is left to the courts and national authorities.

13. Nevertheless, references to this average consumer criterion are rather unused and formal in member states case law, indicating that national judges find it irrelevant²⁷.

2. In what ways does the European consumer’s vulnerability materialize?

14. Putting all the theories and the consumer’s “faces” aside and looking back to where the concept of consumer protection originated, we can observe that vulnerability primarily stems from the consumer’s *inferiority* compared to the professional²⁸, inferiority that manifests itself on an economic, cognitive and informational level.

¹⁹ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, OJEU, L 149, 11.6.2005

²⁰ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments, OJEU, L 173/349, 12.6.2014.

²¹ Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, OJEU, L 337/35, 23.12.2015.

²² Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Official Journal of the European Communities, L 95/29, 21.4.1993.

²³ L. BERCEA, “Standardul ,’consumatorului mediu” și consimțământul pentru prelucrarea datelor cu caracter personal”, Revista Romana de Drept Privat, no. 1, 2018, pp. 26-51.

²⁴ P. CARTWRIGHT, “The consumer image within EU law”, in CH. TWIGG-FLESNER, *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, ebook, pp. 199-200.

²⁵ For details, see, V. MAK, “The consumer in European regulatory private law. A functional perspective on responsibility, protection and empowerment”, in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds.), *op. cit.*, p. 386; P. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 200-201.

²⁶ Recital 18 from Unfair Commercial Practices Directive.

²⁷ L. BERCEA, *op. cit.*, p. 9.

²⁸ M. CAMPO COMBA, *The Law Applicable to Cross-border Contracts involving Weaker Parties in EU Private International Law*, Springer Nature Switzerland, 2021, ebook, p. 17.

15. From an economic perspective, the professional is superior to the consumer, since the former engages in economic activities with the goal of obtaining a profit, in which people and goods are involved. The consumer enters into contracts in order to satisfy a personal or family interest²⁹. Compared to the professional who concludes a plurality of identical or similar contracts with various consumers, the consumer concludes isolated contracts. *The regular and organized nature of the activity carried out makes the professional superior to the consumer*³⁰. And this aspect also emerges from the CJEU case law. For example, in the case C147/16 (*Karel de Grote v. Susan Romy, Jozef Kuijpers*), the court pointed out at paragraph 59 that “(...) there is, in principle, an inequality between the educational establishment (CTU - the professional) and the student (CTU - the consumer), owing to the asymmetry of information and expertise between the parties, since such an establishment has at its disposal a permanent organization and an expertise that the student, acting on a private basis, does not necessarily have available to him when made incidentally with such a contract.”

16. Also, consumer contracts are *adhesion contracts*, which the professional imposes, and the consumer either accepts them or does not enter into the agreement. The consumer does not have the opportunity to negotiate the contractual clauses, which the professional has pre-drafted, investing resources for this purpose.

17. In terms of *cognitive inferiority*, the professional is the specialist, and the consumer is the layman, who does not have enough information about the contracts he/she enters into.

18. The vulnerability of the consumer is a *relational vulnerability*, that is, he/she is vulnerable only in relation to the professional³¹, not in relation to another person who concludes contracts for a private purpose, and who could also be considered a consumer.

19. The protection of the consumer is therefore based on a double probability: the probability that he/she finds himself/herself in a situation of inferiority in relation to the professional and the probability that the professional has a tendency to abuse his/her position of superiority to the detriment of the consumer, who is in a vulnerable position³². Put it in another way, it can be said that the justification for the protection of the European consumer can be found, mainly, in the state of inequality and vulnerability in which the consumer is in relation to the professional from whom he/she purchases goods and/or services and in the informational asymmetry between the two³³.

II. How is the European consumer “identified” in cross-border contracts?

20. Broadly speaking, the idea of protecting consumers in cross-border contracts means the assurance that they will not be forced to leave their comfort zone: the competent court for solving consumer disputes is the one at the consumer’s domicile (art. 18, Brussels I bis Regulation³⁴), and the applicable law, according to art. 6 Rome I Regulation³⁵, is the law of the consumer’s habitual residence³⁶.

²⁹ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 5.

³⁰ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *op. cit.*, p. 4.

³¹ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 6.

³² *Ibidem*, p. 7.

³³ R. H. WEBER, “The Disclosure Dream – Towards a New Transparency Concept in EU Consumer Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, Issue 2, 2023, p. 67.

³⁴ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJEU, L 351/1, 20.12.2012.

³⁵ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, OJEU, L 177/6, 4.7.2008.

³⁶ A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case law. Latest Trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2020, Vol. 12, N° 1, p. 87.

21. How is the consumer “identified”? In both European regulations and in the CJEU case law, two criteria are used: the purpose of the contract must be outside the professional activity of the consumer and the other contractual party must be a professional³⁷.

22. The state of vulnerability of the consumer does not play any role, the consumer is not held to prove that he/she needs protection due to the state of weakness in which he/she is in relation to the professional. Although the notion of vulnerability can be traced in the judgments of the CJEU, in the characterization of the consumer the only criteria whose fulfillment is verified are the two: the private purpose of contracting and the professional quality of the consumer’s contractual party.

1. The apparent contradiction between the arguments of the CJEU in the legal characterization of the consumer

23. At first glance, in the CJEU judgments seems to be a contradiction between the arguments used: on the one hand, it is said that the protected consumer is the disadvantaged one, who is in an inferior position in relation to the professional concerning his/her knowledge and information, and, on the other hand, it is stated that the consumer is protected regardless of the actual knowledge and information he/she may have.

24. For example, in the case C590/17 (*Henri Pouvin, Marie Dijoux v. Electricité de France*) in the paragraph 25, CJEU states that *it should be noted that the consumer is in a weaker position vis-à-vis the seller or supplier, as regards both his bargaining power and his level of knowledge*. In the previous paragraph though, the court says that *the concept of ‘consumer’ is objective in nature and is distinct from the concrete knowledge the person in question may have, or from the information that person actually has*. The reasoning seems counter-intuitive.

25. The court reasoned similarly in the case C208/18 (*Petruchová v. FIBO*), where it considered that the notion of *consumer* must be interpreted restrictively, by referring to the position of the respective person in a certain contract, in relation to the nature and with its purpose, and *not to the subjective situation of the person* in question, one and the same person could be considered a consumer in certain agreements and a professional in others. The notion of consumer is defined in opposition to the notion of professional and has an *objective character*, being independent of the knowledge and information that the person in question actually has³⁸. The natural person’s *knowledge* in the field in which she enters into contracts, her *skills*, *the risks* she assumes, the large sums she transfers are not relevant, because no European legislation imposes a certain consumer behavior or a value threshold for the contracts concluded by her, or that she acts with prudence and diligence³⁹.

26. For clarity, we will briefly outline the dispute⁴⁰. Jana Petruchová, domiciled in the Czech Republic, concluded a framework contract with FIBO, a brokerage company incorporated in Cyprus, for carrying out transactions on the international FOREX exchange market. *The framework contract provided for the conclusion, between Ms Petruchová and FIBO, of individual contracts, classified as financial contracts for differences, CFDs, which are financial instruments the objective of which is to make profit on the difference between the exchange rates applicable to the purchase and sale respectively of the base currency in relation to the quote currency*⁴¹. The dispute concerned the CFD under which Ms. Petruchova placed an order to buy 35 lots (each lot having a value of USD 100,000, which she was bo-

³⁷ We will not analyze the two criteria in this paper.

³⁸ Paragraph 55 of the decision.

³⁹ Paragraph 55 of the Opinion of Advocate General Evgeni Tanchev in the Petruchová case.

⁴⁰ Paragraphs 15-22 of the decision .

⁴¹ Paragraph 17 of the decision.

rowing from FIBO, using the *leverage effect*) at a fixed rate of exchange against Japanese yen. Since FIBO delayed the execution of the order by 16 seconds, during which the exchange rate fluctuated, Ms. Petruchova claimed that she made 3 times less profit than if the order had been executed on time.

27. Mrs. Petruchova was considered a consumer, even though from the description of the factual situation, it is clear that she was not a vulnerable person who needed protection: she was well informed, had extensive knowledge of financial instruments, invested large sums of money, from which could be inferred that she had a certain economic comfort.

28. The situation is frustrating and at the same time seductive: whatever the consumer does or does not do he/she is protected. It is frustrating, because it doesn't seem fair. It is seductive, for certain people, because, if they intend to make abuse of this overprotection, they have free rein.

2. Elucidation of the apparent contradiction

29. The apparent contradiction has its roots in the usage of a irrebuttable presumption of consumers' vulnerability. Even if the concept of the European consumer makes no reference to the vulnerability, this is a fact already assessed, which does not need further analysis. In every EU law on consumers the meaning of "consumer" is the same (with slight oscillations on wording): a natural person who acts outside her/his professional purposes. The consumers' vulnerability presumption is settled by law, it is a legal presumption and a irrebuttable one. The consumer *must be* protected in any situation: "a judge is *legally obliged to follow*"⁴² and it cannot be rebutted, meaning it supports no contrary evidence.

30. The CJEU, though, does not use the term *presumption, per se*, (to the best of our knowledge) in any judgement, although its meaning emerges from the wording of various judgments or from the advocate general opinions.

31. For example, from the opinion of Advocate General Bobek in case C590/17 (*Henri Pouvin, Marie Dijoux v. Electricité de France*) it follows that in the interpretation of European legislation, the CJEU uses presumptions to characterize the consumer according to *objective criteria*. The Advocate General states at paragraph 26 of his opinion that "(...) the underlying rationale for the (consumer) protection (...) presupposes that, in relation to the 'seller or supplier', the consumer 'is in a weaker position, in that *he must be deemed* to be less informed, economically weaker and legally less experienced than the other party to the contract'". The protective system is "(...) based on the assumption that 'the consumer is in a weak position vis-à-vis the seller or supplier, as regards both his bargaining power and his level of knowledge' (...)". Then at paragraph 29 he says that that consumer characterization "(...) does not depend on a relative balancing exercise of the positions of the parties in terms of knowledge, specialization or economic power. The EU legislature has already embedded that balancing exercise in the legislation. It has done so by including a *generalisation*: those who act outside their business, trade, or profession usually possess a lower level of knowledge and, more importantly, their bargaining power is weaker where contractual terms are drawn up in advance by the seller or supplier, as they are unable to influence their content. The broad definition of both the notions of 'seller or supplier' and of 'consumer', based on functional and objective criteria, is indeed connected with this protective aim (...)". Words like *presuppose, assumption, generalization, must be deemed*, all point to the concept of presumption.

32. Why, however, is the presumption not named as is, by the CJEU? It is the Advocate General Bobek who also explains the usage of the presumptions in his Opinion in Case C621/15 (*WXY v. Sanofi Pasteur*). He stresses out, in paragraph 28, that "(...) at first glance identically sounding (or at least translated) notions are understood, and in fact operate, rather differently in the various national legal

⁴² Paragraph 34 of the decision.

systems. As is often the case in a multilingual and multicultural EU legal system, a notion that apparently has the same name can have different meanings.”.

33. This could be the reason why the CJEU does not use the term *presumption* in its judgments, but lets it be understood that it would be about presumptions. This aspect, although it defends the idea of autonomy of the CJEU, which interprets European law autonomously from the national law of Member States⁴³, does not facilitate the understanding of the reasoning of consumer protection for the jurist, who uses the case law of the CJEU in solving concrete practical cases and beyond that. The jurist should not interpret at his/her turn the judgment given by the CJEU, as it is considered that CJEU has already done it.

34. As being settled that the CJEU uses an irrebuttable presumption - the presumption of consumers' vulnerability - every time it is asked to interpret the notion of consumer, the inclusion in the consumers' category of lawyers⁴⁴, CFDs investors⁴⁵, poker players⁴⁶, tree growers⁴⁷, millionaires⁴⁸, etc., is no longer surprising. However, the question of the fairness of the consumer's characterization remains.

III. The irrebuttable presumption of consumers' vulnerability generates fair decisions⁴⁹?

35. In the digital age, more than ever, the consumer is vulnerable. At international level⁵⁰ is pointed out the need for an increased protection of all consumers in the context of a complexed vulnerability determined, among other factors, by the use of artificial intelligence (algorithms) in online commerce⁵¹, by neuro-marketing techniques⁵², by the commercialization of personal data⁵³, by dark commercial patterns⁵⁴, to name just a few.

36. However, the consumer is not always vulnerable. In certain specific cases, as we have shown, the European consumer is *neither poorly informed, nor inexperienced, nor in a state of economic inferiority*. When she/he is not vulnerable, is his/her protection justified? Isn't it possible that, in the absence of the state of vulnerability, protection to be an excessive favor, a privilege⁵⁵?

37. Consumer vulnerability is probable, but not invariable⁵⁶. *General and abstract* consumer protection appears to be *unfair* because it also protects consumers who do not need protection. This injustice has its origin precisely in the abstract character of the protection: the consumer is *presumed*

⁴³ For details, D. KUKOVEC, “Autonomy: The Central Idea of the Reasoning of the Court of Justice”, European Papers, Vol. 8, 2023, No 3, pp. 1403-1439, available at: www.europeanpapers.eu, accessed 34.2024.

⁴⁴ Reference to the case *Costea v. Volksbank Romania* (C110/14).

⁴⁵ Reference to the cases *Petruchová v. FIBO* (C208/18) and *AU v. Reliantco Investments* (C500/18).

⁴⁶ Reference to the case *AB and BB c. Personal Exchange International Limited* (C774/19).

⁴⁷ Reference to the case *UEX v. ShareWood* (C595/20).

⁴⁸ Reference to the case *Petruchová v. FIBO* (C208/18), Opinion of Advocate General Evgeni Tanchev, paragraph 52.

⁴⁹ For legal reasoning of the CJEU, see M. BOBEK, “Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU”, May 27, 2014, available at: <https://ssrn.com/abstract=2442235>, accessed 5.3.2024.

⁵⁰ For example, international organizations such as OECD in OECD, *Consumer Vulnerability in the Digital Age*, op. cit., OECD DIGITAL ECONOMY PAPERS June 2023 No. 355, <https://www.oecd.org/publications/consumer-vulnerability-in-the-digital-age-4d013cc5-en.htm>

⁵¹ See, for example, M. DUROVIC, J. WATSON, “Nothing to Be Happy about: Consumer Emotions and AI”, *J—Multidisciplinary Scientific Journal*, 2021, 4, pp. 784–793, <https://doi.org/10.3390/j4040053>

⁵² See, for example, C.T. UNGUREANU, E.A. AMIRONESI, “Neuromarketing in International Commercial Law”, in *Challenges of the Knowledge Society*, International Conference volume, 2021, <http://cks.univnt.ro/articles/15.html>, pp. 317-331.

⁵³ C. T. UNGUREANU, “Legalitate echivocă în comerțul internațional cu date”, *Scientific Annals of the „Alexandru Ioan Cuza” University of Iasi*, Vol. LXVIII/1, Legal Sciences Series, 2022, pp. 7-35, DOI: <http://doi.org/10.47743/jss-2022-68-1-1>; C. T. UNGUREANU, “Proprietatea asupra datelor digitale: realități, neliniști și posibile soluții”, *Revista Română de Drept Privat*, no. 2, 2023, pp. 75-90.

⁵⁴ OECD, *Consumer Vulnerability*., op. cit., pp. 21-22.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

to be *irrebuttably* weak, and the professional is presumed to be *irrebuttably strong*⁵⁷. And this can lead to privileging the consumer, who is not vulnerable⁵⁸. In this way, the principle of equal treatment is not followed: vulnerable and non-vulnerable consumers benefit from equal protection.

38. Every time the legal protection is abstract and general, i.e. without being proportional to the real state of vulnerability of the consumer, it is an unfair protection that benefits people who are not in a state of real weakness⁵⁹. This unfair treatment has two *main effects*: on the one hand, experienced, knowledgeable people who are not in a state of weakness tend to hide their bad faith, to disguise it under the consumer mask, and on the other hand, consumers, feeling they are universally and arbitrarily protected, become irresponsible⁶⁰.

39. A concrete case-by-case analysis of the consumer's vulnerability would depart from the EU Consumer Protection Policy⁶¹, could be burdensome for the courts and affect predictability, including in determining the competent court and the applicable law in the cross-border consumer protection. But a fair approach to consumer protection would involve using a simple, non-irrebuttable presumption of the consumer's vulnerability, which allows evidence to be presented to show the contrary whenever the professional has reasonable suspicions that the contractual partner is abusing the position of the consumer.

40. Cases such as *Petruchová v. FIBO* (C 208/18), *AU v. Reliantco Investments* (C 500/18), *AB and BB v. Personal Exchange International Limited* (C 774/19), *EU v. ShareWood Switzerland* (C595/20) made us wonder what the vulnerability of these consumers is and why they are treated the same as those who genuinely need protection. A closer look reveals that these consumers are equally vulnerable—not as consumers, but as adherents—because they enter into adhesion contracts⁶², agreeing to terms that have been predetermined by the professional without being able to influence the content of those terms⁶³.

Final Remarks

41. In 1999 I completed my doctoral thesis⁶⁴ saying that the premise of consumer protection should not be forgotten, namely the restoration of the balance between powerful professionals, from an economic and legal point of view, and weak, defenseless consumers exposed to their practices. *Exaggerating in one direction or another leads to new imbalances*.

42. The EU seems to be at a turning point right now, with consumers who do not require protection being protected owing to the absolute presumption that they are vulnerable. This could lead to overreach and potential imbalances. Utilizing consumer status improperly, by abusing it, is the flip side of the coin. However, from an alternative standpoint, as Professor Caravaca stated, *it is necessary for the ECJ to open up new ways of protecting the consumer that keep up with times*⁶⁵ to ensure that those who truly require protection can fully benefit from it.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁸ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, no. 16, *apud* J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁹ J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Available at: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/46/consumer-policy-principles-and-instruments>, accessed 13.4.2024.

⁶² C.T. UNGUREANU, "Cyberspace, the Final Frontier? Concluding and Performing Agreements. Unfair Terms in B2B Adhesion Contracts", in *Scientific Annals of the „Alexandru Ioan Cuza” University of Iasi*, Vol. LXVII, Legal Sciences, Supplement 2, 2021, DOI: 10.47743/jss-2021-67-4-1, pp. 9-24.

⁶³ For example, C-110/14, paragraph 18; C590/17, paragraph 25.

⁶⁴ C.T. UNGUREANU, *Drept internațional privat. Protecția consumatorilor și răspunderea pentru produsele nocive*, All Beck Publishing House, Bucharest, 1999, p. 182.

⁶⁵ A. L. CALVO CARAVACA, *op. cit.*, p. 96.

Auditoría de cuentas: verdad y sostenibilidad

Auditing: Truth and Sustainability

GUILLERMO JOSÉ VELASCO FABRA

Profesor Titular de Derecho Mercantil

CUNEF Universidad

JOSÉ DAVID ORTEGA RUEDA

Profesor de Derecho Mercantil

CUNEF Universidad

Recibido: 20.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8987

Resumen: El jurista debe guiar su actuación en la búsqueda del bien común -inseparable del bien individual- a través de la verdad para el correcto funcionamiento del mercado porque en caso contrario se producirán distorsiones insuperables. Se manifiesta de un modo evidente en la auditoría pues, tradicionalmente, su función ha consistido en comprobar que existe una correlación entre la realidad y lo expresado en los estados contables. Actualmente, con la introducción de información sobre sostenibilidad, se añade una dimensión más a esa vocación a la verdad por parte del auditor, consistente en examinar si la actividad económica es acorde con cuestiones ambientales, sociales, relativas a los derechos humanos y a la gobernanza.

Palabras clave: Auditoría, bien común, mercado, sostenibilidad, verdad.

Abstract: The jurist must guide his actions in the pursuit of the common good -which is inseparable from individual good- through truth for the proper functioning of the market, because otherwise insurmountable distortions will occur. This is evident in auditing, as traditionally its function has been to verify that there is a correlation between reality and what is expressed in the financial statements. Currently, with the introduction of sustainability information, an additional dimension is added to that vocation of service to truth by the auditor, consisting of examining whether economic activity is in line with environmental, social, human rights, and governance issues.

Keywords: Auditing, common good, market, sustainability, truth.

Sumario: I. La auditoría de cuentas en España tras el caso Pescanova. 1. El concurso como solución al estado de insolvencia de Pescanova. 2. El auditor de cuentas como contrapoder frente al consejo de administración y garante del sistema financiero. 3. Deloitte, administrador concursal de Pescanova. II. La verdad como anhelo, la realidad como referencia. 1. La posibilidad de hallar la verdad en el Derecho. 2. El problema del Derecho en el encaje de los intereses particulares con la búsqueda del bien común. 3. La contabilidad como expresión concreta de la verdad empresarial. III. Aproximación a la sostenibilidad y a la información a ella referida. 1. La sostenibilidad como el nuevo axioma para el crecimiento económico de la Unión Europea. 2. Importancia de la información sobre sostenibilidad y necesidad de comprobarla. IV. Modificación de la Directiva relativa a la auditoría de cuentas para incorporar la verificación de información sobre sostenibilidad. 1. Formación y autorización del auditor para valorar la información sobre sostenibilidad. 2. Ejecución de la verificación sobre sostenibilidad por parte del auditor. V. Conclusiones.

I. La auditoría de cuentas en España tras el caso Pescanova

1. El concurso de Pescanova se convirtió en uno de los más importantes de la última década en España por las implicaciones mercantiles y penales. En literatura se distingue entre “mero hecho” y “hecho histórico o acontecimiento”¹. Este concurso no fue un mero hecho empresarial, sino un acontecimiento en España porque se logró el convenio (conclusión excepcional porque más del 95% de los concursos finalizan en liquidación²) y por el análisis jurídico-penal que hace el Tribunal Supremo (STS 10.2.2023) sobre la actuación del auditor al casar la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se condenaba a BDO (SAN 6.10.2020). En Estados Unidos también fue un “hecho histórico o acontecimiento” el concurso de Enron (2001) porque supuso la desaparición de la auditora Arthur Andersen fundada en 1913. Parecía que después del caso Enron no habría otra quiebra de esa magnitud; sin embargo, en 2008 se produjo la quiebra de Lehman Brothers que supuso el comienzo del *crash* del sistema financiero³. El documental “Enron” (2005) es un excelente ejemplo para el estudio de las causas y las consecuencias de la quiebra de una de las mayores empresas de la historia de Estados Unidos (el cine, además de ser una expresión artística, es un medio de formación jurídica⁴). La contabilidad de las empresas y la doble actividad del auditor, verificar y dictaminar, son determinantes para la seguridad financiera (STS 1 de julio de 2016). La visión que históricamente tenían los juristas (abogados, fiscales, jueces y profesores) sobre la contabilidad -como una carga burocrática empresarial- se ha superado y en la actualidad forma parte de los planes de estudio de grado y postgrado en Derecho⁵. Recordamos la reflexión del indeleble escritor Antoine Saint-Exupéry cuando afirma que volar, como piloto, era un forma de evadirse “*de la ciudad y sus contables*” en *Tierra de los hombres* (con *El Principito* son obras sublimes de la cultura europea por su grandeza ética y calidad literaria). En la actualidad destaca la sólida formación en contabilidad de la nueva generación de juristas, esencial para una visión completa de las operaciones de fusiones y adquisiciones (M&A), del concurso de acreedores y de la fiscalidad.

2. El caso comienza con el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Pontevedra de 25 de abril de 2013 que declaró el concurso de Pescanova. Las primeras sentencias sobre responsabilidad civil del auditor en España son de 2008 (SSTS 9 de octubre y 14 de octubre de 2008) y 2009 (STS 5 de marzo de 2009) que configuran las bases de la jurisprudencia⁶. Existen pocas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo hasta mayo de 2024, y la razón estriba en el correcto funcionamiento de la auditoría de las cuentas anuales en España. El deber de secreto del auditor “decae” -término utilizado por el ICAC- cuando descubra hechos que puedan tener consecuencias penales (Consulta BOICAC 69 / Marzo 2007-1). La situación es parecida con los administradores concursales -la gran mayoría también auditores en otra de sus poliédricas funciones- como se indica en sede judicial (por ejemplo, la SJMer núm. 8 Madrid 16.11.2012). El Tribunal Supremo ha dictado pocas sentencias que hayan condenado a administradores concursales (por ejemplo, la SSTS 9.1.2024 porque el administrador concursal no respectó el orden de pagos y 30.6.2023 por los daños causados al mantener la explotación de un negocio ruinoso y sin pagar las rentas al titular del inmueble).

¹ Vid. LÓPEZ QUINTÁS, A., *El arte de leer creativamente*, Stella Maris, Barcelona, 2014, pág. 77.

² El Colegio de Registradores publica el *Anuario Concursal* (2006-2022) e información trimestral sobre los concursos de acreedores en España <https://www.registradores.org/actualidad/portal-estadistico-registral/estadisticas-concursales> (última consulta: 2 de mayo de 2024).

³ Vid. el riguroso estudio de URÍA, F., *Regulación y crisis bancarias recientes. Reflexiones y retos futuros*, La Ley, Madrid, 2023, págs. 39 y ss.

⁴ Vid. CAZORLA, L., “*Too Big to Fail*. Una aproximación a la regulación financiera y de los mercados a través de la crisis de las *Suprime*”, en *La formación del jurista a través del cine* (Dirs. ORTIZ DEL VALLE / VELASCO FABRA), Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, págs. 103 y ss. Sobre las diferentes especialidades de Derecho Mercantil destaca FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO (Dir.), *Derecho Mercantil y Cine*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016 y sobre Derecho en general FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y VELASCO FABRA, G.J. (Dirs.), *Clásicos del cine jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

⁵ Existen pocos artículos en la doctrina sobre la contabilidad en el concurso de acreedores, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La contabilidad en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 8, 2006, págs. 49 y ss. y CARBAJO, F., “La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, 2012, págs. 95 y ss.

⁶ Vid. SSTS de 29 de octubre de 2013 y de 1 de julio de 2016.

1. El concurso como solución al estado de insolvencia de Pescanova

3. El concurso de acreedores es un procedimiento que tiene como objetivo prioritario la conservación de la empresa a través de un convenio (con las correspondientes quitas y/o esperas). Es la preferencia del legislador. Sin embargo, la forma de terminación en la práctica empresarial es la liquidación y, por tanto, la desaparición de la empresa. La insolvencia es un estado que se acredita a través de hechos concretos. El presupuesto objetivo del concurso es el estado de insolvencia, es decir, que la empresa no puede hacer frente a sus obligaciones exigibles de forma generalizada.

El concurso es voluntario si lo solicita la empresa, y como regla general -que puede ser alterada por el juez- se establece el régimen de la intervención, es decir, el consejo conserva las facultades de administración y gestión. Desde el primer momento el juez detectó graves irregularidades mercantiles en Pescanova y, aunque fue un concurso voluntario, estableció el régimen de la suspensión y, por tanto, el consejo perdió las citadas facultades que asume el administrador concursal, en este caso, otra auditora (Deloitte). Las razones que esgrime el Juzgado son: a) El consejo de administración no había formulado las cuentas anuales en el plazo establecido por la Ley de Sociedades de Capital (tres meses desde el cierre del ejercicio, es decir, 31 de marzo de 2013), b) No había presentado los estados financieros intermedios ante la CNMV, c) Se subsanaron errores -injustificados por la magnitud de los mismos- en la solicitud de concurso como, por ejemplo, una diferencia en el pasivo total de casi 88 millones de euros, d) El cargo del presidente del consejo había caducado (cinco años según los estatutos sociales) y, lo más grave, e) Se solicitó el concurso por mayoría de los consejeros y no por unanimidad cuando el estado de insolvencia es una realidad objetiva sin margen de interpretación contable (aunque sea legal porque los acuerdos del consejo se adoptan por mayoría). La unanimidad en Derecho Societario es siempre la excepción a la regla general que es la mayoría (por ejemplo, a) Se pueden establecer causas estatutarias de separación y exclusión por unanimidad de los socios y b) El socio tiene derecho a la cuota de liquidación en efectivo, salvo que decidan por unanimidad que sea de otra forma).

4. La responsabilidad del administrador societario y del auditor es amplia (concursal, penal, societaria y tributaria). No se debe confundir la responsabilidad penal con la concursal porque son distintas, aunque la terminología del legislador pueda dar lugar a equívocos, por ejemplo, con la utilización de los términos “concurso culpable”, “cómplice” como podría ser el auditor de cuentas⁷ y varias presunciones de la calificación concursal intrínsecamente unidas a la contabilidad; incluso hasta la reforma concursal que entró en vigor el 26 de septiembre de 2022 intervenía el Ministerio Fiscal. La Instrucción 1/2013 de la Fiscalía General del Estado establecía que el Ministerio Fiscal tenía autonomía respecto del criterio del administrador concursal; sin embargo, en la práctica se adhería a su calificación por la complejidad para un jurista a la hora de determinar las irregularidades contables relevantes que es la causa más frecuente en la calificación culpable. Se considera acertada esta decisión del legislador para que el Ministerio Fiscal pueda centrarse en su ejemplar defensa del Estado de Derecho en el ámbito penal⁸.

Entre las presunciones *iuris et de iure* (no cabe prueba en contrario) y *iuris tantum* (cabe prueba en contrario) por las que el concurso se califica como culpable se encuentran las irregularidades contables relevantes, doble contabilidad, no formular las cuentas anuales o que no se hayan sometido a la auditoría preceptiva. Entre las consecuencias concursales más relevantes se encuentran la inhabilitación como administrador de bienes ajenos de dos a quince años y la obligación de cubrir el déficit concursal con su propio patrimonio. Sin embargo, jueces de lo mercantil están abogando por la desaparición de esta institución porque consideran que no tiene efectos prácticos para los acreedores⁹. Los adminis-

⁷ Sobre el concepto de cómplice *vid.* SEBASTIÁN, R., *La calificación del concurso de los grupos*, Aranzadi, 2023, págs. 118 y ss.

⁸ Sobre las novedades en la reforma de la calificación concursal introducidas por la Ley *vid.* SALA, A. J., “La reforma de la calificación del concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. Extra 58, 2023, págs. 141 y ss. y MACHADO, J., “Reflexiones en torno a la reforma de la calificación concursal en la Ley 16/2022”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 8, 2022, págs. 33 y ss. Se considera un referente doctrinal previo a la reforma el libro de MARTÍNEZ, M., *La calificación del concurso de acreedores, una institución necesaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

⁹ *Vid.* MUÑOZ PAREDES, A., “El ¿futuro? de la sección de calificación”, *Diario la Ley*, núm. 9902, 29 de julio de 2021,

tradores societarios solicitan el concurso como personas físicas y no tienen activos con los que hacer frente a la cobertura del déficit concursal y, además, siguen siendo administradores de hecho a pesar de la inhabilitación (aunque, por ejemplo, el Código Penal otorga el mismo tratamiento y consecuencias al administrador de derecho y de hecho en los delitos societarios, arts. 290 y ss. CP).

2. El auditor de cuentas como contrapoder frente al consejo de administración y garante del sistema financiero

5. En el Auto de declaración del concurso se indica que las cuentas anuales no se habían auditado por BDO; además, se había solicitado la revocación del auditor. Es poco frecuente porque debe existir justa causa para la revocación (art. 264.3 LSC, RDGSJyFP 11.5.2023 y Consulta BOICAC 89/ Marzo 2012-2). El legislador ha querido blindar al auditor de las injerencias de los administradores societarios y garantizar el cumplimiento íntegro de la duración del contrato (nombramiento inicial por un período de tres a nueve años). Es una acertada opción legislativa porque el auditor actúa de “contrapoder” -verifica y dictamina- frente al poder del administrador societario¹⁰. La Ley de Sociedades de Capital establece mecanismos de control de los administradores a través de la junta general ordinaria (y, en su caso, de la extraordinaria) que se celebra dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio -30 de junio si coincide con el año natural- para tratar, al menos, la aprobación de las cuentas, la gestión de los administradores (se les puede cesar, aunque no conste en el orden del día) y decidir sobre la aplicación del resultado (reparto de dividendos/reservas). Además, la Ley de Sociedades de Capital concede derechos de control a la minoría del capital social -no de socios- frente a los socios mayoritarios y los administradores. El 5% del capital social en las sociedades anónimas o limitadas que no estén obligadas a auditar sus cuentas anuales puede solicitar la auditoría del último ejercicio al registrador mercantil del domicilio social (art. 265 LSC); la retribución al auditor corresponderá a la sociedad, no al 5% del capital social que lo ha solicitado (este derecho de la minoría es ejercitado con frecuencia en la práctica empresarial). Existe un derecho análogo en el artículo 40 del Código de Comercio por el que cualquier persona -petición fundada- con interés legítimo puede solicitar la auditoría de los últimos ejercicios (no se utiliza en la práctica porque la retribución al auditor corresponde al que lo haya solicitado, salvo que se detecte alguna irregularidad contable y que como reconocimiento al que lo solicitó se traslada la obligación del pago a la empresa). Además este mismo porcentaje en el caso de las sociedades limitadas puede examinar en la sede de la empresa los documentos relativos a las cuentas anuales (art. 272.3 LSC)¹¹.

3. Deloitte, administrador concursal de Pescanova

6. El juez de lo mercantil debe elegir un administrador concursal entre abogados, economistas, titulados mercantiles o auditores de cuentas con, al menos, cinco años de experiencia profesional y especialización en el ámbito concursal (Consulta BOICAC 59 / Septiembre 2004-1). Si es una persona jurídica debe estar formada, al menos, por un abogado y economista/auditor. Los jueces suelen optar por despachos con un claro perfil económico. El juez tiene libertad para escoger al administrador concursal, salvo en supuestos concretos como el que estamos analizado. El Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Reglamento de la Administración Concursal (4.10.2023) supone un profundo cambio de la administración concursal¹².

págs. 1 y ss. y PASTOR, E., “¿Para qué sirve la calificación en el concurso de acreedores?”, *Almacén del Derecho*, 29 de junio de 2020 (última consulta: 2 de mayo de 2024).

¹⁰ La persona que accede al poder en cualquier ámbito -económico, empresarial, político, etc.- siempre ha sentido un claro recelo frente al que controla su actuación. Se recomienda el libro de URÍA, F., *Julio César. El arte de la política*, Berenice, Madrid, 2023, que disecciona de forma magistral el perfil político de Julio César.

¹¹ Vid. JUSTE, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi, 1995.

¹² Vid. el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el citado Proyecto (30.11.2023).

En ese caso, el juez elige a un técnico de la CNMV o al que proponga la CNMV porque es una empresa cotizada (es lo más frecuente porque es inimaginable en la práctica que un técnico asuma estas funciones complejas). Si fuera una entidad financiera sería a propuesta del Fondo de Garantía de Depósitos del Banco de España, y si fuera una aseguradora a propuesta de la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía. Por tanto, el juez nombra a Deloitte a propuesta de la CNMV. Deloitte no se encontraba en ninguna de las causas de incompatibilidad y prohibición para ser nombrado administrador concursal de Pescanova. Cuando el administrador concursal cumpla con las funciones encomendadas debe presentar la rendición de cuentas ante el juez de lo mercantil, que aprobará o desaprobará las cuentas. Se considera que Deloitte cumplió con rigor sus funciones como administrador concursal (en el supuesto de desaprobación de cuentas el juez puede inhabilitar al administrador concursal para el ejercicio de sus funciones de seis meses a dos años).

II. La verdad como anhelo, la realidad como referencia

7. La búsqueda de “la verdad trina” -filosófica, jurídica y religiosa- constituye la constante por excelencia de la historia del pensamiento occidental¹³. Benedicto XVI afirma que “*La cultura de Europa nació del encuentro entre Jerusalén, Atenas y Roma; del encuentro entre la fe en el Dios de Israel, la razón filosófica de los griegos y el pensamiento jurídico de Roma. Este triple encuentro configura la íntima identidad de Europa*”¹⁴. Más aún, desde la perspectiva de quienes empeñan sus afanes en desvelar la urdimbre sobre la que se sustenta nuestro cosmos, dicha dinámica puede concebirse como la inquietud que nace de un deseo. No descubrimos nada nuevo al afirmar que tal *desiderátum* ha sido, desde siempre, la inspiración fundamental de la filosofía y, partiendo de esta disciplina primigenia, los demás campos del saber humano, como el Derecho, se han visto influidos por el anhelo de obtener un conocimiento auténtico de la realidad, cada uno desde su particular punto de vista y al servicio de un objetivo concreto. Eso sí, con independencia de la materia en la que se enfoque el estudio, todas las ramas de la ciencia comparten una misma finalidad: ofrecer al hombre un punto de referencia en el que depositar su confianza como ideal de vida.

Un análisis etimológico del término “verdad” redundaría en esta idea. Fácilmente podemos adivinar que proviene del latín *veritas*, vocablo que se conforma uniendo el adjetivo *verus* (verdadero) con el sufijo *-tas* (indicativo de cualidad). Pues bien, centrándonos en el primer componente, hallamos la raíz indoeuropea *uer-* (*wer-*), en la que se asocian tres conceptos: la verdad, el ser digno de confianza y la amabilidad¹⁵. La relación entre ser digno de confianza y la noción de verdad resulta evidente, toda vez que en lo auténtico se encomiendan las esperanzas. La amabilidad, por su parte, añade una nueva dimensión a este panorama: entendida como la cualidad que caracteriza a quien merece ser amado, en el contexto que ahora nos ocupa hace referencia a una forma de amistad¹⁶. La conexión entre amistad y confianza no necesita explicación, pues los amigos a quienes entregamos nuestro afecto también nos ofrecen esa profunda seguridad de la que nace la libertad más genuina. A nuestro juicio, es precisamente en esa forma de concebir la certeza donde la amistad se entronca con la verdad: como una convicción que rebasa el plano estrictamente racional para afectar también a la esfera de los sentimientos. No es de extrañar que se diese a los pensadores el nombre de filósofos: recurriendo otra vez a la etimología, quienes demostraban amor (*philos*) hacia la sabiduría (*sophia*) lograban la plenitud personal por el conocimiento.

¹³ Recomendamos el libro ZUBIRI, X., *El hombre y la verdad*, Alianza Editorial-Fundación Xavier Zubiri, Madrid, 2006.

¹⁴ Discurso en el Parlamento Federal de Alemania, *Reichstag*, 22 de septiembre de 2011.

¹⁵ POKORNY, J., *Uer-* (undécima entrada) en *Indogermanisches etymologisches Wörterbuch*, A. Francke Verlag, Berna, 1959, págs. 1165 y ss.

¹⁶ Nuevamente recurrimos a la etimología para adentrarnos en la estructura más íntima de un vocablo: amable proviene del latín *amabilis*, conformado léxicamente por la palabra *amare* (amar) y el sufijo *-ble* (indicativo de posibilidad) [en ese sentido, *vid.* DE CHILE (s.f). Amable. En *Diccionario etimológico*. Versión en línea disponible en: <<http://etimologias.dechile.net/?amable>> (última consulta: 2 de mayo de 2024)]. Tal exégesis es concordante con el alemán original del que extraemos la presente interpretación, ya que el vocablo utilizado para amabilidad es *Freundlichkeit*. En él aparece el término *Freund* (amigo), siendo la amabilidad la cualidad que por excelencia se deriva de quien nos demuestra afecto (pudiéndose traducir también como amigabilidad).

8. Dicho esto, cabría plantear una correlación aún más directa entre verdad y amabilidad, entendiendo que la verdad es digna de ser amada. Si a ello le añadimos que en todo sentimiento de amor palpita la vocación de obtener correspondencia, entonces llegamos a la conclusión de que la esencia de la verdad debe estar impregnada por los mismos atributos que caracterizan a la amistad. En caso contrario, si el sabio tuviese la convicción de que jamás va a atisbar “una chispa de amor” en el desempeño de su oficio, incurriría en el absurdo al mantener encendida la llama de la admiración hacia la verdad esquiva. Ahora bien, pese a los sinsabores de su solitario deambular por los callejones de la ciencia, el humanista jamás renuncia a esa esperanza que le es propia al enamorado, y mantiene alejada la frialdad que dimana de la mecánica costumbre.

Se nos revela entonces que tanto el amor como la búsqueda del conocimiento comparten una misma invitación o premisa: salir de nosotros mismos y, abandonando una predisposición por la auto-complacencia, buscar un punto de referencia externo a nuestras querencias. Mientras que en la amistad el imperativo consiste en pretender el bien del otro, en la investigación se debe recurrir al patrón de la realidad para enjuiciar lo acertado de nuestras razones. Al aceptar este llamamiento quedamos salvaguardados de los peligros de un solipsismo emocional e intelectual y, de igual forma que la amistad nos vincula con el corazón de nuestros semejantes, la realidad enlaza las conciencias disgregadas de los hombres.

1. La posibilidad de hallar la verdad en el Derecho

9. La creación de las universidades tiene su origen en la búsqueda de la verdad. Benedicto XVI afirma que “... *el verdadero e íntimo origen de la universidad está en el afán de conocimiento, que es propio del hombre. Quiere saber qué es todo lo que le rodea. Quiere la Verdad. En este sentido, se puede decir que el impulso del que nació la universidad occidental fue el cuestionamiento de Sócrates*”¹⁷. Por tanto, el jurista debe buscar la verdad real y no solo la verdad judicial en las Facultades de Derecho, porque en ocasiones no coinciden y genera injusticias.

Las reflexiones que acabamos de expresar en el primer apartado se sintetizan en tres ideas. En primer término, la afirmación de que toda rama del conocimiento tiene la vocación de descubrir la verdad, enfocándose cada disciplina en comprender una dimensión concreta de la realidad, ya sea en su plano estrictamente material o en lo que concierne a los hechos acontecidos en la esfera antropológica. La segunda consiste en la definición de verdad, que debe ser entendida como una concordancia entre las construcciones elaboradas por el pensamiento y la meritada realidad física o humana, y de ahí se colige que, por encima de las inclinaciones y apetencias individuales, la razón ha de aceptar las coordenadas que su entorno le impone para marcar su rumbo. No debemos confundir deseos con derechos ni derechos con obligaciones a cargo del Estado. Por último, como consecuencia de aceptar esa invitación a amoldar los pensamientos individuales a un acervo de naturaleza universal, descubrimos que la verdad sirve como nexo de unión entre las personas, ofreciéndoles un punto de encuentro para entablar diálogo y un valor de referencia para orientar sus actos.

Resulta innegable que lo jurídico no puede obviar estas premisas. El campo de actividad propio del Derecho consiste en disciplinar las relaciones interpersonales de manera que la vida en sociedad discurra pacíficamente. Sólo en este enunciado se expresan las tres ideas que acabamos de mencionar: de un lado, explícitamente hace referencia a la dimensión de la realidad sobre la que el jurista desarrolla su oficio, que siempre recaerá sobre el complejo mundo de las interacciones sociales; y del otro, aunque de un modo implícito, en él también subyace la verdad que orienta su rumbo y un componente unitivo que actúa como una argamasa entre las personas.

10. Comencemos hablando de la *faceta de la verdad propia del Derecho*. Si trasladamos esa búsqueda de coincidencia entre el pensamiento y la realidad al terreno de lo jurídico, entonces deberíamos concebirla como una correspondencia entre las pretensiones que surgen en el fuero interno de un

¹⁷ Discurso en la Universidad de la Sapienza, 17 de enero de 2008.

sujeto y las exigencias que le vienen impuestas por vivir en sociedad¹⁸. Si entendemos que es positivo que reine la concordia entre los hombres, indirectamente se afirma que el hecho social es digno de protección; y ello impone un punto de contraste inapelable a las entelequias que nacen de un voluntarismo omnímodo¹⁹. Por tanto, la concordancia entre voluntad y civismo implica la *aceptación moral* de unas normas de convivencia. Con ello queremos decir que no se trata de un mero ejercicio intelectual en el que se compara una opinión abstracta con la información proveniente del entorno para confirmar la autenticidad de una teoría igualmente inmaterial. Al contrario, se trata de una actuación que se proyecta en el orden práctico, pues sirve para encauzar el obrar humano libre y consciente para que las relaciones sociales sean virtuosas²⁰.

Los valores que deben guiar al jurista son el bien, la justicia y la verdad que, a su vez, están intrínsecamente unidos. Respecto al bien, como matiza Unamuno en el *Diario íntimo* “*No es lo mismo obrar el bien que ser bueno. No basta hacer el bien, hay que ser bueno. No basta tener hoy en tu activo más buenas obras que ayer, es preciso que seas hoy mejor que eras ayer*”. Siguiendo la doctrina clásica de Ulpiano, el Derecho consagra tres preceptos en ese sentido: “*vivir honestamente, no hacer daño al otro y dar a cada uno lo que es suyo*”²¹. En el *honestæ vivere* se plasma una concepción ética para la existencia, fundamentada en actuar rectamente y cumplir los deberes que imponen las normas. El *alterum non lædere* contiene la orden de no hacer el mal a los demás y, si esto llegase a suceder, el ordenamiento garantiza que el sistema jurídico reaccionará para restituir el equilibrio indebidamente quebrantado. Por último, el *summ cuique tribuere* hace referencia al ejercicio retributivo de la justicia, ya sea confirmando una prerrogativa, estipulando una obligación o imponiendo un castigo.

La realización de estos apotegmas conducen a la armonía social, lográndose crear así un espacio de convivencia y desarrollo para las personas. Este es precisamente el *nexo de unión* que nos brinda el Derecho. Asumir que el bien común debe ser pretendido y salvaguardado favorece no sólo el progreso de la humanidad en su conjunto, sino que también beneficia al ser humano individualmente considera-

¹⁸ Tal reflexión parte de dos premisas conocidas por la ciencia económica: de un lado, que los deseos individuales son potencialmente ilimitados (voluntad infinita); y del otro, que los recursos ofrecidos por el entorno natural y social son necesariamente limitados (principio de escasez). El *leitmotiv* de la teoría económica reside en reconocer esta contradicción y, sin perder nunca de vista las circunstancias que la realidad impone, realizar un ejercicio de eficiencia –consistente en producir y asignar recursos de manera que se intente colmar, en la medida de lo posible, las aspiraciones de cada persona sin causar un quebranto a otra–. Recurriendo a una formulación clásica, *vid.* SAMUELSON, P. A., y NORDHAUS, W.D., *Economía* (18ª ed.), McGraw-Hill, Madrid, 2006, pág. 4.

¹⁹ No podemos entrar a valorar con la profundidad que se merece –por las limitaciones propias de espacio– si la sociabilidad constituye un elemento connatural al ser humano o si, por el contrario, siguiendo la tesis del contrato social, debe concebirse como una pesada superestructura opuesta a la naturaleza del individuo, pero impuesta por la necesidad. Por ese motivo, nos limitamos a tomar en consideración un hecho objetivo que, por incontestable, no puede ser objeto de debate: la existencia de la dimensión social del ser humano.

Sin embargo, nos permitimos realizar un breve juicio sobre la consideración que nos merece esta cuestión en concordancia con la tesis que venimos exponiendo. Hasta ahora hemos enunciado dos constantes en la historia humana: una es la búsqueda de la verdad y el conocimiento (de la que hablábamos al principio del artículo); mientras que la otra es el hecho social, al que nos acabamos de referir. Pues bien, recordando la etimología de verdad, descubrimos que ambos elementos están estrechamente conectados, ya que en la verdad existe un componente de confianza que alude directamente a la sociabilidad. Por eso, quien se embarca en la aventura de encontrar la verdad, también se lanza en pos de buscar un punto de diálogo y encuentro con sus semejantes. Las diferentes teorías contractualistas, en tanto que toman como punto de partida el individualismo, se oponen radicalmente a este principio.

²⁰ En este punto nos parece oportuno recordar la clasificación aristotélica de las distintas ciencias. Dependiendo de cuál sea su finalidad, el estagirita distingue tres tipologías: en primer término, el conocimiento teórico (*theoria*), que versa sobre lo inmaterial y abstracto, pretendiendo conocer las esencias universales que contiene el ser de las cosas mismas; en segundo lugar, el conocimiento productivo (*poiesis*), que se encuentra al servicio de crear objetos físicos por medio de las distintas artes; y por último, el conocimiento práctico (*praxis*), referido a la actuación humana revestida de una dimensión moral y que despliega sus efectos tanto el terreno individual –la ética en sentido estricto– como en la esfera colectiva –la ordenación social–. No hace falta decir que el Derecho se inscribe dentro de esta última categoría de saberes, ya que persigue ofrecer unas pautas de conducta para alcanzar la virtud.

En ese sentido, *cf.* ARISTÓTELES, *Metafísica*, Gredos, Madrid, 1994, pág. 267 – URDÁNOZ, T., «Teoría y praxis en el pensamiento filosófico y en las nuevas teologías socio-políticas», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 211, 1977, págs. 172 y ss.

²¹ ORTOLAN, M., *Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano*, T. I., Librería de Don Leocadio López, Madrid, 1884, pág. 26.

do. Éste, al ofrecerle la debida confianza –que, como recordaremos, se hermanaba con la verdad– podrá ejercitar la libertad en un sentido más pleno y, apoyándose en su comunidad política, desplegar las potencias de su espíritu. Si las normas son justas y fieles a la verdad real hay auténtica libertad.

A modo de resumen, debemos constatar que la verdad en el Derecho no debe concebirse como un concepto estrictamente teórico, sino que también tiene una importante derivación de orden práctico: la articulación de la sociedad como un espacio en el que la persona, relacionándose confiadamente con sus semejantes pueda llegar a la plenitud. Cierto es que debe existir una correlación de índole puramente racional entre las construcciones del intelecto jurídico y la realidad. Ahora bien, dicha correspondencia sólo es un primer paso ya que, de manera inmediata y siguiendo un criterio de pura utilidad empírica, la verdad ha de revestirse de un componente positivo que alude directamente a una aspiración concreta: el deseo de lograr el bien común, como efecto primordial de la actuación de la justicia²². Sin embargo, la misericordia cristiana es un valor superior a la justicia. Siempre nos ha impresionado la misericordia infinita del obispo Myriel ante el robo de Jean Valjean para que no fuera condenado, otra vez, en *Los Miserables* de Víctor Hugo, obra magistral de la literatura universal.

2. El problema del Derecho en el encaje de los intereses particulares con la búsqueda del bien común

11. Como sabemos, la ciencia jurídica se divide en dos grandes ramas dependiendo de la tipología de relaciones interpersonales que vayan a ser objeto de regulación, diferenciándose entre Derecho Público y Derecho Privado.

Por un lado, el Derecho Público tiene por objeto aquellas interacciones sociales en las que, al menos, una de las partes implicadas desarrolla potestades públicas; definidas como aquellas atribuciones que provienen del ejercicio de la soberanía, se confieren a los órganos que componen los poderes del Estado para permitirles la imposición coactiva de conductas a sus administrados. Tal supremacía encuentra su justificación en la salvaguarda del interés general que, en cierto modo, puede asimilarse al concepto clásico de “bien común”. Por ello, habida cuenta que el objetivo del Derecho Público recae de un modo inmediato en la salvaguarda de una armonía colectiva, no supone ningún problema establecer una vinculación directa entre verdad y Derecho Público. El derecho de propiedad, base de cualquier sociedad democrática, está limitado por el bien común. El ejemplo más claro es la expropiación forzosa en caso de utilidad pública o interés social, con el correspondiente justiprecio, con respeto al derecho de reversión y siguiendo el procedimiento legal establecido (art. 33.3 CE y Ley de Expropiación Forzosa). En este contexto no podemos dejar de hacer una breve referencia a algunos preceptos de la Constitución, en los que se vincula la actuación de los poderes públicos a la consecución de los intereses generales. No es difícil tener presente el artículo 103.1, en el que expresamente se establece que la Administración Pública, sometiéndose plenamente a la ley y al Derecho, servirá con objetividad a los intereses generales. Este propósito, sin embargo, no es exclusivo del Poder Ejecutivo: desde el momento en que la Constitución arroga potestades al Poder Legislativo (art. 66.2) y al Poder Judicial (art. 117.3), entendemos que toda atribución de potestad debe estar encaminada al mismo fin. En ello redundan los artículos 9.2 y 53.1, que no diferencian a la Administración Pública como único obligado a promover los intereses públicos, hablándose de “poderes públicos” en un sentido amplio.

²² Toda virtud tiene una concomitancia práctica y una proyección *ad extra*, de modo que su ejercicio beneficia tanto a su autor como a la sociedad que la rodea. En caso contrario, si la virtud permaneciese enclaustrada en el plano de las ideas, quedaría desnaturalizada por no poder dar fruto. La justicia, por supuesto, no puede ser una excepción a esta regla. Ello se plasma en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, consistente en dos elementos: juzgar –la operación racional de subsumir la realidad en la norma y observar cuál sería su consecuencia jurídica– y hacer ejecutar lo juzgado –trasladar esa operación racional a la realidad–.

Trasladando esta cuestión al plano teológico, la Epístola del Apóstol Santiago ofrece una clara analogía en lo que respecta a la fe. Se afirma que esta virtud, entendida como la creencia racional en Dios y en sus mandatos, está muerta si no se ve acompañada por un segundo componente: las obras [EBAF (trad., 1999), *Op. cit.*, St. 2, 14 y ss.]. Éstas evidencian la verdadera existencia de la fe, pues estaría dando frutos en la vida del creyente. En ese sentido, para una exégesis más exhaustiva de este pasaje, *vid.* HADJADI, F., *La fe de los demonios*, Nuevo Inicio, Granada, 2010, págs. 67 y ss.

12. Por otra parte, el *Derecho Privado* regula aquellas relaciones que tienen lugar entre particulares –ya sean personas físicas o jurídicas–, quienes pretenden maximizar sus intereses particulares. Esta intencionalidad subjetiva difiere radicalmente del principio de actuación de los poderes públicos, ahondándose aún más en este contraste cuando se trata del Derecho Mercantil. No en balde, una de las características distintivas de esta disciplina es la existencia del ánimo de lucro, pues el empresario a cuyo alrededor orbita esta materia va a querer aumentar su patrimonio mediante la explotación de su negocio²³. Un análisis epitelial podría llegar a concluir que esta operativa sigue una lógica egoísta, donde el componente unitivo que emana de la verdad es, en el mejor de los casos, estrictamente instrumental –pues los vínculos jurídicos se subordinan a un afán que, en última instancia, cabría definir como individualista–.

Traduciendo este problema a lo filosófico, habría que preguntarse si el objeto de la voluntad –que, en este caso, es la obtención de un beneficio económico– es un bien verdadero o, por el contrario, si se trata de un bien aparente²⁴. La terminología de “verdadero” y “aparente” hace alusión inmediata a dos conceptos arquetípicos en la historia del pensamiento occidental: la *episteme* (conocimiento inteligible o ciencia) y la *doxa* (conocimiento sensible u opinión).

Fue Parménides en su poema *Sobre la naturaleza* el primero que enunció la teoría de que existen estos dos caminos para el conocimiento. La imagen del erudito que emprende una epopeya de tintes místicos para conocer la verdad, dejándose conducir en solemne procesión por un camino sagrado hasta llegar a las puertas del saber, perfectamente nos puede representar a todos aquellos que arrancamos idéntico viaje. Ahora bien, si seguimos leyendo las estrofas sucesivas, nos encontraremos con una nueva sorpresa: la diosa a la que pertenece la senda de la verdad y que guarda las llaves que abren las puertas del conocimiento no es otra que Diké, la personificación de la justicia para el mundo de los hombres. Otra vez más, esta vez en la cosmovisión griega, la verdad y el Derecho –pues la justicia es su fin por excelencia– se acuñan como dos caras de una misma moneda.

13. Desde esta perspectiva, apoyándonos en el binomio de verdad y Derecho, sería fácil argumentar que cada ápice de la ciencia jurídica está automáticamente imbuido de *episteme*. Ello no sería una excepción para el Derecho Mercantil que, como conocimiento reglado y orientado hacia una dimensión de la justicia, trascendería por sí mismo el reino de la apariencia para catalogarse como auténtica verdad. Ahora bien, a la luz de lo anteriormente expuesto y considerando que el concepto de verdad en el Derecho ha de pretender un bien no sólo individual sino también colectivo, debemos ahondar en nuestra reflexión y observar si la ciencia jurídica enfocada al ejercicio del comercio también cumpliría este requisito.

En primer lugar, debemos rehuir de la falsa dicotomía que emerge al comparar las finalidades inmediatas del Derecho Público (el interés general) y el Derecho Privado (el interés particular). Esta visión maniquea no sólo establece dos órdenes aparentemente enfrentados, sino que contiene una crítica implícita: lo colectivo, con el Estado como máxima expresión, es digno de reconocimiento; mientras que lo individual, encarnado en la persona, resulta marginal y no debe ser tenido en consideración²⁵. Enmendamos esta idea recordando que la ciencia jurídica actúa siempre que exista una relación interpersonal en la que puedan verse afectadas dos o más personas. Si entendemos que no hay una contienda entre lo público y privado, sino una yuxtaposición que aspira ser armónica, deducimos que, junto al colectivo absoluto que se aglutina en la sociedad, también son merecedores de respeto y tutela los colectivos intermedios de mayor o menor tamaño que trabajen en beneficio de la prosperidad. No hay un dilema “interés general vs. interés particular” porque son intereses que se complementan.

La necesaria interpersonalidad del Derecho nos sugiere una segunda reflexión. Cuando antes valorábamos que el Derecho Privado versa sobre intereses particulares que desean ser maximizados

²³ Recordemos que el lucro constituye el rasgo genético que determina la mercantilidad de una sociedad, diferenciándola de las sociedades civiles (art. 116 C.Com.).

²⁴ En nuestras consideraciones nuevamente resuena el eco de la teoría del bien de ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1985, pág. 190.

²⁵ En términos similares se expresaba la teoría de HEGEL, quien abogaba por la supremacía del Estado por encima del individuo *vid* HEGEL, G.W.F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 110. No hace falta decir que tales pensamientos no están exentos de peligro, pues constituyen los cimientos ideológicos de Estados y regímenes totalitarios como el comunismo y nazismo durante el siglo XX.

por sus titulares partíamos de una apreciación exclusivamente subjetiva de la fenomenología jurídico-económica. Ello nos permite constatar una paradoja: el individuo, que es un ser necesariamente limitado, puede albergar una propensión al deseo potencialmente ilimitada. La maximización se convierte entonces en una suerte de carrera o huida hacia el infinito, únicamente posible en un plano estrictamente volitivo y teórico. Eso sí, cuando se traslada el deseo a la realidad, las aspiraciones excesivas se ven frenadas por las imposiciones del entorno natural y social, donde entran en juego las pretensiones de las demás personas. Al ampliar el enfoque y añadir dichos componentes descubrimos que lo que el individuo percibe como una maximización es, en realidad, un continuo ejercicio de optimización que redundará en beneficio de todo el colectivo.

El ánimo de lucro empresarial encaja perfectamente dentro de este esquema. Pensemos que todo operador jurídico que acude al mercado para obtener una ganancia patrimonial deberá ofrecer a cambio unos bienes y servicios que sean de utilidad para los consumidores u otros empresarios. O, para ser más precisos, atendiendo a un sutil indicio que nos ofrece el lenguaje, habría que entenderlo en sentido contrario: cuando el comerciante ofrece bienes y servicios beneficiosos para la sociedad –que es su *prestación*–, obtiene su correlativa remuneración –a la que llamamos *contraprestación*–. Desde este punto de vista, comprendiendo que el beneficio particular del empresario trae causa de un aprovechamiento colectivo de su actividad, entonces el ánimo de lucro sería un elemento accidental o, para ser más precisos, una apreciación puramente subjetiva de una realidad más amplia: la consecución del bien común por parte de la comunidad en la que el propio empresario se integra. Formulándolo de otro modo, el beneficio que advierte el empresario por ejercer su actividad es la proyección concreta del bien común en su persona; y el mismo bien común se expresará en los demás individuos con los que éste se relacione en la obtención de algún bien o servicio determinado.

14. En definitiva, de lo anterior se deduce que el comercio constituye una expresión particular de la búsqueda del bien común en el plano material. Por consiguiente, si éste es su objetivo, entonces el Derecho Mercantil debe concebirse como un instrumento que procura salvaguardar esa verdad de orden práctico, pues disciplina una actuación privada concreta –consistente en las operaciones del empresario en el tráfico jurídico– para que no se desnaturalicen sus fines.

En este orden de cosas, recordando el significado etimológico de verdad al que hacíamos alusión, observamos como la amabilidad y la confianza adquieren un significado preciso bajo el prisma mercantil. La amabilidad no hace sino redundar en ese paradigma de la *vocación de servicio* de los operadores económicos para satisfacer las necesidades humanas, dotando al giro empresarial de una dimensión ética y teleológica. En cuanto a la confianza, resulta evidente su analogía con una idea fundamental para todo profesional del Derecho: la *seguridad jurídica*. Frente a la parálisis que nace de la incertidumbre, al permitir que todos los participantes en el giro comercial puedan prever cuáles serán las consecuencias positivas o negativas de sus acciones u omisiones, con este principio se dota al mercado de la estabilidad necesaria para que pueda cumplir su función de promover el progreso económico y social.

3. La contabilidad como expresión concreta de la verdad empresarial

15. Con un somero análisis del ordenamiento jurídico podemos observar que, en cada uno de los apartados que lo integran, subyace un mismo ánimo de servicio al bien común como expresión de la verdad práctica a la que sirve el Derecho. Desde el estatuto jurídico del empresario hasta las instituciones reguladoras de la insolvencia, pasando por la disciplina de las sociedades mercantiles, la normativa sobre competencia o la salvaguarda de consumidores y usuarios, el denominador común a todas estas subdivisiones reside en ofrecer una respuesta a una necesidad: que las relaciones comerciales se desarrollen en un clima de confianza y seguridad.

El ámbito donde este deseo se expresa de un modo más claro es, posiblemente, en la regulación de la contabilidad. A caballo entre el Derecho y la Economía, el propósito de esta disciplina radica en establecer un sistema de registros que permita tratar adecuadamente la información relativa al patrimo-

nio de una empresa o de cualquier otra organización²⁶. El artículo 25 del Código de Comercio establece que una de las obligaciones básicas de todos los empresarios consiste en llevar de forma ordenada su contabilidad, persiguiéndose con ello un doble propósito: de un lado, *ad intra*, facilitar a su titular una correcta llevanza del negocio (esto es, la “contabilidad de gestión”); y del otro, *ad extra*, exhibir ante el resto del universo jurídico cuáles han sido los resultados de dicha actividad (lo que denominamos “contabilidad financiera”)²⁷. Esta faceta extrínseca concretamente se plasma en las *cuentas anuales*, consistentes en aquellos documentos donde se reflejan los beneficios o pérdidas que haya ocasionado la actividad empresarial²⁸. El artículo 34.2 del Código de Comercio establece la obligación de que se redacten con la debida claridad y mostrando la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, siguiendo a tal efecto los cánones establecidos por las disposiciones legales pertinentes.

16. En ese sentido nos interesa fijarnos en el Plan General de Contabilidad, en particular en el punto relativo a los requisitos que debe reunir la información a incluir en las cuentas anuales: la relevancia y la fiabilidad²⁹. De un lado, la *relevancia* se predica de aquellos datos que sean útiles para tomar decisiones económicas –ya sea para evaluar sucesos, corregir otras valoraciones o, lo más importante, para mostrar los riesgos a los que se enfrenta la empresa–. Por el otro, la *fiabilidad* hace referencia a la ausencia de errores materiales y a la neutralidad, permitiendo que los usuarios confíen en los registros contables como la representación de esa imagen fiel del patrimonio empresarial. Solo si las cuentas anuales son veraces habrá confianza en el mercado para el correcto desarrollo empresarial. En no pocas ocasiones se utiliza la metáfora de que las cuentas anuales deben funcionar como una suerte de *photo finish* del ejercicio social, evidenciando cuál era la situación de la sociedad en un momento dado. El sentido de que toda fotografía tiene la vocación de mostrar la realidad sin ningún tipo de aderezo o sesgo se muestra en el japonés: *shashin*, el vocablo usado para fotografía, se compone por los ideogramas: 写 (*sha*), que significa «describir»; y 真 (*shin*), expresivo del concepto de «verdad».

El Instituto de Contabilidad de Auditoría de Cuentas (ICAC), organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía, recuerda “...que el ámbito de competencias legalmente atribuido a este Instituto se refieren, en síntesis, a la supervisión de la actividad de auditoría de cuentas, a la *normalización contable de las empresas y a la aplicación del régimen sancionador aplicable a las sociedades incumplidoras de la obligación de depositar sus cuentas anuales en el correspondiente Registro Mercantil...*” (Consulta BOICAC 121/Marzo 2020-1). La Ley de Auditoría de Cuentas establece que corresponde al ICAC la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones muy graves, graves y leves (arts. 71 y ss.). Las sanciones más relevantes son la retirada/suspensión de la autorización/ y baja definitiva/temporal del Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC) y multas (las infracciones y las sanciones también prescriben). El auditor debe ser independiente en el desarrollo de su actividad profesional (arts. 14 y ss. LAC). La independencia e imparcialidad son también la base del correcto funcionamiento de la Administración Pública, Poder Judicial y Tribunal Constitucional (arts. 103.3, 117.1 y 159.5 CE).

Esta articulación normativa de la contabilidad gira en torno a dos de las ideas que hemos venido expresando. De una parte, la fiabilidad está íntimamente conectada con la noción de que la verdad debe entenderse como una correlación entre la realidad material, que en este caso sería el estado económico-financiero de una empresa, y la comprensión que la razón hace de la misma para plasmarlo en un registro. De esta forma, cuando más precisa y sincera sea esta operación, en mayor medida podremos afirmar que la información se ajusta al deseo de seguridad jurídica por el que debe regirse el Derecho Administrativo y Mercantil. Por último, refiriéndonos a la relevancia, es innegable el marcado carácter práctico que se ha querido imprimir al fenómeno contable. No se trata de verter información que, aunque auténtica, sea inoperante; sino datos destinados a las concretas finalidades para permitir una correcta gestión empresarial

²⁶ LEFEBVRE, F. (coord.), *Memento práctico contable*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2020, págs. 12 y ss.

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ Documentos que, conformando una unidad, comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria (art. 34.1 C.Com.).

²⁹ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, Primera parte, punto 2º.

—detectando las oportunidades, los riesgos, las fortalezas y las debilidades de un negocio— y reforzar la confianza de los demás agentes comerciales mediante la publicidad —lo que, en última instancia, acabará redundando en un aumento de la actividad económica y una mejor circulación de la riqueza—.

III. Aproximación a la sostenibilidad y a la información a ella referida

1. La sostenibilidad como el nuevo axioma para el crecimiento económico de la Unión Europea

17. No descubrimos nada nuevo al afirmar que, en estos momentos, nos hallamos inmersos en uno de los desafíos más importantes jamás acometidos por la Unión Europea. Este reto, que ha sido definido como el propósito que va a caracterizar a nuestra generación, no es otro que lograr una transformación económica y social que consiga encaminar nuestro modelo productivo por la senda del respeto hacia el medio ambiente.

18. La voluntad de las autoridades europeas en este sentido aparece plasmada y sintetizada en la Comunicación de la Comisión Europea que lleva por título “El Pacto Verde Europeo”³⁰. En este texto primordial se establecieron los objetivos programáticos de la transición ecológica, consistentes en seis grandes aspiraciones: primero, lograr que la sociedad sea equitativa y próspera; segundo, modernizar la economía y los procesos productivos, de modo que sea eficiente a la hora de utilizar los recursos y competitiva en el contexto de un mercado global; tercero, garantizar la ausencia de emisiones netas de gases de efecto invernadero para el año 2050; cuarto, conseguir que el crecimiento económico se desvincule de un correlativo —y, en consecuencia, creciente— uso de los recursos naturales; quinto, preservar y regenerar el capital natural existente en los ecosistemas europeos; y, por último, salvaguardar la salud y el bienestar de las personas ante los peligros o los posibles efectos adversos que provengan de la esfera medioambiental.

A fecha de hoy, cuando aún no han transcurrido cinco años desde que se fijaron estas metas, podemos constatar que el referido *Pacto Verde* ha supuesto un incuestionable punto de inflexión en la evolución del ordenamiento europeo³¹. Sin lugar a dudas, la *sostenibilidad* se ha erigido como la palabra clave en la que se compendia y expresa el actual espíritu del Derecho europeo³². Ello ha traído como consecuencia que resulta imprescindible tomar en consideración la protección del medio ambiente y las cuestiones de índole social en toda ecuación de cálculo económico. No en balde, una parte sustancial de las actividades productivas consiste, precisamente, en una interacción más o menos intensa del ser humano con su entorno, que es el sustrato último en el que se fundamenta su existencia. Reconocer esta

³⁰ Comisión Europea (COM(2019) 640). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo, de 11 de diciembre de 2019. Recurso en línea, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF> (última consulta: 2 de mayo de 2024).

³¹ En este orden de cosas, entre sus implicaciones más conocidas podemos citar el paquete legislativo “Objetivo 55”, con el cual esas pretensiones políticas se proyectan en un objetivo concreto, jurídicamente vinculante y, además, ejecutable en un lapso temporal relativamente breve: reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero en la Unión Europea en, por lo menos, un 55% para el año 2030 —tomando como base los valores de 1990—. A mayor abundamiento sobre la cronología de las medidas tomadas en este sentido, *vid.* Consejo Europeo. Pacto Verde Europeo. Recurso en línea, disponible en: <<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/>> (última consulta: 2 de mayo de 2024).

³² Cabe señalar que la actual comprensión de la sostenibilidad como principal fuerza directriz de la actuación legislativa encuentra su origen en los trabajos de la Organización de las Naciones Unidas que, en aras de establecer un nuevo marco global para el desarrollo, acabaron dando a luz a la denominada “Agenda 2030”. Las autoridades europeas vincularon sus actuaciones a los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS) que fueron fijados en este texto y que contemplaban la sostenibilidad desde una triple faceta: ambiental, económica y social. En ese sentido, *vid.* Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/70/1). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 21 de octubre de 2015; Comisión Europea (COM(2016) 739). Próximas etapas para un futuro europeo sostenible: Acción europea para la sostenibilidad, de 22 de noviembre de 2016. Recurso en línea, disponible en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0739>> (última consulta: 2 de mayo de 2024); Consejo Europeo (9459/17). The new european consensus on development: “our world, our dignity, our future”, de 19 de mayo de 2017. Recurso en línea, disponible en: <<https://www.consilium.europa.eu/media/24011/european-consensus-for-development-st09459en17.pdf>> (última consulta: 2 de mayo de 2024).

realidad y obrar en consecuencia es el único medio de garantizar la pervivencia a largo plazo tanto de nuestro mundo como de nuestra propia especie.

La economía y la ecología se reencuentran así como las dos caras indisociables de una misma realidad. La íntima relación entre estos conceptos, casi cacofónicos, se halla implícita en la etimología que une a ambos vocablos en lengua griega. Partiendo de la base que los dos comparten la palabra *oikos* (οἶκος), que se traduce como “casa” u “hogar”, su significado varía dependiendo del término que se le agregue: de un lado, con *nomos* (νόμος), que significa “norma” o “ley”, se hace referencia al conjunto de normas que rigen la administración del hogar para garantizar su correcto funcionamiento, a fin de que la persona logre satisfacer sus necesidades materiales; del otro, con *logia* (λογία), se alude al “estudio ordenado de una materia”, consistente en este caso en las interacciones de los seres vivos con el hábitat en el que moran³³. Pues bien, no cabe duda que, para que las normas sean adecuadas al fin por ellas perseguido, éstas deben partir de una correcta comprensión de la realidad en la que se inscriben. Si la satisfacción de las necesidades materiales constituye un aspecto puramente inmediato en la relación del hombre con su entorno, entonces la comprensión de este rincón del cosmos al que llamamos Tierra nos otorga un sentido trascendente que enfoca nuestra mirada hacia el futuro.

En eso, a nuestro juicio, debe consistir la sostenibilidad: en imbricar nuestras necesidades, virtualmente infinitas, en la realidad de un mundo cuyos recursos, aunque cuantiosos, en última instancia son limitados.

2. Importancia de la información sobre sostenibilidad y necesidad de comprobarla

19. Partiendo de las premisas anteriormente expresadas, la divulgación de la información relativa a la sostenibilidad por parte del sector empresarial representa una pieza imprescindible en el mecanismo de salvaguarda de los intereses sociales y medioambientales. La razón estriba en que, desde el momento que se publicitan tales datos, se generan dos efectos positivos: de un lado, se pone de relieve la importancia de la sostenibilidad como un aspecto integrante más en la correcta llevanza de un negocio; y del otro, permite que los diferentes operadores jurídico-económicos que participan en el mercado estén informados de un modo conveniente y adecuado acerca del grado de cuál es el grado de observancia de los agentes empresariales hacia estos valores.

Las propias empresas serían las agraciadas más inmediatas. Aparte de elevar su reputación, la elaboración y exhibición de información sobre sostenibilidad tendría dos efectos especialmente relevantes: *ad intra*, constituiría una herramienta útil para determinar cuáles son los riesgos a los que se expone en sus operaciones comerciales, de cara a gestionarlos del modo más eficiente posible; y *ad extra*, facilitaría su interrelación con otros participantes en el mercado, en la medida que se revelaría como una entidad digna de confianza. Todo ello sin contar que, habida cuenta del aumento progresivo de productos de inversión que aprecian la adecuación de las actividades a unos objetivos de sostenibilidad, se allanaría el acceso a la financiación.

Otros beneficiados serían aquellas personas que traten directamente con las empresas y puedan hacer uso de esta información en su proceso de toma de decisiones. En este ámbito entrarían los inversores, quienes podrían hacer uso de sus ahorros en proyectos que tomen en consideración los efectos a largo plazo, los clientes y proveedores, que serían capaces de valorar cuáles son las repercusiones de una asociación comercial con otra empresa, así como los trabajadores y sus representantes, facilitándose que el diálogo social esté regido por la honestidad y pueda fructificar en acuerdos beneficiosos tanto para el empleado como para el empresario. Finalmente, tampoco podemos olvidar que, de forma general, también se favorecería a la sociedad civil en todo su conjunto. Disfrutaría así de un sistema económico mucho más estable, con una menor exposición al riesgo y resiliente frente a situaciones de crisis, y las políticas públicas estarían convenientemente ajustadas para propiciar un crecimiento consolidado y duradero.

³³ “Economía”. Diccionario etimológico DE CHILE. Recurso en línea, disponible en <<https://etimologias.dechile.net/?economy>> (última consulta: 2 de mayo de 2024); y “Ecología”. Diccionario etimológico de Chile. Recurso en línea, disponible en <<https://etimologias.dechile.net/?ecology>> (última consulta: 2 de mayo de 2024).

20. La actividad legislativa de la Unión Europea durante los últimos años ha articulado de un modo concreto la obligación de presentar información sobre sostenibilidad. En aras a la mayor brevedad expositiva, el actual marco normativo ha fijado el deber de divulgar una serie de datos acerca de tres grandes grupos de factores: medioambientales, sociales y de derechos humanos, así como de gobernanza³⁴.

Primero, los *factores medioambientales* orbitan en torno a preocupaciones propias del terreno ecológico, dentro de las que se incluyen los aspectos relativos a mitigar el cambio climático —en especial en lo que concierne a limitar la emisión de gases de efecto invernadero—, la adaptación de los procesos productivos a la situación del cambio climático, a cómo se utilizan los recursos y se emplean técnicas de economía circular, a las medidas para reducir la contaminación y, por último, a la protección de la biodiversidad y los ecosistemas.

Segundo, los *factores sociales y de derechos humanos* se relacionan con las políticas de igualdad, las condiciones de trabajo y el respeto de los derechos fundamentales.

Finalmente, los *factores de gobernanza* hacen referencia al modo en que deben organizarse los órganos de administración y supervisión para llevar a término adecuadamente sus funciones, a las características que deben reunir los sistemas internos de control y gestión de riesgos, a la ética empresarial en todo lo que se relaciona con la lucha contra la corrupción y el soborno, así como el bienestar animal.

21. Pues bien, tan importante como la presentación de esta información es comprobar su veracidad. Si la tarea del buen jurista consiste en servir a la verdad y hacer de nuestra realidad un entorno propicio para las relaciones humanas, entonces la auditoría ocupa un lugar central dentro de esta lógica.

IV. Modificación de la Directiva relativa a la auditoría de cuentas para incorporar la verificación de información sobre sostenibilidad

22. A fin de comprender cómo se llevará a término la verificación de información sobre sostenibilidad en el ámbito europeo, debemos focalizar nuestro análisis en la Directiva 2022/2464³⁵. En particular, nos centraremos en el artículo 3 de este texto, que tiene como finalidad modificar la norma que establece el marco legal de la auditoría en la Unión Europea: la Directiva 2006/43/CE³⁶.

Se amplía el objeto de la referida Directiva 2022/2464, que pasa a abarcar no sólo la mera auditoría de cuentas anuales, sino también la verificación de la información presentada por las compañías a propósito de la sostenibilidad. A los efectos que nos son más relevantes, ello se articula en dos vertientes distintas: primero, todo lo relativo a la formación y autorización de los auditores; y segundo, el modo en que debe realizarse la tarea.

1. Formación y autorización del auditor para valorar la información sobre sostenibilidad

23. Como es conocido por todos, *ex* artículo 3.1 de la Directiva 2022/2464, el desempeño de la profesión de auditor —ya sea por persona física o por una sociedad de auditoría— está supeditada a la obtención de la oportuna autorización por parte de las autoridades competentes en cada Estado miembro³⁷.

³⁴ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, art. 29ter.

³⁵ Directiva 2022/2464 (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (DOUE L 322, de 16 de diciembre de 2022).

³⁶ Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo (DOUE L 157, de 9 de junio de 2006).

³⁷ Tarea que, en el caso de España, como ya hemos indicado, recae en el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC). Concretamente, se exige la oportuna inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas para realizar la actividad de auditoría (*ex* Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE núm. 173, de 21 de julio de 2015), art. 8.1).

A tal efecto, con carácter previo, deben cumplirse una serie de requisitos relativos tanto a la buena reputación como a disponer de la suficiente formación para llevar a término su cometido de forma solvente. No es de extrañar entonces que la verificación de información sobre sostenibilidad, habida cuenta de su naturaleza eminentemente técnica, exija unos requerimientos análogos a los demandados para examinar los estados contables.

A fin de que una persona física esté autorizada para realizar una auditoría legal en materia de sostenibilidad, está obligado a cumplir tres requisitos específicos:

- Primero, en cuanto al *examen de competencia profesional* (art. 7.2 de la Directiva 2022/2464), se establece que deberá garantizar dos aspectos: de un lado, que el aspirante ha interiorizado el oportuno nivel de conocimientos teóricos en materia de sostenibilidad; y, del otro, que dispone de la capacidad suficiente de aplicar tales conocimientos.
- Segundo, a propósito de la *prueba de conocimientos teóricos* (art. 8.3 de la Directiva 2022/2464), su contenido habrá de tomar en consideración tanto la vertiente jurídica –esto es, haber aprendido cuáles son los requisitos jurídicos y normas aplicables para preparar la información sobre sostenibilidad y, además, para proceder a su verificación– como el plano económico –consistiendo en saber llevar a término un análisis sobre sostenibilidad y estar familiarizado con los procedimientos de *due diligence*–.
- Y tercero, en lo que respecta a la *formación práctica* (art. 10.1 de la Directiva 2022/2464), se establece un periodo mínimo de 8 meses de preparación en materia de sostenibilidad o servicios relacionados con ésta.

24. Una vez obtenida la cualificación oportuna, la autorización para ejercer como auditores se materializa en el registro público pertinente –tanto para personas físicas como para sociedades de auditoría–. Fácilmente podemos deducir que, en orden a publicitar cuáles son las aptitudes concretas de los inscritos en tal registro, deberá constar si también están autorizados para verificar información sobre sostenibilidad (*ex arts. 16 y 17 de la Directiva 2022/2464*).

25. El legislador europeo ha previsto que, con carácter general, las sociedades deberán llevar a término la verificación de información sobre sostenibilidad en los ejercicios que tengan su inicio a partir del 1 de enero de 2026. Consecuentemente, hasta ese momento los auditores no estarán obligados a tener competencias profesionales en materia de sostenibilidad –si bien podrían llevar a término los trámites necesarios para adquirir tales conocimientos– (art. 14*bis* de la Directiva 2022/2464).

2. Ejecución de la verificación sobre sostenibilidad por parte del auditor

26. La actividad de auditoría se fundamenta sobre los dos pilares esenciales que aparecen recogidos en los artículos 21 a 24 de la Directiva 2022/2464. De una parte, se exige que los profesionales en todo momento estén sometidos a unos *principios de ética profesional*, los cuales giran en torno a la idea de que los auditores desarrollan una tarea de interés público –toda vez que su trabajo trasciende a la entidad que los ha contratado y, como señalamos, sirve como mecanismo de salvaguarda para el conjunto del mercado y la sociedad–. Ello implica que no pueda albergarse duda alguna acerca de su integridad y objetividad a la hora de conducir un proceso de evaluación, requiriéndose además que lo lleven a término con la debida diligencia y disponiendo de aptitudes suficientes para acometer sus funciones. Por otro lado, deben mantener el oportuno *escepticismo profesional* en la realización de sus funciones, el cual se define como aquella disposición tendente a escrutar los datos sin dejar de estar vigilante frente a las eventuales incorrecciones que, debido a un error o a una intención fraudulenta, se hubiesen podido incorporar.

No hace falta señalar que este marco general de verificación para los estados financieros es igualmente obligatorio y aplicable, *mutatis mutandis*, a todo lo concerniente a la verificación en materia de sostenibilidad (*ex art. 25ter* de la Directiva 2022/2464).

Lo mismo puede decirse a propósito de otras cuestiones contempladas por la misma norma. A título ejemplificativo, en caso de que la verificación se efectuase por una sociedad de auditoría, el artículo 24^{ter} dispone que será obligatorio que dicha sociedad designe a una persona física que se responsabilice de realizar las oportunas comprobaciones en su nombre; y, a fin de que la evaluación se desarrolle correctamente, se dispone que la sociedad de auditoría facilitará a dicha persona tanto los recursos como el personal suficiente. Pues bien, tal *modus operandi* es idéntico para la auditoría de estados contables –en la que se nombra a un “principal socio auditor”– y para la auditoría sobre sostenibilidad –en la que se designa a un “principal socio de sostenibilidad”–³⁸. Parece clara, en definitiva, la intención del legislador europeo de igualar el examen de ambas vertientes de datos.

27. En cuanto a las normas que deberán aplicar los auditores para desarrollar sus conclusiones en la verificación de información sobre sostenibilidad, el artículo 26^{bis} de la Directiva 2022/2464 confiere a la Comisión Europea la competencia para elaborarlas a través de los oportunos actos delegados. En ese sentido, se ha previsto un enfoque gradual y progresivo: primero, para el 1 de octubre de 2026, se deberán haber dispuesto normas de verificación limitadas; y después, para el 1 de octubre de 2028, se tendrán que haber establecido normas de verificación razonable. Cada uno de estos sistemas se define del siguiente modo:

De un lado, cuando el auditor sigue unas *normas de verificación limitada*, se limita a indicar que no ha detectado ningún aspecto que le permita concluir que existen incorrecciones significativas –y, por ello, se suelen formular de manera negativa, tras haber realizado un mero contraste entre la realidad material y lo señalado en los documentos–.

Del otro, la pretensión de las *normas de verificación razonable* implica que el auditor emita un dictamen con arreglo a criterios que habrán sido definidos con anterioridad –y, por ese motivo, habitualmente se expresan de modo positivo–. Esto exige la realización de un procedimiento de verificación exhaustivo en el que se toman en consideración los controles internos de la sociedad auditada y cuestiones de fondo –lo que, en última instancia, exige un mayor volumen de trabajo y comprobaciones–³⁹.

Al configurar que los objetivos sean cada vez más ambiciosos según avance el tiempo, el legislador europeo pretende lograr dos objetivos: permitir que el mercado de la verificación se desarrolle de forma paulatina y escalonar el aumento de costes⁴⁰. Tal proceder, a nuestro juicio, nos parece el más oportuno para introducir una novedad que está llamada a transformar la actividad de auditoría.

28. Sea como fuere, los resultados de la auditoría en materia de sostenibilidad se plasmarán en el informe descrito en el artículo 28^{bis} de la Directiva 2022/2464. Sus requisitos generales serán los siguientes: (a) se presentará por escrito, (b) se indicará cuál es la entidad examinada y qué información ha sido objeto de comprobación –señalándose el periodo que abarca y el marco de presentación que le es aplicable–, (c) se describirá cuál es el alcance de la verificación –esto es, si se han seguido las normas de verificación limitada o razonable que acabamos de detallar–, (d) incluirá el dictamen del auditor y (e) estará firmado y fechado por el auditor.

V. Conclusiones

29. Todas nuestras reflexiones anteriores se resumen en la idea de que el Derecho Administrativo y Mercantil, al igual que toda rama del conocimiento, aspiran a encontrar la verdad en una dimen-

³⁸ Recorriendo el articulado de la referida Directiva 2022/2464, puede decirse lo mismo de los criterios aplicables para determinar los honorarios de auditoría (art. 25), los servicios prohibidos ajenos a la auditoría (art. 25^{quarter}) o las consecuencias por comisión de irregularidades (art. 25^{quinquies}).

³⁹ En ese sentido, *cfr.* Directiva 2022/2464, cdo. 60.

⁴⁰ Si bien, con toda probabilidad, hasta que se estandarice la verificación en materia de sostenibilidad y suficientes profesionales tengan formación en este aspecto –y, por consiguiente, entre en juego la adecuada competencia entre los oferentes del servicio de auditoría– los empresarios van a tener que hacer frente a un importante coste añadido en el desempeño de sus actividades.

sión concreta de nuestro cosmos. Como disciplinas integrantes de las ciencias jurídicas, su ámbito de actuación se encuentra en el terreno de las relaciones sociales, encontrándose al servicio de una concreta finalidad: ordenar la actividad de los empresarios, a fin de que con sus transacciones comerciales pueda lograrse el bien común para el conjunto de la sociedad en el marco de la seguridad jurídica; precisamente es el objetivo de los reguladores (Banco de España, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o Comisión Nacional del Mercado de Valores).

Idéntica consideración merece la actividad de la auditoría de cuentas. Huyendo de representaciones económicas benevolentes que poco o nada tengan que ver con la realidad, lo que verdaderamente le interesa al mercado y a los operadores jurídicos que en él tienen su punto de encuentro es que los estados, efectivamente, representen la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial.

30. Actualmente, esta labor de comprobación tiene un nuevo punto de anclaje con otro de los valores que deben guiar al proceder del jurista: el bien común. Éste es precisamente el objetivo de introducir cuestiones ambientales, sociales, concernientes a los derechos humanos y de gobernanza entre los aspectos sobre los que debe informar el empresario. Sin tales criterios orientadores, únicamente podría aspirarse a un beneficio espurio, alejado del pretendido crecimiento a largo plazo del que puede beneficiarse no sólo una empresa singular, sino toda la sociedad en general. Tales datos, obviamente, por su radical importancia, deberán ser convenientemente cotejados con la realidad y contrastados con el marco normativo que es de aplicación -cuyo propósito no es otro que conducirnos por la senda de la virtud-.

31. De todo lo anterior deducimos que, lejos de concepciones estrictamente teóricas, los profesionales del Derecho han de reconocer el marcado carácter práctico del que se reviste la verdad en su oficio. Así, cuando hablamos de su búsqueda, no solamente nos referimos al establecimiento y constatación de una correspondencia abstracta entre las razones que elabora el pensamiento y las circunstancias que impone la realidad. Más allá de esto, entendiendo la necesidad de salvaguardar y articular del modo más adecuado las distintas dimensiones que componen el hecho social, el jurista ha de trasladar esa armonía que le inspiran sus deseos de justicia al universo de las interacciones humanas. El jurista debe interiorizar el bien, la justicia y la verdad como ideales que guíen su actuación en cualquier caso y circunstancia (como ejemplo histórico recomendamos la película teatralizada *A Man for All Seasons*, del director Fred Zinnemann, sobre los últimos años de Santo Tomás Moro frente a Enrique VIII).

En la medida que el ordenamiento jurídico participe en este proceso para que la voluntad se amolde a las exigencias de la convivencia, podremos afirmar que cumple con la misión que le ha sido asignado para ofrecer la debida confianza. Por tanto, debemos buscar la verdad en común en toda su dimensión (no solo jurídica) en la Universidad, como afirmaba Antonio Machado en *Poesías completas*:

“¿Tu verdad? No, la Verdad, y
ven conmigo a buscarla.
La tuya, guárdatela”.

La imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo: antecedentes, evolución y perspectivas*

Resale price maintenance in European Competition Law: Background, developments and prospects

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)*

Recibido: 10.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8988

Resumen: El objeto de este artículo es la imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo. En primer lugar, se estudian los efectos anti y procompetitivos de esta práctica, y la evolución de su regulación en los Estados Unidos, como modelo de referencia, hasta llegar a la sentencia *Leegin*. Posteriormente se analiza la situación en la UE, partiendo de cómo se ha ido considerando históricamente la cuestión en los reglamentos de exención por categorías y por la praxis de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Finalmente, se estudia el estado actual de la cuestión en el Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales, la Comunicación de la Comisión de 2022 sobre Directrices relativas a las restricciones verticales y la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Super Bock*.

Palabras clave: Imposición de precios de reventa, IPR, acuerdos verticales, Derecho de la competencia europeo, competencia intermarca, competencia intramarca.

Abstract: The object of this article is resale price maintenance in European competition law. Firstly, the anti- and pro-competitive effects of this practice are studied, as well as the evolution of its regulation in the United States, as a reference model, up to the *Leegin* judgment. The situation in the EU is then analysed, based on how the issue has been historically considered in the block exemption regulations and by the Commission's practice and the case law of the Court of Justice. Finally, the current state of the matter is studied in Regulation 2022/720 on vertical agreements, the 2022 Commission Communication on Guidelines on vertical restraints and the recent judgment of the Court of Justice in the *Super Bock* case.

Keywords: Resale price maintenance, RPM, vertical agreements, European Competition Law, interbrand competition, intrabrand competition.

Sumario: I. Introducción. II. Los efectos económicos de la imposición de precios de reventa. A) Efectos anticompetitivos. 1. Incremento de precios al consumidor. 2. Instrumento para aplicar precios predatorios. 3. Freno a la innovación en la comercialización final. 4. Facilitación de la colusión. 5. Mecanismo de exclusión. 6. Abuso de dependencia. 7. Obstáculo para la integración de mercados. B) Eficiencias o justificaciones. 1. Incremento de la competencia en servicios. 2. Incentivo para el cumplimiento de los contratos de distribución. 3. Incentivo para el ingreso de

*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto PID2022- 139741OB-C21, "La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados", del Ministerio de Ciencia e Innovación.

nuevos competidores. 4. Evitación de prácticas parasitarias. 5. Evitación de conductas desleales. C) Balance de efectos pro y anticompetitivos. III. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en Estados Unidos. IV. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo. A) Antecedentes. B) Los primeros reglamentos de exención por categoría. C) La modernización del Derecho de la competencia. D) Estado actual de la cuestión. 1. El Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales y sus Directrices. 2. La sentencia Super Bock.

I. Introducción

1. Casi todo el mundo estará de acuerdo en que el bien jurídico protegido por el *Derecho de la competencia*, como indica su propio nombre, es la *competencia económica*. Sin embargo, qué deba entenderse por *restricción de la competencia* es una cuestión **controvertida** sobre la que se han venido manteniendo diferentes posiciones, en las distintas jurisdicciones y a lo largo del tiempo, en las que han tenido gran influencia los planteamientos de las diversas escuelas económicas y su evolución. Pero haciendo abstracción de estos debates, seguramente tampoco nadie negará el importante papel que en la competencia juegan los *precios*, no solo como medio sino también como resultado. Por un lado, los precios son una de las herramientas, sino la principal, de la que disponen las empresas¹ para competir en el mercado, aunque asimismo cuenten con otros instrumentos como la calidad y la innovación de los productos o servicios, las condiciones contractuales a las que se ofrecen (garantías, crédito, etc.) e, incluso, la persuasión que puede resultar de las técnicas de comercialización (el *marketing*), en especial de la publicidad comercial, entre otras. Pero también los precios son consecuencia de ese juego competitivo en el mercado, como muestra la *ley de la oferta y la demanda*, siempre que, naturalmente, se formen sin distorsiones anticompetitivas, lo que significa que sean el resultado de un comportamiento autónomo de los operadores del mercado y/o que no implique un abuso de poder de mercado². Las reglas del Derecho de la competencia tratan precisamente de garantizar esa correcta formación competitiva de los precios con la prohibición de los acuerdos restrictivos y de la explotación abusiva de una posición de dominio, y el control de las operaciones de concentración de empresas (aquí para evitar la formación de estructuras que reduzcan la competencia y puedan, entre otras cosas, acabar incidiendo negativamente sobre los precios). No por otra razón se viene estimando que los perjuicios que se derivarían de las infracciones a las reglas del Derecho de la competencia, se concretan principalmente en los sobrepuestos (*precios supracompetitivos*) que los consumidores debieron indebidamente soportar y que, como víctimas de quienes las incumplieron, podrán reclamar ante los tribunales de justicia ejercitando contra los infractores acciones de daños (o dicho de otra manera: de reclamación de las *rentas monopolísticas* que aquellos obtuvieron ilegalmente)³.

2. Si nos centramos en los *acuerdos restrictivos*, la coordinación entre empresas para fijar precios es sin duda una de las conductas anticompetitivas más graves, sino la que más, lo que ha derivado en todas las jurisdicciones en una prohibición de los *cárteles*, como *acuerdos horizontales* entre competidores, no solo de los que directamente conciertan precios, sino de los que indirectamente lo consiguen estableciendo cuotas de producción o repartiéndose los mercados o los clientes.

3. Pero también pueden provocar distorsiones en los precios otro tipo de acuerdos, como en particular los *acuerdos verticales* de *distribución comercial* que, sin perjuicio de ser acuerdos bilaterales entre dos partes –el proveedor (fabricante o mayorista) y el distribuidor (mayorista o minorista)–, suelen aparecer como *contratos en red*, al realizar el proveedor diversos contratos con distintos distribuidores,

¹ El término “empresa” y el que posteriormente utilizaré de “consumidor”, se emplean en el sentido que se les da en el Derecho de la competencia.

² Este es el presupuesto para que el mercado asigne eficientemente unos recursos que, por definición, son escasos, en el marco de la teoría económica neoclásica que partía de una situación de *competencia perfecta*.

³ Aunque sean supuestos menos frecuentes, también pueden producirse problemas en relación con los proveedores, cuando la restricción es de carácter monopsónico.

con una mayor o menor integración vertical, según modalidades, y normalmente por zonas territoriales⁴. Así sucede cuando en tales acuerdos se imponen a los distribuidores los precios a los que deben revender los productos, lo que, además, al tratarse de ordinario, como se acaba de decir, de contratos en red, supone la fijación de precios en toda la red de distribuidores, impidiendo una competencia en precios entre ellos.

4. La proscripción de los **cárteles** es incontrovertible en todas las jurisdicciones, precisamente por sustraer los precios de la competencia, lo que ha llevado a que en los Estados Unidos se les haya considerado dentro de la *per se rule*, y en Europa (antes en la CE y actualmente en la UE) a estimar su difícil por no decir casi imposible excepción de la prohibición del actual artículo 101.1 del TFUE, como *restricción por objeto* y por suponer una eliminación sustancial de la competencia (condición negativa *sine qua non* establecida por el artículo 101.3 del TFUE para la autorización). Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica en relación con la *imposición de los precios de reventa en acuerdos verticales*, teniendo en cuenta, además, que cuando se trata de la llamada *distribución selectiva*, dichos acuerdos son en sí mismos considerados instrumentos procompetitivos ya que, no solo benefician la comercialización, sino que reservan un beneficio equitativo a los consumidores en la fase precontractual y en el ulterior servicio de postventa (condiciones positivas ambas que exige el artículo 101.3 del TFUE para la excepción de la prohibición de los acuerdos restrictivos), como ponen de relieve los distintos reglamentos de exención por categorías que se han ido sucediendo, primero en la CE y, actualmente, en la UE.

5. Por encima de la difícil y debatida ponderación de los efectos económicos de la imposición de los precios de reventa, también se dejan sentir aquí las diferencias de planteamientos que, sobre la valoración competitiva de los sistemas de distribución comercial, se han venido siguiendo en las distintas jurisdicciones. Mientras en Estados Unidos en la jurisprudencia de las últimas décadas se ha tendido a dar mayor relevancia a la competencia entre marcas –competencia *interbrand*⁵–, en Europa se valora tanto o más la competencia dentro de la marca –*intra-brand*–, seguramente por la capacidad que tienen estos acuerdos de distribución para compartimentar territorialmente mercados, lo que puede ir en contra del objetivo de integración de mercados que, de manera prioritaria, tuvo en su momento la constitución de las Comunidades Europeas y, hoy en día, la UE, y que también se considera que es objetivo del Derecho de la competencia europeo⁶.

6. En cualquier caso, en ambas jurisdicciones la doctrina aplicable a los precios de reventa ha variado en los últimos tiempos, pues la inicial consideración de la imposición de precios de reventa dentro de la *per se rule* en Estados Unidos y en la CE, actual UE, en la categoría (en cierta medida) equivalente de las *restricciones por objeto*, se ha abandonado por sus cortes supremas: muy claramente en la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 2007 en el caso *Leegin*⁷, y en Europa –aunque con menos claridad– en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia 2023 del caso *Super Bock*⁸.

7. Este es el *background* del presente trabajo, donde me propongo examinar, en primer lugar y como antecedente (con la mayor brevedad posible), los debates en gran medida económicos sobre los efectos de la imposición de precios de reventa (ap. II), así como los planteamientos seguidos al respecto en el modelo de referencia de los Estados Unidos (ap. III), para ulteriormente centrarme (con algo más de detalle) en la evolución en Europa, partiendo de cómo se ha ido considerando históricamente la cues-

⁴ Véase J.I. RUIZ PERIS, “Del contrato bilateral a la relación de red”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 9 y ss.

⁵ Este punto de vista se infiere, entre otros asuntos, de la sentencia *Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), donde el Tribunal Supremo norteamericano rechazó que cupiera encuadrar en la *per se rule* restricciones verticales que fomentasen la competencia *interbrand*. Véase F. DIEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid 2003, p. 329.

⁶ En relación con este objetivo del Derecho de la competencia europeo, me remito a las atinadas consideraciones de A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, I, Parte general. La competencia*, Colex, Madrid 2009, pp. 114 y ss.

⁷ *Leegin Creative Leather Inc. v. PSKS*, 127 U.S. 2705 (2007).

⁸ STJUE de 29 de junio de 2023, asunto C-211/22 *Super Bock*.

ción en los reglamentos de exención por categorías y por la praxis de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (ap. IV, A-C). Todo con el objetivo de llegar a la situación actual sobre dichos precios de reventa dominada por el reciente Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales, la Comunicación de la Comisión de 2022 sobre Directrices relativas a las restricciones verticales y la citada sentencia *Super Bock* (ap. IV, D).

II. Los efectos económicos de la imposición de precios de reventa

8. El debate económico sobre la imposición de precios de reventa parte de la consideración de dos escenarios alternativos, aunque no necesariamente excluyentes y, en todo caso, como se verá enseguida, interrelacionados entre sí. En primer lugar, el de sus efectos anticompetitivos, y, en segundo lugar, el de sus (eventuales) eficiencias o justificaciones (efectos procompetitivos). Los examinamos brevemente a continuación⁹.

A) Efectos anticompetitivos

1. Incremento de precios al consumidor final

9. Es claro que la imposición de precios de reventa por el proveedor a sus distribuidores, implica la desaparición entre estos de la competencia en precios y, por tanto, limita la competencia *intra-brand*. En este contexto, no parece dudoso que esa eliminación de competencia comportará de ordinario un aumento de los precios finales que tendrían que pagar los consumidores¹⁰. En razón a ello, se puede afirmar como principio que esta práctica iría contra una de las bases del Derecho de la competencia, que es la de impedir *precios sumamente elevados*¹¹, con la evidencia de que, si hubiera competencia en precios entre distribuidores, estos se fijarían probablemente en un nivel más bajo.

10. Pese a lo dicho se ha discutido que la imposición de precios más altos por sí sola pueda considerarse lesiva de la competencia, pues puede presentar contrapartidas para los consumidores que contrarresten esta consecuencia¹². Con todo, es obvio que, para llegar a esta conclusión, habría que tener evidencia empírica caso a caso de que esto realmente se haya llegado a producir, y mientras esto no se acredite debidamente no dejaría de ser más bien un recurso retórico para desvalorizar algo que es claro: la repercusión negativa de la imposición de precios de reventa sobre los precios y, por tanto, *prima facie*, su carácter lesivo para los consumidores.

11. Por otro lado, también se ha argumentado que la falta de competencia *intra-brand*, puede compensarse con la competencia *inter-brand*, de manera que la capacidad (monopolista) del proveedor

⁹ En la doctrina española, hace un completo estudio de estos aspectos pro y anticompetitivos, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación de los precios de reventa”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* nº 4 (2009), pp. 67 y ss., donde buena parte de los argumentos que se exponen a continuación se estudian con mayor detalle y ulteriores referencias bibliográficas. Hace también una panorámica interesante y detallada, en el capítulo correspondiente a Estados Unidos, el documento OECD, *Resale Price Maintenance*, Series Roundtables on Competition Policy nº 94 (2008) [DAF/COMP(2008)37], pp. 214 y ss. La ya citada sentencia *Leegin* del Tribunal Supremo norteamericano, a la que me referiré más adelante, hace un repaso de los principales argumentos que se han manejado en contra y a favor de la fijación de precios de reventa. En Europa hace lo propio la Comunicación de la Comisión de 30 de mayo de 2022 sobre las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, a la que también me referiré más adelante.

¹⁰ Conclusión generalmente compartida, incluso por los que ven esta práctica con los mejores ojos: *ad ex.* R. A. POSNER, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2ª ed., Chicago-London 2001, p. 172; R. CLARKE, *Economía Industrial*, trad. esp., Celeste Ediciones, Madrid 1993, p. 343.

¹¹ Se refiere a esta base del Derecho de la competencia, F. DIEZ ESTELLA, *La discriminación...* cit., p. 48.

¹² En relación con esta argumentación, *ad ex.*, R. A. POSNER, *El análisis económico del Derecho*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México 1998, p. 281 y en *Antitrust Law*, cit., p. 172, indicando que puede conducir a un incremento de los servicios en favor de los consumidores (esta eficiencia se examina más adelante).

para imponer a sus distribuidores precios de reventa, podría quedar limitada por la competencia entre las redes de distribución de otros productos que, para el consumidor final, formen parte del mismo mercado. Aunque es claro que de existir esta competencia *interbrand*, el poder de mercado del proveedor a la hora de imponer los precios de reventa estaría en entredicho y, en cualquier caso, sería un elemento que acabaría presionando los precios de reventa a la baja hacia su reducción a un nivel competitivo, de nuevo habría que contrastar caso a caso si eso realmente sucede así, partiendo de la delimitación del mercado relevante, y de que las marcas concernidas, por su fortaleza (lo que particularmente sucederá en el caso de las llamadas *marcas renombradas*) o por la diferenciación de productos que supongan, no se puedan considerar como *barreras de entrada*¹³.

2. Instrumento para aplicar precios predatorios

12. En sentido contrario al que acaba de señalarse, aunque sea una hipótesis menos probable, la imposición de precios de reventa podría, al menos a corto plazo, suponer una rebaja de los precios a pagar por los consumidores, cuando forme parte de una estrategia del proveedor para penetrar en el mercado, o ganar cuota de mercado a costa de sus rivales en la competencia *interbrand*. Aunque aparentemente este tipo de fijación de precios de reventa no sería lesivo para los consumidores, para descartar su ilicitud habría que ponderar cuidadosamente las circunstancias del caso: poder de mercado del proveedor, competencia potencial *interbrand* y, muy principalmente, carácter de los precios aplicados a la reventa pues si fueran *precios predatorios* serían claramente una práctica de exclusión censurable¹⁴.

3. Freno a la innovación en la comercialización final

13. Asimismo, la eliminación de la competencia en precios entre distribuidores, puede suponer, también como efecto indeseable de la imposición de precios de reventa, un desincentivo para que los distribuidores acometan medidas para incrementar la eficiencia de sus sistemas de comercialización, innovando con la creación de nuevos canales o sistemas de venta y/o en la asistencia pre y postventa¹⁵. Podría decirse, que esto facilitaría una suerte de *vida fácil*, donde la innovación y el activismo de los distribuidores pueden verse sustituidos por la molicie, al amparo del paraguas seguro de los precios fijos e inmutables.

4. Facilitación de la colusión

14. Desde otra perspectiva, se ha señalado que la imposición de precios de reventa puede ser una práctica facilitadora de la colusión, redundando en la prohibición de esta conducta por el Derecho de la competencia. En este sentido, se señala que estas prácticas podrían favorecer los cárteles entre los proveedores (particularmente entre fabricantes), como mecanismo que petrifica los precios finales, a la vez que da transparencia sobre el seguimiento de los precios pactados –los precios de venta al público son, por su propia naturaleza, de general conocimiento–, lo que a su vez facilitaría la adopción de mecanismos de retorsión para los incumplidores del acuerdo cartelístico. De igual manera los acuerdos de este tipo entre distribuidores, que ya no necesitarían coordinar precios –lo que seguramente puede ser más complicado– sino otras condiciones de transacción, se verían igualmente facilitados¹⁶.

¹³ Con argumentación en gran parte coincidente, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 69.

¹⁴ Sobre la relevancia antitrust de los precios predatorios, véase, en la doctrina española, F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los rodenamientos estadounidense, comunitario y español*, Marcial Pons, Madrid 1997.

¹⁵ C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 69.

¹⁶ En similar sentido R. CLARKE, *Economía Industrial* cit., pp. 344 y s.; N. PETIT y D. HENRY, *Vertical Restraints under EU Competition Law: Conceptual Foundations and Practical Framework*, p. 9 (<https://papers.ssrn.com/sol3/papers>).

15. Personalmente, no veo la cuestión tan clara porque también puede argumentarse, en el caso de los cárteles de proveedores, que el precio fijo de reventa puede ser aprovechado por un proveedor infiel para realizar descuentos secretos a los distribuidores en contra de lo convenido y, de esta manera, ganar cuota de mercado a costa de los demás proveedores¹⁷. En cualquier caso, aunque se considere que la imposición de precios de reventa facilita los cárteles, es un argumento que tiene menor peso que otros para desacreditar esta práctica en la medida en que los cárteles en sí mismos están prohibidos, y el acuerdo cartelístico no es la fijación de los precios de reventa, sino el acuerdo previo de los cartelistas sobre precios, que puede y debe perseguirse por medios más directos¹⁸.

16. No obstante, en el caso de mercados con estructura oligopolística, la fijación de precios de reventa podría favorecer *conductas cooperativas tácitas* que, aun siendo indeseables para la competencia, realmente son muy difíciles de perseguir con el actual cuadro de conductas prohibidas por el Derecho de la competencia¹⁹.

5. Mecanismo de exclusión

17. Asimismo, se ha apuntado que la imposición de precios de reventa puede contribuir a reforzar una posición de poder de mercado en el mercado aguas arriba del proveedor, asegurando una suerte de premio a los distribuidores que respeten su exclusividad negándose a comercializar otras marcas, y produciendo, por consiguiente, un efecto de exclusión (*foreclosure*). Vista desde esta perspectiva, la fijación del precio de reventa podría considerarse como un reparto (parcial) en el mercado aguas abajo de las rentas monopolísticas que obtiene el proveedor aguas arriba²⁰.

18. Con todo, como se ha observado acertadamente, esta consecuencia no puede predicarse sin más de todos los supuestos de fijación de precios de reventa, y dependerá de que efectivamente se pueda

cfm?abstract_id=1724891); C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 69 y ss.; K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin and Procompetitive Resale Price Maintenance*, p. 7. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=926072); OECD, *Resale Price...* cit., p. 118.

J. GARRIGUES (*Tratado de Derecho Mercantil*, III.1, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1963, p. 412), que escribe su obra en un momento en que está naciendo el primer Derecho español de defensa de la competencia (1963), ya señalaba como supuesto en que la licitud de esta esta cláusula era dudosa “el de los pactos horizontales entre empresas de la misma clase vinculados por un contrato de *cartel*, pues tal supuesto conduce a un verdadero monopolio con perjuicio del público en general”.

F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER, J. GUTIÉRREZ GILSANZ y C. HERRERO SUÁREZ (*Contratos de distribución y Derecho de la competencia, UE-España*, Aranzadi, Cizur Menor 2021, p. 346), por su parte, muestran su sorpresa de que el riesgo de colusión horizontal se situó a la cabeza de la lista de problemas de competencia detectados por la Comisión en la imposición de precios de reventa (en las anteriores *Directrices sobre acuerdos verticales*), y recuerdan como en el caso *Leegin*, tras la sentencia del Tribunal Supremo, los demandantes modificaron su demanda para que recibiera un tratamiento de precios horizontal, alegando la existencia de un *cartel* “hub-and-spoke” o radial en el que el proveedor operaba como eje central y los distribuidores eran los radios, pero para ello la jurisprudencia norteamericana exige una “llanta de la rueda” que conecte a los distribuidores entre sí, teoría que en Europa estaría por hacer.

¹⁷ Una argumentación semejante desarrolla A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución. La distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona 1986, pp. 21 y s. Sin embargo, en contra de este planteamiento, el documento OECD, *Resale Price...* cit., p. 219 señala que “[s]i un fabricante individual intentara robar las ventas de sus rivales ofreciendo descuentos secretos a sus distribuidores, los acuerdos de FPR (fijación de precios de reventa) mínimos impedirían que los minoristas trasladaran el descuento a los consumidores finales, limitando así cualquier aumento en las ventas del infractor (...) Al limitar la capacidad de respuesta de la demanda final a los recortes secretos de los precios, la FPR mínimos reducirían el incentivo de cada fabricante para engañar en sus acuerdos de *cartel*”.

¹⁸ En línea con lo que acabo de señalar el documento de la OECD, *Resale Price...* cit., p. 218 recuerda que, como afirmaron la FTC y el DOJ como *amicus curiae* en el asunto *Leegin*, los cárteles están prohibidos con independencia del estándar de la fijación de precios de reventa.

¹⁹ En este sentido, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 73 y s.; esta misma autora ha estudiado con detalle los problemas de colusión tácita que plantean los oligopolios en “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 23 (2002), pp. 113 y ss.

²⁰ K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit., p. 8; C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 73.

colegir que el proveedor dispone de poder de mercado, en función de las características del correspondiente mercado (estructura, barreras de entrada, etc.)²¹.

6. Abuso de dependencia

19. La imposición de precios de reventa podría ser, asimismo, en ciertos casos un *abuso de dependencia*, cuando el distribuidor pueda considerarse en situación de dependencia respecto al proveedor, sea por su relación de exclusiva o sea por el porcentaje de sus negocios con él. En esta situación, no es difícil imaginar casos en que esta fijación de precios se utilice como mecanismo para limitar injustificadamente los beneficios de los distribuidores, ahorrando costes en la distribución e incrementando en la misma medida los beneficios del proveedor²².

20. Aun sin referirse a este supuesto, pero con un cierto paralelismo en el razonamiento que se ha hecho, la sentencia *Leegin* (III, C), ya señalaba que un fabricante no tiene ningún incentivo para compensar excesivamente a los minoristas con márgenes injustificados, teniendo además en cuenta que precios de reventa demasiado altos afectarán a la competitividad de sus productos, porque los consumidores sustituirían sus productos por otros con menor precio.

7. Obstáculo para la integración de mercados

21. Finalmente, en relación con el objetivo específico del Derecho de la competencia europeo, antes mencionado, de evitar, asimismo, prácticas anticompetitivas que obstaculicen el funcionamiento del mercado interior, erigiendo barreras a la libre circulación de mercancías, la imposición de precios de reventa puede suponer, junto con otras medidas alternativas (protección territorial absoluta), un mecanismo antiintegracionista, de compartimentación de mercados, como revela su praxis. En este sentido, basta con mencionar un caso tan conocido como el resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 1966, en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten*, a la que más adelante me referiré²³.

B) Eficiencias o justificaciones

1. Incremento de la competencia en servicios

22. Un primer argumento en favor de la fijación de precios de reventa es que puede contribuir a incrementar la competencia entre distribuidores en servicios pre y postventa, lo que además casa con los objetivos de la llamada *distribución selectiva* de productos. En los productos acreedores de este tipo de distribución, que son productos marquistas y, en ciertos casos, productos sofisticados o complejos (un ejemplo característico son los vehículos a motor), la demanda no depende tanto, o al menos primordialmente, del precio, sino también de los servicios pre y postventa (en este último caso es crucial la prestación de una garantía efectiva y, en general, del servicio de taller de reparación). En este contexto, la fijación de precios de reventa puede considerarse tanto una remuneración por dichos servicios, como un estímulo para su prestación diligente, lo que a su vez redundaría en una mayor demanda de los productos concernidos²⁴.

²¹ C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 73 y s.

²² Sobre el abuso de dependencia, aunque sin hacer referencia este supuesto específico, véase M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid 2002.

²³ Hay que señalar, no obstante, que hay sectores doctrinales que se muestran críticos acerca de la virtualidad del Derecho de la competencia para conseguir la integración de los mercados nacionales, y manifiestan su desacuerdo con su utilización por la Comisión para conseguir este objetivo. En nuestra doctrina esta es la postura de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, en *Indret* 4/2004, pp. 6 y s.

²⁴ Véase en similar sentido las consideraciones de R. A. POSNER, *El análisis...* cit., p. 281 y de K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit., p. 3.

23. Como ya se apuntó anteriormente, habría que comprobar caso a caso si el incremento de precios que supone la fijación de precios de reventa, realmente conduce a una mayor calidad de los servicios que prestan los distribuidores, que compense el sobre coste para los consumidores. Pero acaso donde está el argumento más decisivo para cuestionar esta justificación es plantearse si realmente es necesaria la imposición de precios de reventa para conseguir esta competencia en servicios. Dicho de otra manera: si esa competencia en servicios es la que produce finalmente un incremento de la demanda, no se ve qué papel tiene aquí la fijación de precios de reventa, pues el distribuidor los prestará en la medida en que le sea rentable hacerlo, y para ello no es necesario recurrir a este mecanismo, con todos los inconvenientes que acarrea.

2. Incentivo para el cumplimiento de los contratos de distribución

24. Desde otra perspectiva, se ha considerado que la imposición de precios de reventa, puede ser un incentivo para asegurar la fidelidad de los distribuidores y, en definitiva, la eficiencia de la red de distribución, más eficaz que medidas alternativas como pueden ser establecer con detalle las obligaciones y deberes de los distribuidores, y los mecanismos de incumplimiento contractual con sus correspondientes remedios (resolución contractual, etc.). En este sentido, se arguye que la protección de los distribuidores frente a la competencia en precios, es un incentivo o premio para que estos presten de forma eficiente sus servicios²⁵.

25. De nuevo cabe poner en duda que la imposición de precios de reventa sea un mecanismo más adecuado que la pura y dura competencia entre distribuidores, para asegurar una adecuada prestación de sus servicios, máxime si no concurren circunstancias especiales, como pueden ser las prácticas parasitarias a las que nos referimos a continuación.

3. Incentivo para el ingreso de nuevos competidores

26. Asimismo, se ha argumentado que la imposición de precios de reventa, puede ser un instrumento que incremente la competencia *interbrand* ya que vendría a facilitar la entrada de nuevos productores en el mercado en la misma medida en que permita resarcir o recompensar a los distribuidores por los costes y las incertidumbres que puede suponer la comercialización de nuevos productos o marcas. Hay que reconocer que este argumento, que será también utilizado por la sentencia *Leegin*, es inicialmente persuasivo. Pero para admitirlo en sus justos términos, habría que contemplar la imposición de precios como una medida transitoria a la espera de la consolidación de la nueva marca en el mercado²⁶.

4. Evitación de prácticas parasitarias

27. Un fenómeno presente en diversos mercados es el del parasitismo que puede producirse cuando algunos distribuidores pueden beneficiarse de los servicios que prestan otros distribuidores sin compensación para estos últimos. Por ejemplo, cuando el consumidor acude a un distribuidor que presta servicios preventa a informarse del producto que pretende adquirir (asesorarse, probarlo, etc.), y luego puede acudir a adquirirlo a otro (*free rider*) que, por no prestar estos servicios y tener menos costes, puede vendérselo más barato²⁷. En este contexto, la imposición de precios de reventa se ha considerado como un mecanismo que puede desincentivar estas conductas parasitarias, al suprimir de cara al consumidor el incentivo de una reducción del precio por parte de quien no incurre en estos costes²⁸.

²⁵ Se hacen eco de este argumento, desarrollado por Klein y Murphy, K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit., p. 7 y C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 81.

²⁶ Así se hace en las *Directrices sobre restricciones verticales*, nº 197.

²⁷ Por ejemplo, porque vende por Internet sin tener que hacer frente a los gastos de mantener abiertos locales de venta al público.

²⁸ R. A. POSNER, *El análisis...* cit., p. 281; C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 75 y ss.

28. Una vez más habría que contrastar en la práctica, si efectivamente la imposición de precios de reventa puede desincentivar este tipo de prácticas. Por otro lado, teniendo en cuenta que según los canales de distribución los costes de prestación de servicios pueden ser distintos, es poco realista pensar que una imposición uniforme de precios de reventa pueda conjurar las prácticas parasitarias, de manera que los que tengan costes más bajos pueden tener un incentivo para ofrecer servicios extra que realmente no sean necesarios para una distribución más eficiente y que incluso, pudieran llegar a falsear la situación de competencia.

29. Por otro lado, para conseguir el objetivo de evitar el parasitismo se puede recurrir a métodos menos invasivos contra la competencia que la imposición de precios de reventa, estableciendo por ejemplo un sistema de distribución selectiva con selección de los distribuidores, basados en cualificaciones profesionales del distribuidor y su personal, características de los locales, concreción de los servicios pre y postventa a prestar, etc.²⁹

5. Evitación de conductas desleales

30. Por último, también se arguye que la imposición de precios de reventa sería un medio adecuado para evitar conductas desleales. De entrada, se ha señalado que “los fabricantes pueden desear asegurar la lealtad y la honestidad de sus distribuidores garantizándoles un beneficio mayor que el que les daría la pura competencia, ya que entonces la terminación de su concesión por deslealtad o deshonestidad comportaría una sanción más severa”³⁰.

31. De manera más concreta se apunta a evitar que se puedan utilizar productos marquistas a precio reducido como señuelo para inducir a los consumidores a acudir al establecimiento del vendedor (o a su sitio web) y adquirir otros productos distintos³¹. La utilización como mero reclamo o gancho de este tipo de productos puede ser constitutiva de una conducta desleal con consumidores (en este sentido se evocan alguna de estas *prácticas señuelo* dentro del anexo I, apartados 5 y 6, de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales), y un *envilecimiento* de los productos, que puede erosionar el *goodwill* de las marcas renombradas³², pero de nuevo ello no puede servir de justificación a la imposición de precios de reventa, pues tal conducta se puede combatir de manera más proporcionada y menos anticompetitiva por otros medios, como por ejemplo ejercitando acciones de competencia desleal. Puede servir de confirmación de lo que se está diciendo, otro ejemplo en materia de imposición de precios que no ofrece duda alguna: sería como justificar un cártel de precios con el argumento de que de esta manera se evitan los *precios predatorios*.

C) Balance de efectos pro y anticompetitivos

32. Creo que, con diferencia, son mucho más sólidas las razones apuntadas sobre los efectos anticompetitivos de la imposición de precios de reventa –aunque alguna, como he dicho, me parezca cuestionable–, que las esgrimidas como justificaciones o para apoyar eventuales efectos procompetitivos que, además, solo cabría estimar caso a caso³³. Sin embargo, en alguno de estos casos estas últimas razones podrían ser atendibles, por lo que probablemente lo más acertado, desde un punto de vista de política jurídica, sea no condenar a priori o siempre la imposición de precios de reventa –esto es, su

²⁹ Hace consideraciones semejantes, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 75 y ss.

³⁰ R. A. POSNER, *Antitrust Law* cit., p. 172.

³¹ C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 83.

³² Ya se refería a esta función de la fijación de precios de reventa, en relación con productos de lujo, J. GARRIGUES, *Tratado...* cit., pp. 411 y s.

³³ Sostiene también una postura de escepticismo frente a las ventajas procompetitivas que se suelen asociar a la imposición de precios de reventa, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación ...” cit., pp. 67 y ss.

consideración como conductas incluidas en la *per se rule* o en las *restricciones por objeto*— y a ello, ya se ha señalado, conducen las últimas tendencias jurisprudenciales, tanto en los Estados Unidos como en Europa. Ello no obsta, por lo anteriormente indicado, a que lo más apropiado sea seguir manteniendo una postura de sospecha ante este tipo de prácticas³⁴.

33. También debe tenerse en cuenta que no todas las fijaciones de precios de reventa merecen el mismo tratamiento. Las consecuencias negativas que se han expuesto son claramente predicables de las fijaciones de *precios únicos y mínimos*.

34. No se aprecian las mismas consecuencias, sin embargo, respecto a los *precios máximos*. En este punto debe tenerse en cuenta que cuando el proveedor y el distribuidor cuentan con poder de mercado, ambos aplicarán márgenes adicionales a sus propios costes. La única manera de evitar ese doble margen, que encarece los productos y perjudica a los consumidores, es permitir que el proveedor establezca un precio máximo al por menor³⁵. Por otro lado, mediante este mecanismo el proveedor puede buscar la finalidad, que estimo legítima, de mantener un precio competitivo de sus productos, lo que, lejos de restringir la competencia, favorecerá la competencia *interbrand* y dejará margen de actuación a la *intra-brand* que, en sí misma, es bueno que exista. Seguramente por estas razones, esta modalidad de imposición de precios de reventa, como se verá más adelante, ha acabado autorizándose en los reglamentos de exención por categorías en Europa³⁶.

35. Sin embargo, no estoy seguro de que quepa hacer la misma valoración de las *recomendaciones de precios*, también permitidas por estos reglamentos, pues, si bien es cierto que al faltar coerción permiten que los distribuidores compitan en precios, en combinación con otras restricciones contractuales, como las de protección territorial (aunque estas no sean *absolutas*), pueden llegar a provocar resultados semejantes a los de las fijaciones imperativas. Esto sin olvidar, que su seguimiento por el conjunto de la red de distribución puede equivaler a un acuerdo de fijación de precios, como se estimó en la sentencia de *Super Bock*. A este respecto puede servir de contraste el sometimiento, en la misma Europa, de los llamados *pactos entre caballeros* y de las *recomendaciones de las asociaciones de empresas*, al régimen prohibitivo de los acuerdos y de las decisiones propiamente dichas, como se ha venido estableciendo en la praxis de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

36. En cualquier caso, estas dos modalidades —precios máximos y recomendaciones de precios—, como advierten las *Directrices sobre restricciones verticales*, pueden acabar produciendo también efectos negativos sobre la competencia, dependiendo del poder de mercado del proveedor, ya que cuanto más fuerte sea ese poder “mayor será el riesgo de que un precio de reventa recomendado o máximo lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que les puede resultar difícil desviarse de lo que perciben como el precio de reventa preferido propuesto por un proveedor tan importante” (nº 200).

III. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en Estados Unidos

37. En los Estados Unidos la doctrina sobre la imposición de precios de reventa [*resale price maintenance* (RPM)] se ha ido fijando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁷ y, al igual que ha

³⁴ Mantiene una postura coincidente en este último punto, después de la sentencia *Leegin* en Estados Unidos, J. A. MOORE, “Resale Price Maintenance After Leegin: Why Treating Vertical Price-Fixing As “Inherently Suspect” Is the Only Viable Alternative to the Traditional Rule of Reason”, en *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 36, pp. 289 y ss.

³⁵ En este sentido, se pronunciaba el *Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria de 22 de enero de 1997*, COM(96) 721 final, p. 21.

³⁶ También se argumenta que estas modalidades dejan un margen de maniobra a los distribuidores para fijar los precios que estimen conveniente: I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid 2015, p. 277.

³⁷ Examinan esta jurisprudencia, entre otros muchos, R. A. POSNER, *Antitrust Law* cit., pp. 176 y ss.; R. H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York 1978, pp. 280 y ss.; T. B. LEARY y E. S. MINTZERTHE,

sucedido con otras conductas, se detecta en ella una clara evolución hacia un tratamiento más tolerante de estas prácticas seguramente por la influencia, a partir de un cierto momento, de las posiciones próximas a Chicago, que consideran las restricciones verticales como eficientes y beneficiosas para los consumidores³⁸.

38. El punto de partida de esta jurisprudencia fue el asunto *Dr. Miles* de 1911³⁹, referido a los precios mínimos que un laboratorio imponía a la venta de sus medicamentos protegidos por fórmulas secretas no patentadas. El argumento del laboratorio para defender esta fijación, es que si tenía libertad para decidir si vendía y a quién, de igual manera debía reconocérsele el derecho a controlar las condiciones de la reventa de sus productos. Este razonamiento no fue aceptado por el Tribunal Supremo que consideró, ateniéndose a la jurisprudencia establecida para los cárteles, que “los acuerdos o combinaciones entre comerciantes que tengan por único objeto destruir la competencia y fijar los precios, son perjudiciales para el interés público y nulos. No los salvan las ventajas que los participantes esperan obtener del aumento del precio al consumidor”. En definitiva, esto supuso considerar la imposición de precios de reventa dentro de la *per se rule*.

39. No obstante, años después el propio Tribunal Supremo mitigó el alcance de esta doctrina en el asunto *Colgate* de 1919⁴⁰, al considerar que era lícito que los proveedores se negasen a contratar con distribuidores que no se adhirieran a los precios de reventa previamente anunciados, por la vía de calificar estas negativas como una conducta unilateral legítima que no tenían el carácter de acuerdos colusorios⁴¹. Esta misma línea de mitigación se siguió en 1926 en el asunto *General Electric*⁴², cuando se estimó en aquel caso que el concesionario era realmente un consignatario del fabricante y, por tanto, un agente del fabricante y no un comprador.

40. Paralelamente, se fue originando un movimiento de pequeños y medianos comerciantes contrario a las trabas legales a la fijación de precios de reventa que, a partir de los años treinta, conseguirá que en varios Estados se aprueben leyes permitiendo expresamente la fijación de precios de reventa, y que lo mismo se haga a nivel federal con la *Miller-Tydings Resale Price Maintenance Act* de 1937, ulteriormente complementada en 1952 por la *McGuire Act*. Sin embargo, en el marco de la crisis de los años 70 con una inflación al alza, el paralelo movimiento consumerista consiguió que se derogase esta legislación por la *Consumer Goods Pricing Act* de 1975, por lo que la cuestión volvió a quedar bajo la prohibición que resultaba del Derecho antitrust tal como había sido aplicado por el Tribunal Supremo, particularmente en el asunto *Dr. Miles*⁴³.

41. Entretanto, el Tribunal Supremo en principio no cuestionó la inclusión de la fijación de precios de reventa en la *per se rule*, en la sentencia del asunto *Arnold Schwinn* de 1967⁴⁴, pero ya en la década de los ochenta, influido seguramente por los planteamientos de Chicago, prosiguió con la línea de

“Future of Resale Price Maintenance, now that *Doctor Miles* is Dead”, en *New York University Journal of Law & Business*, Vol. 4 (2007), pp. 303 y ss. Entre nosotros F. DIEZ ESTELLA, *La discriminación...* cit., pp. 329 y ss. y, principalmente, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 55 y ss.

³⁸ Un activo defensor de estas tesis ha sido R. H. BORK, *The Antitrust...* cit., pp. 280 y ss.

³⁹ *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911).

⁴⁰ *United States v. Colgate & Co*, 250 U.S. 300 (1919).

⁴¹ Se señala que “[i]n the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal, and, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell”.

⁴² *United States v. General Electric Co.*, 272 U.S. 4776 (1926).

⁴³ Véanse las referencias a esta legislación en E. GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid 1977, p. 228; St. John’s Law Review, “Resale Price Maintenance and the McGuire Act”, en *St. John’s Law Review*, vol. 27 (May 1953), n° 2, pp. 379 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 57.

⁴⁴ *United States v. Arnold Schwinn & Co*, 388 U.S. 365 (1967). No obstante, en el Tribunal de Distrito no se apreció una imposición de los precios, lo que, al no ser recurrido por las partes, evitó que la cuestión se examinara por el Tribunal Supremo desde este punto de vista.

mitigación de esta doctrina avanzada décadas atrás en la sentencia *Colgate*⁴⁵, en los asuntos *Monsanto* de 1984⁴⁶ y *Business Electronics* de 1988⁴⁷, donde se exige que haya prueba de la existencia de un acuerdo de fijación de precios, aunque se haya rescindido el contrato a distribuidores que hacían descuentos debido a las protestas de otros distribuidores.

42. El último paso en esta línea la representa la ya citada sentencia en el asunto *Leegin* de 2007⁴⁸. El supuesto de hecho que está en la base de esta sentencia era el sistema de distribución utilizado por la firma *Leegin* en relación con cinturones y otros accesorios para mujer que producía bajo la marca *Brighton*, y donde se daba a los distribuidores la posibilidad de acceder a la categoría distinguida de *Heart Store* si aceptaban no vender por debajo de los precios recomendados, en el marco de una política comercial destinada a fomentar la venta en pequeños establecimientos con mejor atención al público. El distribuidor PSKS había adquirido esa categoría, pero tras descubrir *Leegin* que vendía sus productos con un descuento del 20 % y negarse a dejar de hacerlo, interrumpió el suministro de sus productos, lo que le ocasionó al distribuidor una importante pérdida de ingresos. Debido a ello PSKS demandó a *Leegin* alegando la vulneración de la sección 1 de la *Sherman Act*. *Leegin* fue condenada en el Tribunal de Distrito y en el del Quinto Circuito, que rechazaron la aplicación al caso de la *rule of reason* ateniéndose a la *per se rule* que resultaba de la sentencia *Dr. Miles*. Recurrido el fallo ante el Tribunal Supremo, en su sentencia estimará que el estándar apropiado para enjuiciar la imposición de precios de reventa es el de la *rule of reason* y no el de la *per se rule*, aplicando la doctrina que ya se venía haciendo por el Tribunal Supremo para analizar otras restricciones verticales.

43. En su fundamentación, el Tribunal Supremo va a analizar la literatura económica, señalando que “está repleta de justificaciones procompetitivas sobre la fijación por el fabricante del precio de reventa”, citando, entre otros, a Areeda, Hovenkamp, Bork y Posner. Examina, en primer lugar, los argumentos procompetitivos, como el fomento de la competencia en servicios y el incremento de la competencia *interbrand* por facilitar el acceso de nuevas marcas y ser un incentivo para un desempeño eficiente de la distribución. Respecto a los efectos anticompetitivos, se refiere a la posibilidad de utilizar la fijación de precios de reventa para instrumentalizar cárteles de fabricantes y minoristas o para que un fabricante abuse de su poder de mercado para excluir competidores. En este contexto, considera que si bien la *per se rule* –invocada por el recurrente– puede reducir los costes administrativos del sistema antimonopolio, también podría ser contraproducente e incrementarlos si se acaba prohibiendo una conducta procompetitiva que las leyes antimonopolio deberían fomentar (riesgo de falsos positivos). Tras valorar de nuevo los efectos procompetitivos que puede tener una fijación de precios de reventa, concluye que la *rule of reason* y no la *per se rule*, sería el estándar apropiado para juzgar las restricciones verticales de precios, aportando suplementariamente diversos argumentos para cambiar la doctrina de la sentencia *Dr. Miles*, de la que recuerda además que tenía casi un siglo de existencia. Con todo, el fallo se produjo por una exigua mayoría del Tribunal Supremo, porque cuatro magistrados discreparon de la doctrina de la sentencia, abogando por el mantenimiento de la doctrina de la sentencia *Dr. Miles*⁴⁹.

⁴⁵ En el intermedio se dictó la ya citada sentencia en el asunto *Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), donde se rechazó que cupiera encuadrar en la *per se rule* restricciones verticales que fomentasen la competencia *interbrand*.

⁴⁶ *Monsanto Co. V. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)

⁴⁷ *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717 (1988)

⁴⁸ *Leegin Creative Leather Inc. v. PSKS*, 127 U.S. 2705 (2007). Comentan esta sentencia T. B. LEARY y E. S. MINTZERTHE, “Future...” cit., pp. 303 y ss. y K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit. En la doctrina española, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 53 y ss.

⁴⁹ Tras la sentencia *Leegin* se ha producido un cierto debate sobre cómo debe aplicarse la *rule of reason* a la imposición de los precios de reventa: véase J. A. MOORE, “Resale...” cit., pp. 289 y ss, quien defenderá que la manera más apropiada de hacer esta aplicación es partiendo de la consideración de esta práctica como “intrínsecamente sospechosa”.

Por otro lado, el estado de Maryland sigue prohibiendo por ley la imposición de precios de reventa mínimos: MD. Commercial Law Code Ann. § 11-204(b): “a contract, combination, or conspiracy that establishes a minimum price below which a retailer, wholesaler, or distributor may not sell a commodity or service is an unreasonable restraint of trade or commerce”.

IV. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo

A) Antecedentes

44. Las bases de lo que hoy es el Derecho de la competencia europeo –inicialmente Derecho de la competencia comunitario–, se establecieron en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas de los años 50 del siglo XX, y perviven en la actualidad, con escasas diferencias textuales, en el Tratado de Funcionamiento de la UE, artículos 101 y siguientes (primitivos artículos 85 y siguientes del Tratado de la CEE, ulteriormente artículos 81 y siguientes del Tratado de la CE), aunque haya habido cambios muy significativos en el Derecho derivado y en la praxis de su aplicación por la Comisión y su interpretación por el Tribunal de Justicia.

45. Como es bien sabido, dentro de este Derecho se contemplaban y se siguen contemplando dos conductas prohibidas: los *acuerdos colusorios* y el *abuso de posición de dominio*⁵⁰. Respecto a la primera de ellas, se prohibieron por el entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE (actual artículo 101.1 del Tratado de funcionamiento de la UE) los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tuvieran un objeto o efecto anticompetitivo y afectasen al funcionamiento, entonces, del mercado común y, actualmente, del mercado interior europeo. La prohibición, sin embargo, era de carácter relativo de manera que se exceptuaban de ella, y se siguen exceptuando, los acuerdos (etc.) que cumplieran determinadas condiciones de efectos pro y anticompetitivos establecidas en el apartado 3º de la propia norma, recogiendo de esta manera legalmente lo que en el sistema norteamericano, que había servido de modelo al europeo, se había ido estableciendo por los tribunales mediante la aplicación de la *rule of reason* o, su alternativa (de prohibición absoluta), la *per se rule*.

46. En los primeros tiempos se planteó un debate acerca de si la prohibición del entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE (actual artículo 101.1 del Tratado de funcionamiento de la UE), estaba condicionada por una *rule of reason* al estilo norteamericano, aunque, como acaba de señalarse, realmente se había tratado de plasmar en el apartado 3º de este artículo⁵¹. En este escenario, y habida cuenta de la frecuencia que en la práctica tenían los *acuerdos verticales de distribución*, más pronto que tarde tenía que plantearse su sujeción a la prohibición de los acuerdos colusorios (apartado 1º) y, en su caso, qué condiciones debían reunir para ser autorizados (apartado 3º).

47. La primera referencia a la cuestión la vamos a encontrar en el Reglamento 17/62 del Consejo de 21 de febrero de 1962 de aplicación (y desarrollo) de las prohibiciones de los artículos 85 (acuerdos colusorios) y 86 (abuso de posición dominante) del Tratado de la CEE. En este Reglamento, seguramente por la falta de cultura y experiencia sobre defensa de la competencia en las empresas europeas, se optó por un régimen de *reserva de autorización* de excepciones (y que, textualmente al menos, no se contemplaba, ni se contempla en la actualidad, en la norma), de manera que todos los acuerdos restrictivos de la competencia quedaban sometidos inicialmente a la prohibición y únicamente la Comisión, previa notificación de los interesados, tenía la facultad de declararlos exceptuados, bien por estimar que no estaban sometidos a la prohibición del apartado 1º del artículo 85, bien porque se cumplieran los requisitos establecidos en el referido apartado 3º del artículo 85 (en el llamado formulario A/B los interesados podían solicitar ambos pronunciamientos simultáneamente). No obstante, de manera muy significativa, el artículo 4.2, a) del Reglamento exceptuaba la obligación de notificar los acuerdos cuando “[n]o participen en ellos más que dos empresas, siempre que esos acuerdos tengan solamente por efecto (...) restringir la libertad de formación de precios o condiciones de la transacción de una de las

⁵⁰ Además, en el Tratado de la CECA (creada en 1951 y que se extinguiría subsumida en la CE 50 años después) se establecía un *régimen de control de las operaciones de concentración de empresas* (fusiones y adquisiciones de empresas) que no se llevó al de la CEE –y que sigue sin establecerse en el vigente Tratado de funcionamiento de UE–, aunque posteriormente en 1989 se promulgó un primer régimen de control en el Reglamento 4064/89, actualmente sustituido por el 139/2004.

⁵¹ Véase, *ad ex.*, C. D. EHLERMANN, “La modernisation de la politique antitrust de la CE: une révolution juridique et culturelle”, en *Revue de Droit de l’Union Européenne*, nº1/2000, p. 28.

partes en el contrato en el *momento de la reventa de mercancías* adquiridas a la otra parte contratante”, lo que, por encima de la exención de la obligación de notificar los acuerdos de distribución comercial que se limitasen a fijar precios de reventa, daba ciertamente una cierta cobertura de legitimidad a esta práctica, aunque se incluyeran en acuerdos con cláusulas restrictivas de mayor alcance, como, *ad ex.*, las que contuvieran zonas de exclusiva.

48. Poco después la Comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, aclaró cómo afectaba la prohibición de los acuerdos colusorios a los *contratos de agencia*. A este respecto, consideró que estos contratos no estaban afectados por la prohibición de los acuerdos colusorios, con el razonamiento de que “el agente comercial ejerce tan sólo una función de carácter auxiliar (...) actúa de acuerdo con las instrucciones y en interés de la empresa para la que desarrolla su actividad (...) [y] no es por sí mismo ni comprador ni vendedor, sino que busca compradores o vendedores en interés del otro contratante, el cual este sí, vende o compra”. Argumentación que recuerda a la seguida en la anteriormente citada sentencia de 1926 del Tribunal Supremo norteamericano en el asunto *General Electric*. Tras haber sido armonizado en 1986 el régimen del contrato de agencia por la Directiva 86/353, esta posición se ha seguido manteniendo en las Directrices relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000 (núms. 12 a 20) y en las actualmente vigentes de 30 de junio de 2022 (núms. 29 a 46) que, no obstante, fijan de manera bastante minuciosa las condiciones bajo las cuales dichos contratos deben considerarse exceptuados, partiendo de que “el agente no asume ningún riesgo financiero o comercial importante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal”, como *conditio sine qua non* para la exceptuación.

49. Pero el sometimiento, en general, de los acuerdos verticales de distribución al régimen prohibitivo de los acuerdos colusorios, se va a resolver por la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 1966, en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten*. Esta sentencia, cuyas conclusiones distan de haber sido unánimemente compartidas⁵², consideró que un *acuerdo de distribución exclusiva* (concedida por un fabricante de un estado miembro a un distribuidor de otro estado miembro, en este último territorio), estaba sometido a la prohibición del entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE, ya que la norma no distinguía a estos efectos entre acuerdos horizontales y verticales y que la competencia se podía falsear también por estos últimos perjudicando a los consumidores. Pero probablemente lo más decisivo en este caso, fue la consideración de que “un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre Estados miembros puede ser contrario a los objetivos más fundamentales de la Comunidad (...) [que] tratan de suprimir las barreras entre Estados [por lo que no se debe] permitir que las empresas reconstruyeran tales barreras; que el apartado 1 del artículo 85 responde a dicho objetivo, aun en el caso de que se trate de acuerdos entre empresas situadas en distintas fases del proceso económico”⁵³.

50. La misma línea continuará años después en la sentencia de 28 de enero de 1986, en el asunto 161/84 *Pronuptia*, donde el Tribunal de Justicia, resolviendo una cuestión prejudicial, señaló que un *contrato de franquicia* podía caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 85.1 del Tratado de la CEE. Tiene interés que, en el contrato de franquicia examinado, entre otras cláusulas, se contemplaba “tomar en consideración los precios sugeridos por el cedente como recomendaciones para la reventa sin

⁵² Entre nosotros se muestra crítico respecto a la consideración de que estos acuerdos caerían *ab initio* en la prohibición del entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE, A. FONT RIVAS, *Mercado Común...* cit., pp.51 y ss. (debe tenerse en cuenta, no obstante, que la obra se escribe en un momento en que todavía regía el sistema de reserva de autorización de excepciones en favor de la Comisión, por lo que no era factible considerar autorizado un acuerdo que no se le hubiera notificado previamente aunque en abstracto reuniera las condiciones exigidas para ello en el apartado 3º del artículo 85).

⁵³ Poco después, sin embargo, en la sentencia de 30 de junio de 1966, asunto 56/65 *Société Technique Minière*, resolviendo una cuestión prejudicial, se estimó que dado que el artículo 85.1 “se basa en una apreciación de las repercusiones del acuerdo sobre dos aspectos que dependen de una evaluación económica, no puede ser interpretado en el sentido de que establece un perjuicio de ningún tipo contra una categoría de acuerdos determinada por su naturaleza jurídica; que, por lo tanto, no puede aplicarse automáticamente la prohibición del apartado 1 del artículo 85 al contrato por el que un productor confía a un distribuidor único la venta de sus productos en una zona determinada”.

perjuicio de su libertad para fijar estos precios”. En este punto el Tribunal de Justicia señaló que “[a]unque las cláusulas que limiten la facultad del cesionario de determinar sus precios con toda libertad sean restrictivas de la competencia, no ocurre lo mismo respecto a la facultad del cedente de comunicar a los cesionarios precios indicativos, siempre que no existan entre el cedente y los cesionarios o entre los cesionarios, prácticas concertadas para la aplicación efectiva de dichos precios. Corresponderá –se concluía– al juez nacional comprobar si se cumple esta condición”.

51. En relación específica con la imposición de precios de reventa, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1985, asunto 243/83 *SA Binon & Cie*, resolviendo una cuestión prejudicial, relativa a la distribución de prensa extranjera en Bélgica, entre otros aspectos en relación con los precios fijados por los editores, consideró que esta imposición de precios era incompatible con el artículo 85.1 del Tratado de la CEE, aunque la Comisión podía examinar, en el marco de una solicitud de exención, si tal elemento de un sistema de distribución puede estar justificada.

B) Los primeros reglamentos de exención por categoría

52. El sistema de notificación previa previsto para los acuerdos restrictivos de la competencia por el Reglamento 17/62 del Consejo, que pronto entró en colapso por el gran número de las producidos⁵⁴, junto con las dudas que seguían subsistiendo sobre las condiciones de aplicabilidad del artículo 85.1 y 3 del Tratado de la CEE a los acuerdos verticales de distribución, determinó finalmente que se dictasen reglamentos de exención por categorías⁵⁵, donde *ex ante* se precisaban por la Comisión las condiciones que deberían reunir dichos acuerdos verticales para estar exceptuados de la prohibición, aunque también se acabaron dictando reglamentos en relación con otro tipo de acuerdos (horizontales, conferencias marítimas, etc.)⁵⁶.

53. El primero de estos reglamentos fue el Reglamento 67/67 de la Comisión de 1967 sobre *acuerdos de exclusiva*. Por lo que respecta al tema que aquí interesa –que es la imposición de los precios de reventa–, este reglamento guardaba silencio, si bien su artículo 2 señalaba que únicamente se podían imponer al concesionario las restricciones expresamente contempladas, entre las que no figuraba la imposición de precios de reventa, aunque hay que recordar que, como ya se ha mencionado, el Reglamento 17/62 del Consejo excluía de la obligación de notificación la fijación de precios de reventa en acuerdos bilaterales.

54. Una situación semejante se mantendrá en los ulteriores reglamentos 1983/83 y 1984/83 de la Comisión de 1983 relativos, respectivamente, a los acuerdos de *distribución exclusiva* y *compra en exclusiva*. En ambos reglamentos, aunque siguió sin contemplarse expresamente el tema de la imposición de precios de reventa, tampoco estaba esta restricción entre las que se permitían en sus respectivos artículos 2.

55. La imposición de precios de reventa, sin embargo, merecerá ya un tratamiento específico en el ulterior Reglamento 123/85 de la Comisión de 1985 relativo a los *acuerdos de distribución y servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles*, que era y sigue siendo un sector de gran importancia económica. Su artículo 6.2 considerará inaplicable la exención contemplada para este tipo de acuerdos,

⁵⁴ C. D. EHLERMANN, “La modernisation...” cit., p. 20, da la cifra de 34.500 notificaciones; V. KORAH, *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la C.E.E.*, ed. española a cargo de A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ, Ariel, Madrid 1986, p. 118, en referencia únicamente a acuerdos de distribución exclusiva, da la de más de 30.000.

⁵⁵ Otra vía que se siguió para resolver el problema, fue el de las cartas informales donde un funcionario, tras un examen preliminar, señalaba que no veía problemas en el acuerdo notificado respecto a la competencia que, no obstante, tenían el inconveniente de su falta de vinculación: V. KORAH, *Introducción...* cit., pp. 76 y s., nota 20.

⁵⁶ La cobertura para estos reglamentos de la Comisión, la proporcionaron varios reglamentos del Consejo; en relación con los acuerdos verticales, el Reglamento 19/65.

“cuando el constructor, el abastecedor u otra empresa de la red de distribución obligue al distribuidor a no reducir determinados precios o a no sobrepasar determinadas tasas de descuento en la reventa de los productos contractuales o de otros correspondientes”. Lo que suponía, en definitiva, descartar que se pudieran imponer precios de reventa fijos o mínimos⁵⁷.

56. En la misma línea se mantendrá el sucesivo Reglamento 1475/95 de la Comisión de 1995 sobre estos acuerdos, aunque excluyendo de la autorización a cualquier modalidad de imposición de precios de reventa –por tanto, también los máximos–, al señalar su artículo 6.6 que se perderá la exención “cuando el fabricante, el proveedor u otra empresa de la red restrinja directa o indirectamente la libertad del distribuidor de fijar los precios y descuentos de la reventa de los productos contractuales o productos correspondientes”. Lo cual se justificó en la exposición de motivos (punto 25), indicando que “para mantener una competencia efectiva en la fase de distribución, es necesario prever que el fabricante o proveedor no pueda acogerse a la exención cuando restrinja la libertad del distribuidor de desarrollar su propia estrategia de precios de reventa”.

57. También hará un tratamiento específico el Reglamento 4087/88 de la Comisión de 1988 sobre *contratos de franquicia*, que comenzaban a tener una importancia considerable en la economía de los estados miembros de la CE, y tras la confirmación que supuso la ya citada sentencia *Pronuptia* de su sometimiento al entonces artículo 85 del Tratado de la CEE. En el artículo 5, e) de este Reglamento se excluirá la aplicación de la exención reconocida a este tipo de acuerdos cuando “se impongan directa o indirectamente, restricciones al franquiciado en la imposición de los precios de venta de los productos o servicios objeto de la franquicia, sin perjuicio de la posibilidad del franquiciador de recomendar dichos precios”. Como se observa, la única diferencia con el anteriormente citado Reglamento 1475/95 sobre automóviles, es que aquí se admiten expresamente las *recomendaciones de precios de reventa*, no contemplados *expressis verbis* en aquel, por lo que podría haber dudas sobre su admisibilidad en aquel ámbito.

C) La modernización del Derecho de la competencia

58. Con la llegada del nuevo milenio, que coincidió con la perspectiva de ampliación de las Comunidades Europeas de los entonces llamados PECOS (países de Centro Europa y Europa Oriental ex comunistas), se hizo patente la necesidad de modernizar el entonces Derecho de la competencia comunitario. Esta modernización, fue precedida por un *Libro blanco* de la Comisión⁵⁸ donde se preconizaba, entre otras medidas, el cambio para los acuerdos restrictivos del sistema de *reserva de autorización* de excepciones, hasta entonces existente, por un sistema de *excepción legal*. Esto permitiría que los acuerdos restrictivos se considerasen autorizados desde el momento en que reunieran los requisitos exigidos por el entonces artículo 81.3 del Tratado de la CE, sin necesidad de un previo pronunciamiento de la Comisión, descargándola de trabajo y permitiéndole centrarse en la persecución de conductas más graves como los cárteles, en un momento, además, en que ya estaba plenamente implantada una cultura de la defensa de la competencia en las empresas europeas, tras décadas de experiencia en la aplicación del Derecho de la competencia.

59. Esta propuesta se vio inmediatamente implementada, para el ámbito de los *acuerdos verticales*, por la modificación por el Reglamento 1216/99 del Consejo, del citado Reglamento 17/62⁵⁹, que, dando una nueva redacción a su artículo 2.2, a), eximió del deber de notificación a “[l]os acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más empresas que operen, por lo que atañe al acuerdo, a un nivel de la

⁵⁷ El punto 23 de la exposición de motivos señala que “[l]as cláusulas de precios mínimos y las obligaciones de no sobrepasar determinadas tasas de descuento quedan excluidas del beneficio de la exención concedida por el presente Reglamento (punto 2 del artículo 6)”.

⁵⁸ *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (antiguos artículos 85 y 86 del Tratado CE)*, DOCE C 132 de 12 de mayo de 1999.

⁵⁹ La reforma se vio aquí precedida por el anteriormente citado *Libro verde sobre las restricciones verticales*.

cadena de producción o distribución diferente, y que afecten a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios” —esto es, a los acuerdos verticales—, a la vez que eliminó la excepción de notificación que había anteriormente en cuanto a los acuerdos bilaterales de imposición de precios de reventa (y que, en todo caso, habría sido innecesario mantener).

60. El paso al *sistema de excepción legal*, se quiso hacer compatible con la previa existencia de reglamentos de exención por categoría, como medio de aportar mayor seguridad jurídica. Pronto se renovarían los reglamentos hasta entonces existentes sobre acuerdos verticales, por el Reglamento 2790/1999 de la Comisión de 1999 sobre dichos acuerdos en general, y que sustituiría a los sectoriales hasta aquel momento existentes 1983/83, 1984/83 y 4087/88, excepción hecha del de distribución de automóviles, que se siguió manteniendo como reglamento específico. El artículo 4, a) consideró inadmisibles (como *cláusula negra*) “la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes”.

61. En la nueva fórmula que utiliza el Reglamento 2790/1999 se observa una postura más matizada que en los reglamentos anteriores sobre la imposición de precios de reventa, pues se excluyen los fijos o mínimos, pero se permiten expresamente los máximos —cosa que hasta ese momento no se había hecho y que desde un punto de vista de política jurídica, como ya dije, parece adecuado— y las recomendaciones —aunque esto ya se contenía en el Reglamento sobre acuerdos de franquicia—; aclarándose, en todo caso, que dentro de la exclusión entran también los sistemas de imposición indirecta de precios a través de presiones o incentivos procedentes de ambas partes —estos es, tanto del proveedor como del distribuidor—. La exposición de motivos del Reglamento justificaba estas disposiciones, como otras relativas a la prohibición de la protección territorial absoluta, por el carácter no imprescindible de dichas restricciones para que los acuerdos alcanzasen los efectos positivos que merecen su excepción de la prohibición (nº 10).

62. Finalmente, le llegó la renovación al Reglamento de distribución de automóviles, que fue sustituido por el 1400/2002 de la Comisión de 2002. El artículo 4, a) considerará como *restricción especialmente grave* a la que no se aplicará la exención, “la restricción de la facultad del distribuidor o taller de reparación para determinar su precio de venta, sin perjuicio de la capacidad del proveedor para imponer un precio de venta máximo o recomendar un precio de venta dado, siempre y cuando tal precio no sea un precio de venta fijo o mínimo fijado a raíz de presiones o de incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes”; es decir, que se estableció un régimen para la imposición de los precios de reventa que era en esencia el mismo que el del precedente Reglamento 2790/1999 sobre acuerdos verticales.

63. Ulteriormente, el nuevo Reglamento 1/2003 del Consejo, que sustituyó al 17/62, eliminaría ya con carácter general para todo tipo de acuerdos la necesidad de previa notificación. El nuevo *sistema de excepción legal* imponía a las partes que pretendieran celebrar un acuerdo que pudiera tener un objeto o un efecto restrictivo de la competencia, una autoevaluación cuidadosa de los efectos pro y anti-competitivos del acuerdo, en el marco de lo previsto en el apartado 3º del entonces artículo 81 del TCE (actual artículo 101.3 del Tratado de funcionamiento de la UE), que además debería probar o acreditar si se iniciase un procedimiento judicial o administrativo contra el acuerdo. En este sentido, el artículo 2 del Reglamento 1/2003, relativo a *la carga de la prueba*, señalará que “[e]n todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas —continúa el precepto— que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”.

64. En este marco de autoevaluación tiene relevancia la Comunicación de la Comisión de 2004 sobre las *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81.3* (actual artículo 101.3). En dichas Directri-

ces la Comisión, partiendo de la fórmula que utiliza el artículo 81.1 (actual artículo 101.1) para prohibir los acuerdos colusorios, va a distinguir entre *restricciones por objeto* y *restricciones por efecto*, señalando que esta distinción es importante porque “[u]na vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos. Dicho de otro modo –continúa–, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia. En cambio, el apartado 3 del artículo 81 no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El apartado 3 del artículo 81 –concluye– se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas”.

65. Aunque por esta última afirmación, no hay una equiparación completa a lo que en los Estados Unidos se considera que forma parte de la *per se rule*, pues aquí teóricamente seguiría habiendo espacio para una excepción de la prohibición, es indudable la cierta equivalencia entre ambas categorías.

66. Por lo que ahora interesa, la Comisión en estas Directrices, partiendo de lo que ella misma ha establecido en los reglamentos de exenciones y en sus comunicaciones y directrices, considera como *restricciones por objeto* aquellas que allí se prohíben o se consideran especialmente graves. En el caso de las *restricciones horizontales*, la imposición de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados o clientes (*ergo* los cárteles), y en las *verticales*, “la imposición de precios de reventa mínimos y fijos y las restricciones que establecen una protección territorial absoluta, incluidas las restricciones sobre las ventas pasivas” (nº 23). Por tanto, hay una gran coincidencia con el ámbito que a la fecha se venía reconociendo en Estados Unidos a la *per se rule* –cárteles e imposición de precios de reventa–, con lo que se confirma la búsqueda consciente de esta cierta equivalencia por la Comisión, por más que ello no se deduzca de lo que decía el artículo 81 y dice actualmente el 101⁶⁰.

67. Posteriormente se dictó un nuevo Reglamento de *acuerdos verticales*, el 330/2010 de la Comisión de 2010, que se siguió configurado como un reglamento aplicable a todos los acuerdos de carácter vertical, incluidos ahora los de distribución de automóviles, en virtud de la remisión que posteriormente le haría poco después el artículo 3 del Reglamento 461/2010 de la Comisión de ese mismo año. El artículo 4 mantuvo la exclusión de la imposición de los precios de reventa en los mismos términos de los precedentes reglamentos 2790/1999 y 1400/2002.

68. De 2010 a 2022 la Comisión impuso multas a empresas, en relación con acuerdos colusorios, por un total de unos 29.000 millones de euros, pero solo cinco de esas decisiones sancionadoras se referían a la fijación de precios de reventa, por una cuantía de unos 151 millones de euros⁶¹. Las más significativas han sido cuatro decisiones de fecha 24 de julio de 2018 –asuntos AT.40465 *Asus*, AT.40469 *Denon & Marantz*, AT.40181 *Philips* y AT.40182 *Pioneer*– sancionando a varios fabricantes de productos electrónicos por la imposición de precios de reventa fijos o mínimos a sus distribuidores *on line*, con multas que, si bien se redujeron entre el 40 y el 50 % por la cooperación prestada por las empresas, alcanzaron la cifra nada desdeñable de más de 111 millones de euros. La principal peculiaridad de estos casos, además de poner fin a una cierta inactividad de la Comisión en la persecución de estas conductas, es que las empresas distribuidoras actuaban en línea y el mecanismo de coordinación

⁶⁰ Anteriormente me he mostrado crítico con esta equivalencia en L.A. VELASCO SAN PEDRO, “Restricción por objeto”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO (dir), *Diccionario...* cit., pp. 636 y ss. por alterar la regla de la carga de la prueba que contempla el ya citado artículo 2 del Reglamento 1/2003.

⁶¹ Por otro lado, no faltan sectores doctrinales que critican, a mayores, que la imposición de precios de reventa se siga manteniendo en la *lista negra* de restricciones, partiendo de que la mayoría de las teorías condicionan su potencial anticompetitivo a la previa existencia de posiciones de poder en el mercado, y de que, si no existe un riesgo demostrado de conductas colusorias, es difícil identificar otros perjuicios o efectos lesivos: F. WICKMANS, F. TUYTSCHAEVER, J. GUTIÉRREZ GILSANZ y C. HERRERO SUÁREZ, *Contratos de distribución...* cit., pp. 347 y s.

⁶² Datos aportados por J. AMTHAUER, J. FLEISS, F. GUGGI y V.H.S.E. ROBERTSON, “Detecting resale price maintenance for competition law purposes: Proof-of-concept study using web scraped data”, en *Computer Law & Security Review* 51 (2023) 105901, p. 3

de los precios de reventa, en parte se produjo utilizando por los minoristas software automático para monitorear y fijar precios.

B) Estado actual de la cuestión

1. El Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales y sus Directrices

69. Actualmente los acuerdos verticales se rigen por el Reglamento 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022. Este reglamento, en relación con la imposición de precios de reventa, no aporta novedades, puesto que su artículo 4, a) dice prácticamente lo mismo que señalaba el anterior reglamento. Por tanto, se sigue excluyendo la fijación directa o indirecta de precios de reventa fijos y mínimos, y permitiendo la de máximos y las recomendaciones⁶².

70. Con todo, la Comunicación de la Comisión sobre *Directrices relativas a las restricciones verticales* de 30 de junio de 2022 (núms. 185 y ss.), añade precisión sobre cómo ha de apreciarse dentro de esos términos la existencia de una imposición de precios de reventa (IPR en la terminología de la comunicación), que se considera como una “restricción especialmente grave” (nº 185), estableciendo adicionalmente algunas adaptaciones a los mercados electrónicos. Por otro lado, se señala que, si bien el Tribunal de Justicia ha sostenido en varias ocasiones que la IPR es una restricción de la *competencia por objeto*, esta calificación “no significa que se trate *per se* de una infracción del artículo 101 del Tratado”, por lo que “[c]uando las empresas consideren que la IPR mejora la eficiencia en un caso concreto, estas pueden alegar justificaciones de eficiencia con arreglo al artículo 101. apartado 3, del Tratado” (nº 195)

71. En cuanto a las modalidades de IPR, se comienza señalando que puede hacerse *directamente*. Tal sería el caso en que el proveedor establezca cláusulas sobre el precio que el comprador debe cobrar a sus clientes, o que le permiten fijarlo o que prohíben que el comprador venda por debajo de un determinado precio. Asimismo, se considera que existe esta restricción cuando el proveedor solicita un aumento de precios y el distribuidor lo cumple (nº 186), lo que no veo muy coherente con la admisión que hace el Reglamento 2022/720 de las recomendaciones de precios, porque solicitar e imponer no es lo mismo. Cuestión distinta es que la solicitud se hubiera hecho bajo coacción, pero aquí creo que entraríamos más propiamente en los medios indirectos de establecer una IPR.

72. Precisamente, el mayor interés de las Directrices estriba en la delimitación de qué se estima como *medios indirectos* de establecer una IPR. Aquí se consideran como tales, tanto los incentivos, como los desincentivos. Concretamente (en su nº 187), se establecen de manera no exhaustiva los siguientes:

- “a) fijar el margen de reventa;
- “b) fijar el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder a partir de un nivel de precios prescrito;
- “c) supeditar la concesión de descuentos o el reembolso de los costes de promoción por parte del proveedor al cumplimiento de un determinado nivel de precios;
- “d) imponer precios mínimos anunciados («PMA»), que prohíben al distribuidor anunciar precios por debajo de un nivel fijado por el proveedor;
- “e) vincular el precio de reventa prescrito a los precios de reventa de los competidores;
- “f) amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones, retraso o suspensión de suministros o rescisión de los contratos en relación con el seguimiento de un determinado nivel de precios”.

⁶² Sobre este Reglamento, véase I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1 (marzo de 2023), pp. 24 y ss.

73. Las Directrices recuerdan la admisibilidad de los precios máximos y las recomendaciones que hace el Reglamento 2022/720, pero asimismo señalan que en combinación con incentivos o desincentivos pueden equivaler a una IPR; por ejemplo, cuando se reembolsan costes promocionales con la condición de que el comprador no se desvíe del precio recomendado o se amenaza con un corte del suministro en respuesta a una desviación del comprador (nº 188).

74. Respecto a los precios mínimos anunciados (PMA), aunque permiten al distribuidor vender a precios más bajos, las Directrices consideran que desincentivan al distribuidor para ello, ya que restringen su capacidad de informar a los clientes potenciales sobre los descuentos disponibles, de manera que se elimina un parámetro clave para la competencia en precio entre minoristas. Por esta razón los PMA se tratarán como un medio indirecto de aplicación de la IPR (nº 189).

75. Las Directrices se refieren, asimismo, a la utilización en el *comercio electrónico* de programas de control de precios. Pero lejos de condenar esta práctica consideran que estos programas incrementan la transparencia de los precios en el mercado, y permiten que los fabricantes hagan un seguimiento eficaz de los precios de reventa, a la vez que los minoristas pueden seguir los precios de sus competidores. Debido a ello las Directrices consideran que el seguimiento y la notificación de los precios no constituyen en este caso una IPR (nº 191).

76. Llama la atención que, en este punto, máxime con la experiencia previa de las ya mencionadas decisiones en los asuntos AT.40465 *Asus*, AT.40469 *Denon & Marantz*, AT.40181 *Philips* y AT.40182 *Pioneer*, no se haya considerado de manera específica la utilización de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial para la imposición de precios de reventa. En todo caso, la utilización de estas tecnologías, particularmente apropiadas para coordinar precios cuando se actúa en el marco de la contratación electrónica, merece el mismo juicio que los procedimientos tradicionales cuando se han predispuerto con esta finalidad⁶³.

77. Las Directrices se refieren también al “contrato de cumplimiento”, que es cuando “el proveedor celebra un acuerdo vertical con un comprador con el fin de ejecutar (cumplir) un acuerdo de suministro suscrito previamente entre el proveedor y un cliente específico”. En estos casos, si el proveedor selecciona la empresa que prestará los servicios de logística, la imposición de un precio de reventa por parte del proveedor no es una IPR. Como ejemplo se señala cuando los clientes “compran los bienes a una empresa que opera en la economía de las plataformas en línea, la cual está gestionada por un grupo de minoristas independientes con una marca común y dicha empresa determina el precio de la venta de los bienes y remite los pedidos a los minoristas para su ejecución”, situación que sería distinta cuando el cliente selecciona a la empresa de logística, en cuyo caso la imposición de un precio de reventa puede (ser) una IPR (nº 192).

78. Las Directrices señalan que, las limitaciones que establece el Reglamento sobre la imposición de precios de reventa, son plenamente aplicables a la *economía de las plataformas digitales*. En este sentido, afirman que las empresas que prestan servicios de intermediación tienen la condición de proveedores respecto a dichos servicios. No obstante, se considera que esto no impide que puedan incentivar a los usuarios de los servicios a vender sus bienes o servicios a un precio competitivo o a reducir sus precios, pero sin imponer un precio de venta fijo o mínimo (nº 194)⁶⁴.

⁶³ En relación con la valoración anticompetitiva que merece la utilización de algoritmos para fijar precios, aunque considerando principalmente la situación en los acuerdos horizontales, véase el interesante trabajo de A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 38 (2017-2018), pp. 77 y ss. Tiene también interés el documento de la OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017 (www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm).

⁶⁴ Otra perturbación que se puede producir en los precios en la distribución comercial, son las llamadas *cláusulas de paridad de precios*, en las que el proveedor garantiza al distribuidor el mejor precio por su bien o servicio, de manera que ningún otro distribuidor podrá adquirirlo a un precio más bajo. Se han hecho frecuentes en relación con las plataformas de interme-

79. Como ya se adelantó, las Directrices consideran que las modalidades de precios máximos y recomendados, pese a su autorización por el Reglamento 2022/720, cuando las efectúa un proveedor con poder de mercado, pueden producir efectos anticompetitivos apreciables. En este caso, será necesario evaluar si se cumplen las condiciones de la excepción prevista en el artículo 101, apartado 3, del Tratado (núms. 200 y 201).

2. La sentencia *Super Bock*

80. El último hito, por el momento, de la imposición de precios de reventa en la UE está constituido por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2023, en el asunto C-211/22 *Super Bock*, donde, aunque con menor claridad que el Tribunal Supremo norteamericano cuando descartó en la sentencia *Leegin* la aplicación a la imposición de precios de reventa de la *per se rule*, parece decantarse por considerar que esta restricción no tiene siempre que ser considerada como una *restricción por objeto*, categoría que, como ya se ha dicho, en la praxis de la Comisión se considera en ciertas medida equivalente a aquella⁶⁵. Veamos.

81. El tema llegó al Tribunal de Justicia como una cuestión prejudicial planteada en un litigio entre la cervecera *Super Bock* y la Autoridad de la Competencia portuguesa. Según el órgano jurisdiccional remitente, se considera acreditado que, al menos durante el período comprendido entre el 15 de mayo de 2006 y el 23 de enero de 2017, *Super Bock* “impuso de manera regular, generalizada y sin modificación alguna a todos los distribuidores las condiciones comerciales que debían respetar al revender los productos que les vendía” y “fijó precios mínimos de reventa con el fin de garantizar el mantenimiento de un nivel de precios mínimo estable y alineado en el conjunto del mercado nacional”. Esos precios además eran aplicados por los distribuidores, que estaban obligados a comunicar los datos de importes y cantidades relativos a la reventa, quienes en caso de no respetarlos estaban sometidos a represalias, como la supresión de descuentos, así como del suministro. La Autoridad de la Competencia portuguesa consideró que esta era una práctica prohibida e impuso las correspondientes multas. El Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, confirmó la resolución de la Autoridad de Competencia, y recurrida esa resolución por los afectados, se elevó una cuestión prejudicial por la Audiencia de Lisboa, en la que se pidió aclaración al Tribunal de Justicia sobre diversos aspectos y, por lo que aquí más interesa, acerca de si “[l]a fijación vertical de precios mínimos constituye por sí sola una infracción por el objeto, que no exige un análisis previo del grado suficiente de nocividad del acuerdo”.

82. Respondiendo a esta cuestión el Tribunal de Justicia considera que para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la UE, un acuerdo debe tener “por objeto o efecto” impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, y que según reiterada jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65), “el carácter alternativo de esa condición, como indica la conjunción ‘o’, hace necesario considerar en primer lugar el objeto mismo del acuerdo”. Lo que le lleva a concluir que “no es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella” (nº 31).

83. No obstante, también estima el Tribunal que el “concepto de ‘restricción de la competencia por el objeto’ debe interpretarse de manera restrictiva” (nº 32), y que “el criterio jurídico esencial para

diación electrónica, por ejemplo, en el sector hotelero. En general sobre la problemática antitrust de estas cláusulas, véase A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la competencia*, Aranzadi, Cizur Galar 2021, p. 197 y ss. e I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos...”, cit., pp. 53 y ss., quien además se ocupa de su tratamiento en el Reglamento 2022/720 y en las Directrices. A este respecto, el Reglamento solo las excluye en su artículo 5.1, d) cuando impliquen “cualquier obligación, directa o indirecta, que impida al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea”.

⁶⁵ Sobre esta sentencia véase el comentario de L. GONZÁLEZ PACHÓN, “La restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos verticales de fijación de precios: el caso ‘Super Bock’”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* nº 33 (2023).

determinar si un acuerdo, sea horizontal o vertical, conlleva una ‘restricción de la competencia por el objeto’ consiste (...) en la comprobación de que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, un grado de nocividad suficiente para la competencia” (nº 34).

84. En este orden de consideraciones, estimará que “[p]ara determinar si ese criterio se cumple, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe” (nº 35). Además, se añade, que “cuando las partes del acuerdo invoquen efectos favorables a la competencia vinculados al acuerdo, deben ser tenidos en cuenta como elementos del contexto de ese acuerdo (...) [y siempre] que tales efectos queden probados, sean pertinentes, inherentes al acuerdo en cuestión y suficientemente importantes, podrían permitir albergar dudas razonables sobre el carácter suficientemente nocivo para la competencia del acuerdo” (nº 36).

85. Todo lo cual lleva al Tribunal de Justicia a concluir, que “para apreciar si un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa conlleva una ‘restricción de la competencia por el objeto’, en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si dicho acuerdo presenta un grado suficiente de nocividad para la competencia, a la luz de los criterios [expuestos]” (nº 37).

86. Cómo fácilmente se ve, el Tribunal de Justicia no desecha que la imposición de precios de reventa, que estaba en la base del pleito originario, sea una *restricción por objeto*, como se ha venido manteniendo por la Comisión, según se dijo y a la que no cita a este respecto, pues admite esa posibilidad, sino que señala que, en atención a las circunstancias, pudiera no serlo. Pero esta última apreciación lleva en la práctica, en mi opinión, a la necesidad de valorar los efectos económicos anticompetitivos y sus justificaciones, lo que la alejaría del contorno con el que, al menos en la doctrina de la Comisión, se han contemplado las restricciones por objeto, acercándola a la posición que mantuvo el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Leegin*, extrayendo a la imposición de precios de reventa, aunque de forma más decidida, del contorno de la *per se rule*, y llevándola a la *rule of reason*.

87. Con todo, como se acaba de indicar, las *Directrices sobre restricciones verticales*, aun manteniendo en principio la caracterización de restricciones por objeto para la imposición de precios de reventa, descartan que ello equivalga a una prohibición *per se*, y señalan que las empresas pueden alegar excepciones de eficiencia conforme al artículo 101.3 del Tratado, lo que asimismo supone la introducción de una valoración de efectos pro y anticompetitivos.

88. En cualquier caso, y prescindiendo de cuestiones terminológicas, el Tribunal de Justicia estima a fin de cuentas que, en la valoración concurrencial de la imposición de precios de reventa, hay que considerar tanto los aspectos anticompetitivos como los procompetitivos o justificaciones, lo que es adecuado debido a los efectos económicos ambivalentes de estas prácticas, que no cabe condenar sin más. Otra cosa es que haya que analizar la cuestión, como se ha propuesto en los propios Estados Unidos después de *Leegin*, con una cierta desconfianza plenamente justificada por la lesión *prima facie* que se produce en relación con el incremento de precios a los consumidores, y que, con carácter general, como ya hemos mantenido, las justificaciones tengan menos peso que los efectos anticompetitivos, por lo que será difícil en la práctica que una imposición de precios de reventa fijos o mínimos reúna las condiciones requeridas para su autorización.

89. Por último, la sentencia tiene también interés en relación con el concepto de acuerdo vertical de fijación de precios, al considerar que existe un acuerdo, con arreglo a al artículo 101, “cuando un proveedor impone a sus distribuidores precios mínimos de reventa de los productos que comercializa, en la medida en que la imposición de esos precios por el proveedor y su respeto por los distribuidores reflejen la voluntad concordante de esas partes. Esta voluntad concordante –continúa la sentencia– puede resultar tanto de las cláusulas del contrato de distribución de que se trate, cuando contenga una invitación expresa a respetar precios mínimos de reventa o, al menos, autorice al proveedor a imponer tales precios,

como del comportamiento de las partes y, en particular, de la eventual existencia de un consentimiento, expreso o tácito, de los distribuidores a una invitación de respetar precios mínimos de reventa”. Pronunciamiento que, como se señaló anteriormente, pone en cuestión la excepción que se ha venido haciendo en los reglamentos de exención por categorías, incluido el último 2022/720, a las *recomendaciones de precios*, porque es obvio que si se recomiendan precios es una invitación a que se respeten.

El senior cohousing como solución habitacional y existencial: de Dinamarca a España*

Senior cohousing as a housing and existential solution: from Denmark to Spain

INMACULADA VIVAS TESÓN

Catedrática de Derecho civil

Universidad de Sevilla

Recibido: 19.05.2024 / Aceptado: 05.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8989

Resumen: El modelo convivencial conocido como cohousing no es nuevo, pero sí reciente en España, donde se prevé una importante expansión en los próximos años. En el cohousing un grupo de personas se une para vivir juntas en torno a un proyecto de vida en común y autogestionada. Son comunidades de viviendas colaborativas para todo tipo de edades y perfiles, si bien la mayoría de los proyectos existentes en la actualidad se centra en las personas mayores. Las numerosas bondades del senior cohousing, así como su encaje jurídico en el Derecho privado español son objeto de análisis en el presente trabajo.

Palabras clave: personas mayores, cohousing, vivienda colaborativa, soledad.

Abstract: The co-housing model known as cohousing is not new, but it is recent in Spain, where it is expected to expand significantly in the coming years. In cohousing, a group of people come together to live together around a common, self-managed living project. They are collaborative housing communities for all ages and profiles, although most of the existing projects currently focus on senior citizens. The numerous advantages of senior cohousing, as well as its legal framework in Spanish private law, are analysed in this paper.

Keywords: older people, cohousing, collaborative housing, loneliness.

Sumario: I. El cohousing: un estilo de vida en expansión por todo el mundo. II. Un modelo habitacional colaborativo: co-vivir. III. El senior cohousing. IV. Su encaje jurídico en el Derecho privado español. 1. Su orfandad legal y la escasez de políticas públicas de promoción. 2. La cooperativa como fórmula jurídica más usual. 3. Vivir en un senior cohousing no es causa de extinción de la pensión compensatoria; convivir maritalmente sí.

*El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación “Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado” (SEJ-617) de la Junta de Andalucía y del Grupo de investigación consolidado “Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos” (DECADE) de la Universidad de Alcalá, así como del Proyecto I+D+i “Discriminación a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica en las situaciones internacionales e interregionales (PID2021-127361NB-I00), Ayudas a Proyectos de generación de conocimiento en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, del que es investigadora responsable la Profesora Goñi Urriza.

I. El cohousing: un estilo de vida en expansión por todo el mundo

1. La covivienda o cohousing es un modelo residencial colaborativo muy extendido en Norteamérica y, cada vez más, en el Norte de Europa. Nació en Dinamarca en la segunda mitad del siglo pasado. Fue el arquitecto Jan Gødmand Høyer quien en 1964 utilizó el término danés *bofælleskaber* (“comunidad de vida” podría ser su traducción al español), ideando el primer experimento social de co-residencia conocido, Skråplanet, el cual se remonta a 1972, en el que los habitantes convivían en alojamientos privados compartiendo grandes espacios comunes¹. Dicha fórmula habitacional comenzó a extenderse en el norte de Europa (Dinamarca, Suecia² y Holanda, países en los que existe una fuerte realidad comunitaria). En los años 80, los arquitectos norteamericanos Charles Durrett y Kathryn McCamant, mientras estudiaban en Copenhague, quedaron fascinados por la idea de vivir en lugares compartidos, lo que bautizaron como “cohousing”. Fue en dicha década cuando se extendió por Estados Unidos, estando presentes, en la actualidad, en Japón, Canadá, Australia y, con mayor o menor intensidad, en todo el mundo.

2. En el área mediterránea el fenómeno es más reciente y está asentándose poco a poco. Si bien se prevé un fuerte desarrollo en los próximos años, ha de reconocerse que países como España e Italia están aún por detrás de los países nórdicos. Fue a finales de los años 90 cuando se creó en España el primer proyecto de lo que, con posterioridad, se denominaría “cohousing senior” y, desde entonces, estas iniciativas han comenzado a abrirse paso en los últimos años, siendo cada vez más los proyectos de vivienda colaborativa o cohousing que aúnan vida comunitaria con la privacidad de un hogar³. El cohousing en Italia aparece a inicios de los años 2000 y es una tendencia que está extendiéndose, concentrándose mayormente en el norte, de manera particular, en Piamonte, Lombardía, Véneto, Emilia-Romaña y Trentino. Cabe destacar, de un lado, la Ley de 22 de junio de 2016, n.º 112, sobre disposiciones relativas a la asistencia a personas con discapacidad grave sin apoyo familiar, la cual crea un Fondo estatal para la asistencia a personas con discapacidades graves sin apoyo familiar ya, en su art. 4, se contemplaba la financiación de soluciones de alojamiento compartido para para personas con discapacidad como el cohousing y, de otro, el reciente Decreto Legislativo de 15 de marzo de 2024, n.º 29, sobre disposiciones relativas a las políticas a favor de las personas mayores⁴, en aplicación de la

¹ Al respecto, vid. F. BERGAMASCO Y G. CANOSSA, “Jan Gødman Høyer, l’ideatore del cohousing”, en *Cohousing e condomini solidali. Guida pratica alle nuove forme di vicinato e vita in comune*, LIETAERT, M. (coord.), Firenze, Terra Nuova, 2007, pp. 15-23.

² Como señalan M. Á. TORTOSA CHULÍA Y G. SUNDSTRÖM, “El cohousing senior en España. Cambios desde la economía social en los alojamientos y en la economía de los cuidados para personas mayores”, en *CIRIEC - España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, n.º 104, 2022, p. 312 (disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/21435>), a los suecos no les gusta que se llamen “senior cohousing” por eso su denominación es “cohousing for the second part of life” (apartamentos compartidos para la segunda mitad de la vida).

³ Para un estudio más detenido de la evolución del cohousing en nuestro país, vid., entre otros, M. VIELA CASTRANADO, “Cohousing: ¿Utopía o una posible solución a los problemas habitacionales en nuestro país?”, en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Alonso Pérez (coord.), Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 401-452; D. HERNÁNDEZ CÁCERES, “El desarrollo del «Cohousing» en España”, en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, MUNAR BERNAT, MARTOS CALABRÚS, LÓPEZ SAN LUIS, BASTANTE GRANELL (dirs.), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 335-356 y M. Á. TORTOSA CHULÍA Y G. SUNDSTRÖM, “El cohousing senior en España. Cambios desde la economía social en los alojamientos y en la economía de los cuidados para personas mayores”, en *CIRIEC - España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, n.º 104, 2022, pp. 303-331 (disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/21435>).

⁴ En su art. 1 contempla su objeto y finalidad en los siguientes términos: “Este Decreto contiene disposiciones destinadas a promover la dignidad y la autonomía, la inclusión social, el envejecimiento activo y la prevención de la fragilidad de la población mayor, también mediante el acceso a la evaluación multidimensional unificada, a herramientas de atención sanitaria preventiva y a la telemedicina a domicilio, la lucha contra el aislamiento y las relaciones. y privaciones emocionales, la convivencia domiciliaria solidaria para personas mayores (senior cohousing) y la convivencia intergeneracional (intergeneracional cohousing), el lento desarrollo de formas de turismo de bienestar y de turismo, así como encaminadas a reordenar, simplificar, coordinar y hacer social, sanitario y socioeconómico -hacer más eficaces las actividades de asistencia sanitaria a las personas mayores no autosuficientes, también mediante la coordinación y reorganización de los recursos disponibles, y garantizar la sostenibilidad económica y la flexibilidad de los servicios de asistencia y atención a largo plazo para las personas mayores y las personas mayores no autosuficientes”.

delegación a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de 23 de marzo de 2023, nº. 33⁵. Su art. 1, en cuanto al objetivo y finalidad de dicho Decreto, tiene el siguiente tenor literal: “Este Decreto contiene disposiciones destinadas a promover la dignidad y la autonomía, la inclusión social, el envejecimiento activo y la prevención de la fragilidad de la población mayor, también mediante el acceso a la evaluación multidimensional unificada, a herramientas de atención sanitaria preventiva y a la telemedicina a domicilio, la lucha contra el aislamiento y las relaciones. y privaciones emocionales, la convivencia domiciliaria solidaria para personas mayores (senior cohousing) y la convivencia intergeneracional (intergeneracional cohousing), el lento desarrollo de formas de turismo de bienestar y de turismo, así como encaminadas a reordenar, simplificar, coordinar y hacer social, sanitario y socioeconómico -hacer más eficaces las actividades de asistencia sanitaria a las personas mayores no autosuficientes, también mediante la coordinación y reorganización de los recursos disponibles, y garantizar la sostenibilidad económica y la flexibilidad de los servicios de asistencia y atención a largo plazo para las personas mayores y las personas mayores no autosuficientes”. Conforme a ello, en sus arts. 15 a 18 contempla el senior cohousing y el cohousing intergeneracional.

3. Durante décadas se ha alimentado en España el sueño de ser propietarios de nuestras viviendas (y de todo lo demás). Desde la infancia tenemos un fuerte sentido de propiedad, “todo es mío y sólo mío”, pues ello nos brinda identidad y seguridad. Somos una sociedad de propietarios y a ello se nos ha empujado financieramente hasta la explosión de la burbuja inmobiliaria y la sucesión de crisis económicas, con las lamentables consecuencias derivadas de ello. La realidad es ahora distinta. Está cambiando el modo de pensar y de actuar en relación a nuestras necesidades (y posibilidades) económicas y, por cuanto ahora nos atañe, habitacionales. Sin embargo, las políticas públicas están dirigidas, fundamentalmente, a los jóvenes, quienes, sin duda alguna, tienen un alarmante problema para acceder a su primera vivienda (están en un perverso bucle financiero dado que sus salarios son bajos y suben menos que el precio de la vivienda y el alquiler), pero no a nuestros mayores.

II. Un modelo habitacional colaborativo: co-vivir

4. En el cohousing un grupo de personas se une para vivir juntas en torno a un proyecto de vida en común y autogestionada. Son comunidades de viviendas colaborativas para todo tipo de edades y perfiles, si bien la mayoría de los proyectos existentes en la actualidad se centra en las personas mayores.

5. Esta alternativa habitacional se caracteriza por tener unas instalaciones con zonas comunes interiores (cocina, comedor, lavandería, biblioteca, peluquería, gimnasio, área de juego, almacén con herramientas, etc.) y exteriores (piscina, jardines, huertos, etc.) y, en ocasiones, también por ofrecer servicios opcionales (atención domiciliaria, asistencia, transporte), los cuales comparten los integrantes de dicha comunidad o cohousers, quienes viven en apartamentos individuales de dos habitaciones de 50 a 60 metros cuadrados, lo que les permite disfrutar de la intimidad del hogar. Los residentes contribuyen económicamente mediante un pago inicial para formar parte de la comunidad colaborativa y uno mensual destinado a cubrir los gastos de suministros individuales y servicios comunes. En definitiva, es un proyecto de vida que encuentra el justo equilibrio entre el respeto a la privacidad y la posibilidad de participar activamente en la vida social y comunitaria, compartiendo espacios, bienes, tiempo y habilidades, lo que lo hace especialmente atractivo.

6. De este modo, el cohousing combina la dimensión individual y privada con la colectiva basada en el compartir. No se trata de una mera comunidad de vecinos como pudiera ser vivir en un inmueble en régimen de propiedad horizontal. Es mucho más que eso, pues el cohousing es un proyecto cimentado en la cohesión entre los integrantes del grupo, en el compartir, en la ayuda mutua y en los afectos. Dicha fórmula tiene su fundamento en esa nueva conciencia ciudadana de colaboración, consumo compartido,

⁵ Ley de 23 de marzo de 2023, nº 33, de delegación al Gobierno en políticas a favor de las personas mayores.

aprovechamiento eficiente y social de los recursos. El cohousing responde, precisamente, a una mentalidad más colectiva, de grupo, de convivencia compartida en varios aspectos y de intereses compartidos; un ideal de reintroducir valores sociales de solidaridad, responsabilidad o colaboración en las relaciones entre los sujetos, y de interrelacionar la vida privada y la vida social. Pero también un modelo o alternativa de acceso a la vivienda reduciendo costes⁶.

7. Existen distintas modalidades, entre ellas, el junior, el intergeneracional, el verde (o eco-housing), el de viviendas tuteladas y el senior.

III. El cohousing senior

8. Dado el progresivo envejecimiento de la población (en 2030, una de cada seis personas en el mundo tendrá 60 años o más; en 2050 la población mundial de personas de 60 años o más se habrá duplicado -2100 millones- y se prevé que el número de personas de 80 años o más se triplique entre 2020 y 2050 hasta alcanzar los 426 millones) y la silenciosa y cruel epidemia del siglo XXI, la soledad no deseada de nuestros mayores, este modo de vida comunitario se está convirtiendo en un recurso habitacional en alza⁷. El cohousing está creciendo, especialmente, entre aquellas personas que corren el riesgo de encontrarse solas en ese momento de la vida en el que más ayuda necesitan, nuestros mayores, quienes buscan en dicha comunidad su último refugio en compañía, en lugar de irse a vivir a casa de un hijo o a una residencia y perder su libertad y, por consiguiente, el control de sus vidas.

9. Dicha forma de vida ofrece a las personas mayores (entendemos como tales las de 65 años o más⁸, si bien el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, aprobada el 9 de junio de 2015 en el marco de la Organización de Estados Americanos⁹, de carácter, por tanto, regional, define a la persona mayor como “aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años”) múltiples ventajas de diversa índole. Entre las más destacables, podemos señalar el ahorro económico (deben tenerse en cuenta los costes de alquiler o de otros gastos ordinarios y extraordinarios asociados al mantenimiento y uso de un piso en propiedad por una persona sola como, por ejemplo, los suministros energéticos, los pagos de comunidad -y las eventuales derramas-, el impuesto de bienes inmuebles, el seguro, las retribuciones de los profesionales que realizan las labores domésticas o los costes de bienes de uso esporádico -como las herramientas-, si bien debe advertirse que los precios del cohousing varían en función de su tipología y ubicación), la existencia de espacios comunes y servicios compartidos que abrazan la sostenibilidad ambiental (compartir recursos permite reducir significativamente los residuos y el consumo energético, además de existir una conciencia ecológica con soluciones de impacto positivo para el medioambiente como las placas solares, la aerotermia, el aislamiento térmico, etc.), la integración social, la compañía, la solidaridad y el apoyo mutuo en las actividades cotidianas, las cuales, en un mundo gobernado por las tecnologías de la información y comunicación, se caracterizan por la conectividad digital¹⁰ y el abandono de la indispensable socialización offline.

⁶ Son palabras de B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, “Vivienda colaborativa: algunas notas sobre la situación jurídica en España y Portugal”, en *Revista Electrónica de Direito (RED)*, vol. 16, n.º 2, 2018, p. 180.

⁷ Según M. BRENTON, “Quattro esperienze di cohousing per anziani”, en AA.VV. *Cohousing e condomini solidali*, LIETAERT, M. (coord.) Firenze, Terra Nuova, 2007, pp. 57 y ss., en el Norte de Europa hay numerosos cohousing reservados a personas mayores. Así, por ejemplo, en Holanda existen más de doscientos.

⁸ El Decreto Legislativo de 15 de marzo de 2024, n.º 29, sobre disposiciones relativas a las políticas a favor de las personas mayores, que ha entrado en vigor recientemente en Italia, define en su art. 2 a la “persona anziana” como aquella que ha cumplido 65 años y a la “persona grande anziana” como la que ha cumplido 80 años.

⁹ Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf.

¹⁰ Según datos del Instituto Nacional de Estadística de 2023, el 95,3% de la población, de 16 a 74 años, ha utilizado Internet en los últimos tres meses, 0,9 puntos más que en 2022. Los usuarios de Internet se han elevado en los últimos años y el valor de la brecha de género ha pasado de 1,0 puntos en el año 2018 a 0,3 puntos en 2023 a favor de las mujeres.

10. El cohousing se caracteriza por la sostenibilidad económica, ambiental y social. Es una solución habitacional que permite reducir costes al contratarse los servicios de forma colectiva y fomenta las relaciones sociales interpersonales, reportando enormes beneficios físicos y psicológicos para sus moradores, destacadamente, la autonomía o autosuficiencia personal, lo que redundará en la calidad de vida de la población mayor, de manera que en dicha fórmula convivencial convergen elementos económicos, pero también y, sobre todo, existenciales. Co-vivir fomenta el envejecimiento activo y saludable, permitiendo vivir más feliz y durante más tiempo. Frente al cohousing intergeneracional, a mi juicio, la mayor bondad de la modalidad senior no es la solución al problema de acceso a la vivienda, pues en dichas comunidades suelen vivir personas con recursos económicos, sino al de la soledad no deseada y el aislamiento en la etapa de la madurez.

11. Se trata, en definitiva, de una nueva filosofía convivencial surgida como consecuencia, por un lado, de los agujeros de un deficiente sistema del Estado de Bienestar y, por otro, de la transformación de la familia tradicional, que viene a colmar la carencia de atención y cuidados a los adultos mayores, quienes, deseosos de disfrutar, de forma activa e independiente, su última etapa de la vida, están condenados a vivir en soledad y en exclusión social. A dicho aislamiento contribuyen, con frecuencia, las dificultades de movilidad en el hogar de algunas personas de edad avanzada y la falta de accesibilidad de muchos inmuebles, lo que les obligan a vivir enjaulados en sus casas. En un mundo presidido por la indiferencia, el individualismo y la pérdida del ligamen social, el cohousing recupera el sentimiento de ser parte de una comunidad.

12. No, no es una alternativa a las residencias de mayores. Va mucho más allá. Vivir colaborativamente no se basa en la prestación de servicios de asistencia por parte de terceros a personas no autosuficientes, sino en los valores, prácticas y actitudes del compartir, sin renunciar, por ello, a un espacio propio del individuo¹¹. Es una fórmula habitacional que cubre las necesidades materiales y afectivas de las personas mayores, lo que garantiza el derecho a una vida independiente y digna. Se trata de una nueva forma de co-vivir, un vivir juntos, una alianza solidaria y una fórmula habitacional respetuosa con el medioambiente, cuestión esta última nada desdeñable.

13. La imagen social negativa hacia las personas mayores, sobre la cual se basan las prácticas discriminatorias hacia ellas, se agrava en tiempos de crisis, como ha quedado patente tras la pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2 (Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2), lo que las sitúa en riesgo de exclusión social y soledad emocional. Este contexto pandémico ha desenmascarado el edadismo y la gerontofobia en España, la estigmatización social de la vejez, a lo que se suma la indiferencia y falta de solidaridad de la sociedad civil hacia quienes, según sus cálculos, ya han vivido demasiado tiempo. La finitud es un hecho natural e intrínseco en el ser humano y ello parece justificar sobradamente la discriminación por razón de edad, un fenómeno sutil y poco reconocido que, a diferencia de otros como el racismo, es practicado por personas que, inevitablemente, serán, algún día, mayores y, por consiguiente, futuras víctimas de rechazo y marginación. Como he señalado en alguna ocasión y aquí vuelvo a insistir, es necesario más que nunca un Tratado Internacional de Naciones Unidas (orga-

El uso de Internet es una práctica mayoritaria en los jóvenes de 16 a 24 años, con un 99,9% en los hombres y un 99,7% en las mujeres.

Al aumentar la edad desciende el uso de Internet, siendo el porcentaje más bajo el que corresponde al grupo de edad de 65 a 74 años (un 79,7% para los hombres y un 80,5% para las mujeres).

El porcentaje de hombres y mujeres, de 16 a 74 años, que ha utilizado internet en los últimos tres meses en 2023 es más alto en España (95,3% y 95,6%) que en la UE-27 (91,7% y 91,1%), siendo en España el valor de la brecha de género de 0,4 puntos a favor de las mujeres. Croacia alcanza el valor más alto, con 7 puntos porcentuales.

¹¹ En Italia, la Sentencia nº 1286/2022, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo Regional del Lacio resulta sumamente interesante porque tuvo que dilucidar si una cooperativa social del municipio romano de Fiumicino, que alquiló una propiedad que primero fue cedida en comodato a la propia cooperativa y luego subarrendada a cinco personas mayores, a las que se ayudó con alimentos y servicios sanitarios se trataba de un senior cohousing o de una residencia para personas mayores, en cuyo caso precisaba la correspondiente autorización administrativa. La sentencia explica la diferencia entre ambas y define, por primera vez, el senior cohousing, el cual carece de un régimen normativo propio en el ordenamiento jurídico italiano.

nización que ha impulsado varias iniciativas sobre este colectivo de la población sin lograr ninguna a ver la luz) que aborde, de manera sistemática, los derechos y necesidades de las personas mayores, tal y como hace la ya citada Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Al respecto, resulta de capital importancia aclarar que las arrugas no conducen, de manera automática, a la discapacidad, por lo que a nuestros mayores no les es siempre aplicable la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que no recoge un tratamiento específico y transversal del envejecimiento (lo menciona en sus arts. 25 y 28), como sí hace, en cambio, con relación al género y a la niñez¹². Por ello, no entiendo cómo a estas alturas no se ha prestado mayor atención las personas mayores mediante un Tratado internacional que las contemple como protagonistas, abordando el envejecimiento como un asunto de derechos humanos, una de las cuestiones medulares del presente siglo. Este importante colectivo vulnerable reclama más que nunca visibilidad normativa e institucional a través de un instrumento internacional de ámbito universal de protección de derechos humanos que, como ha hecho la citada Convención de las Naciones Unidas, obligue a los Estados parte a prestar particular atención y sensibilidad a las personas mayores adaptando sus respectivos ordenamientos jurídicos y diseñando políticas públicas y estrategias eficaces que fomenten el empoderamiento en la vejez. Entre tales medidas a implementar se encontraría el senior cohousing, una solución habitacional destinada a promover la autonomía, la inclusión social y el envejecimiento activo.

IV. Su encaje jurídico en el Derecho privado español

1. Su orfandad legal y la escasez de políticas públicas de promoción

14. Para el jurista la ley no puede ser su única frontera. Debe observar también el hecho, siempre veloz y transformador, analizarlo detenidamente e intentar colmar un vacío cuando un viejo Código civil como el nuestro lo ignora y la desidia del legislador le conduce siempre a reaccionar tardíamente. El Derecho se mezcla con el hecho cotidiano, una suerte de simbiosis entre lo jurídico y lo extrajurídico en la que la praxis sale siempre vencedora¹³ y así debe ser para poder reflexionar, crear y avanzar. Nos interesa el Derecho de ahora, pero no exclusivamente, también el de mañana.

15. A diferencia de otros países como Dinamarca, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos, no contamos con una regulación estatal específica del cohousing. A dicha orfandad legal se suma la escasez de políticas institucionales de promoción de este modelo habitacional¹⁴ de cohousing senior y de cesión de suelo público, lo que tal vez se deba a que las personas mayores que buscan este tipo de comunidades cuentan con recursos financieros suficientes y, a menudo, con una vivienda en propiedad, de modo que no tienen una necesidad habitacional. De ser esa la explicación, me surge un interrogante: el apoyo de los poderes públicos a los cohousing seniors, ¿debe hacerse en función de la capacidad económica de las personas que desean co-vivir en ellos? Con otras palabras, el fomento de tales experiencias colabora-

¹² Las personas mayores sí están presentes en algunos de los veinte principios fundamentales contenidos en el documento presentado por la Comisión Europea en 2017 sobre el “Pilar Europeo de derechos sociales” (disponible en https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es#:~:text=El%20pilar%20europeo%20de%20derechos%20sociales%20consiste%20en,Condiciones%20de%20trabajo%20justas.%20Protecci%C3%B3n%20e%20inclusi%C3%B3n%20social), si bien ha de tenerse en cuenta que tales principios conforman un mero compromiso político sin carácter vinculante.

¹³ Es lo que P. GROSSI, “Conclusioni”, en *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Actas del Congreso celebrado en Florencia el 8 de mayo de 2015, I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, 2015, p. 182 califica de “fattualità imperversa”. En el mismo sentido, N. LIPARI, “Il futuro del diritto, le relazioni personali e i diritti delle coppie omosessuali”, en *Foro it.*, 2015, V, pp. 19 y ss., para quien “il Diritto non sta più esclusivamente nei testi, ma nasce da un rapporto, sempre mutevole, tra testi e contesti”.

¹⁴ Debe señalarse que esta modalidad habitacional es contemplada por el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, en concreto, en su Capítulo IX, el cual lleva por rúbrica “Programa de fomento de alojamientos temporales, de modelos cohousing, de viviendas intergeneracionales y modalidades similares” (arts. 81 a 90), si bien es responsabilidad de las Comunidades Autónomas dotar dicho de presupuesto, lo que han hecho muy pocas.

tivas, ¿compete al Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana o al Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030? Ante dicha realidad, son las empresas privadas las que aprovechan las oportunidades que ofrece esta fórmula convivencial, cuya constitución, desde la óptica jurídica, suelen encauzar a través de clásicas instituciones de Derecho privado como la copropiedad, la asociación, la fundación o la cooperativa, en tanto que la cesión de la vivienda a cada cohouser como un derecho personal (el arrendamiento) o real (la propiedad o el usufructo¹⁵), si bien los regímenes jurídicos de tales figuras no se adecúan plenamente a la finalidad pretendida mediante un senior cohousing, por ello que algunas de sus disposiciones no les sean aplicables, como algunas de la Ley de Propiedad Horizontal (no es posible que la junta de propietarios acuerde limitar la facultad dominical de disponer de su vivienda a un cohouser)¹⁶ o de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos (pensemos en las normas imperativas acerca de la duración del arrendamiento para uso de vivienda)¹⁷. Creo, por tanto, que esta forma de co-vivir requeriría una regulación normativa específica que atendiera a la filosofía que subyace en el senior cohousing y que permitiera al operador jurídico determinar, con claridad, cuándo estamos ante él y cuándo no.

16. Ante los distintos acontecimientos vividos en España en los últimos tiempos (crisis financiera, pandemia del Covid-19, la guerra en Europa), junto con la soledad y el aislamiento social como unos de los grandes males del siglo XXI, la Comunidad Valenciana, al amparo de lo dispuesto por el art. 148.1.3.^a de la Constitución, el cual atribuye en exclusiva a las Comunidades autónomas la competencia en materia de vivienda, ha promulgado la Ley 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas, convirtiéndose, así, en la primera regulación autonómica que contempla dicha modalidad habitacional. Como se recoge en su Preámbulo, el objetivo de esta ley es hacer efectivo el derecho a una vivienda asequible, digna y adecuada, mediante un modelo no especulativo, de modo que tal modelo solo podrá desarrollarse mediante aquellas formas jurídicas que no tienen como finalidad principal el lucro, de modo que queda circunscrito a las sociedades cooperativas, cuya finalidad es la de satisfacer las necesidades de las personas socias, y a las asociaciones, dado su carácter legal de entidades no lucrativas. Según su art. 3, se consideran viviendas colaborativas los edificios o conjuntos residenciales cuya titularidad única pertenece a una entidad participada por sus usuarios, cuya gestión es compartida, adoptando la forma de cooperativa no lucrativa o de asociación no lucrativa. Además, deben incorporar, al menos, los siguientes espacios o dependencias: 1. Viviendas o dependencias susceptibles de aprovechamiento privado. 2. Elementos comunes del edificio o conjunto residencial, de acuerdo con el artículo 396 del Código civil. 3. Espacios o dependencias para el uso común, al menos en un 20 % de la superficie total, para desarrollar algunas de las funciones inherentes al uso residencial, y/o la prestación de servicios comunitarios y sociales, excepto si la cooperativa de viviendas se establece mediante la rehabilitación o adquisición de un conjunto residencial preexistente y las características de este no permiten lograr este porcentaje,

¹⁵ Como señala S. LOUREDO CASADO, “Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso como cauce jurídico para los nuevos modelos habitacionales”, en *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, Nº 7, 2020, p. 189, “algunos autores han destacado puntos en los que el sistema de cesión de uso de una vivienda y el derecho real de usufructo no encajan bien. En primer lugar, desde un punto de vista más teórico, en la cooperativa no se daría una ajenidad real entre usufructuario (socios) y nudo propietario (cooperativa), al ser los cooperativistas miembros de la sociedad. Esto podría salvarse, sin embargo, entendiéndose que la personalidad de los miembros y de la persona jurídica es diferente y que la ajenidad se ve cumplida al menos en el plano formal. En segundo lugar, en general, se faculta al usufructuario a aprovechar por sí la cosa o disponer de su derecho, lo que no parece compatible con el caso cooperativo. Finalmente, el nudo propietario tiene la idea de que su propiedad será plena en algún momento del futuro, pero no ocurre así en las cooperativas de viviendas con régimen de usufructuarios. En efecto, concordamos con que la adaptación del usufructo a esta situación jurídica no es, en absoluto, perfecta, pero se trata de uno de los derechos reales que más se relacionan con la situación jurídica de los usuarios -no propietarios, especialmente si su edad es avanzada de una vivienda en cesión de uso”.

¹⁶ Para una exposición de las semejanzas y diferencias entre el cohousing y el régimen en propiedad horizontal, vid. M^a. P. RODRÍGUEZ LIÉVANO, “El cohousing como modelo habitacional colaborativo y su diferenciación respecto a la propiedad horizontal” en *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili*, nº 11, 2019, pp. 27-32 (disponible en <https://housing.urv.cat/wp-content/uploads/2019/07/HousingCHURV11.pdf>).

¹⁷ Para un detenido análisis, vid. N. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La respuesta de la economía colaborativa a la necesidad de vivienda de nuestros mayores: el resurgir del senior cohousing a raíz de la crisis del Covid-19 y sus implicaciones jurídico-civiles, en *El alojamiento colaborativo: problemática jurídica actual de las viviendas de uso turístico*, C. LÓPEZ SÁNCHEZ (coord.), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 338-343.

quedando fijado el mínimo en un 10 % para estos casos. Los espacios comunes han de ser totalmente accesibles y disponer de medidas de evacuación suficientes de acuerdo con la normativa vigente. La cocina se situará preferentemente en la planta baja. Cabe, por último, resaltar como cuestiones relevantes que la cooperativa no puede adjudicar privativamente a las personas socias la propiedad ni ningún derecho real limitado sobre las viviendas o las dependencias susceptibles de uso privado, como tampoco un derecho de superficie sobre estas (art. 10.3) y que la persona titular del derecho de uso y disfrute de una vivienda colaborativa no podrá transmitir su derecho (art. 10.10).

2. La cooperativa como fórmula jurídica más usual

17. Según establece el art. 129.2 de la Constitución española, “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas”. Pues bien, la cooperativa es, sin duda, la fórmula más recurrente para crear una comunidad colaborativa, pues, tal y como resulta diseñada por la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas (debe señalarse que en esta materia tienen competencia normativa las Comunidades Autónomas *ex* art. 149.3 de la Constitución¹⁸, de modo que la norma estatal queda reducida a ser un marco jurídico y supletorio en caso de lagunas), en ella encajan a la perfección los principios democráticos, valores y sentimientos comunitarios del cohousing¹⁹. La Alianza Cooperativa Internacional, organización independiente y no gubernamental establecida en 1895 para unir, representar y trabajar al servicio de las cooperativas de todo el mundo, adoptó en 1995 la Declaración sobre la Identidad Cooperativa, en la cual se señala que los principios cooperativos son la adhesión voluntaria y abierta; la gestión democrática de los miembros; la participación económica de los miembros; la autonomía e independencia; la educación, formación e información; la cooperación entre cooperativas; y el interés por la comunidad. Por su parte, las cooperativas se basan en los valores de autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Al igual que sus fundadores, los miembros cooperativos creen en los valores éticos de honestidad, actitud receptiva, responsabilidad social y respeto hacia los demás²⁰. Conforme a ello, el art. 1.1. de la Ley 27/1999 establece que “la cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley”²¹.

18. En los proyectos de cohousing concurren elementos propios de dos modalidades de cooperativas, las de vivienda (arts. 89 a 92) y las de consumidores y usuarios (art. 88), pues van más allá del objeto social de procurar el acceso a la vivienda, cubriendo otras necesidades vitales relativas al envejecimiento activo y saludable de los senior cohousers (por ejemplo, comedor, servicios de asistencia médica, actividades sociales, culturales o deportivas, podología, peluquería, suministro de bienes de consumo alimentario y de productos del hogar, etc.). La cooperativa de consumidores y usuarios se antoja como la más adecuada para prestar tales servicios, además de que tiene la doble condición de mayorista y minorista, siendo considerados tanto los socios como la propia cooperativa consumidores directos, de modo que tiene mayores ventajas fiscales que la de vivienda. Resulta curioso que la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas contemple las cooperativas de viviendas como un subtipo de las de consumo en sus arts. 97 y 98, lo que, a mi modesto entender, es la mejor fórmula para

¹⁸ El art. 149.3 de la Constitución española dispone que “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”.

¹⁹ Para un detallado estudio, vid. S. LOUREDO CASADO, “El ‘senior cohousing’ en España a través del recurso a las cooperativas de viviendas”, en *Economía colaborativa y Derecho: aspectos civiles, mercantiles y laborales*, CARRIL VÁZQUEZ, GARCÍA PÉREZ, LÓPEZ-SUÁREZ (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 219-237.

²⁰ Para mayor detalle, puede consultarse su página web: <https://ica.coop/es>.

²¹ En su art. 7 dispone que “la sociedad cooperativa se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas previsto en esta Ley. Con la inscripción adquirirá personalidad jurídica”.

desarrollar el cohousing. Además, en su art. 97.4²² contempla expresamente que el derecho a la vivienda pueda adquirirse como residencia de mayores. Digna de mención es la Constitución de Portugal de 1976, que en su art. 65 dedicado al derecho a la vivienda, menciona expresamente las cooperativas de viviendas: “1. Todos tienen derecho, para sí y para su familia, a una vivienda de dimensión adecuada, en condiciones de higiene y comodidad y que preserve la intimidad personal y la privacidad familiar. 2. Para asegurar el derecho a la vivienda, corresponde al Estado: (...) c) Estimular la construcción privada, con subordinación a los intereses generales y el acceso a la vivienda propia o arrendada; d) Incentivar y apoyar las iniciativas de las comunidades locales y de las poblaciones tendentes a resolver los respectivos problemas habitacionales, y a fomentar la creación de cooperativas de viviendas y de autoconstrucción”. Conviene destacar que las cooperativas pueden constituirse como entidades sin ánimo de lucro, según contempla la Disposición Adicional primera de la ley estatal²³, lo que encaja, oportunamente, en la modalidad del cohousing senior²⁴.

19. Se recurre a la cooperativa tanto para la fase de construcción (o, en su caso, reforma) y diseño del conjunto inmobiliario como para la ulterior vida en comunidad²⁵. En la mayoría de estas comunidades de vida senior, la cooperativa es la propietaria del conjunto de edificaciones, atribuyéndose a los

²² Según el art. 97.4 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas, “el derecho sobre la vivienda podrá adquirirse con carácter de residencia habitual; para descanso o vacaciones; como residencia de personas mayores, discapacitadas o dependientes; para facilitar el acceso de jóvenes y/o grupos de población con especiales dificultades de acceso a la vivienda, o para cualquier otro de análogas características, con los límites establecidos en la presente ley, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sobre vivienda protegida”.

²³ Disposición Adicional 1ª de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas: “Podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus Estatutos recojan expresamente:

- a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios.
- b) Las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas.
- c) El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los consejeros en el desempeño de sus funciones.
- d) Las retribuciones de los socios trabajadores o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena no podrán superar el 150 por 100 de las retribuciones que, en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector”.

²⁴ Así, un ejemplo de cohousing senior es la cooperativa de viviendas La Muralleta, situado en Santa Oliva, pueblo de la comarca del Baix Penedès a 3 Km. de El Vendrell, en la provincia de Tarragona y en la que viven 39 personas de edades comprendidas entre 59 y 83 años. En el art. 2 de sus Estatutos, acerca de su finalidad y objeto, se recoge lo siguiente: “Potenciar la vida social activa, colaborativa y ayuda mutua; Favorecer la dinamización de las personas y la convivencia mediante comidas comunitarias, celebraciones; comisiones de trabajo colectivo; actividades lúdicas y culturales, etc.; Fomentar la autogestión mediante la participación social de los residentes a través de la corresponsabilidad de la gestión junto con los órganos de gobierno propios de la cooperativa; Combinar la vida social entre residentes con la privacidad en el hogar propio; Facilitar las instalaciones para servicios básicos tales como comedor, limpieza domiciliaria, lavado de ropa, etc., a medida que se vayan necesitando. Estos servicios serán opcionales y los pagará el usuario a título personal; Los servicios asistenciales tendrán carácter voluntario, pudiéndose compartir los servicios entre dos o más socios. La cooperativa no está obligada a proporcionar las instalaciones y los espacios adecuados si ello implica asistencia a estados de dependencia o atención especial, si bien facilitará la gestión para que las personas afectas puedan ser atendidas en sus viviendas asistencia por derecho según la ley de dependencia o ingresos o visitas centros de la Seguridad Social; Dentro del Complejo se pretende respetar los criterios de Sostenibilidad Ambiental, tanto en la construcción como en su posterior mantenimiento, con la introducción de energías alternativas y consumos responsable en el uso de agua; Para un mejor cumplimiento de estos Objetivos la Cooperativa podrá crear Secciones; Todas estas actividades se realizarán sin ánimo especulativo ni afán de lucro”.

²⁵ El art. 89 de la Ley 27/1999, dispone: “1. Las cooperativas de viviendas asocian a personas físicas que precisen alojamiento y/o locales para sí y las personas que con ellas convivan. También podrán ser socios los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro, que precisen alojamiento para aquellas personas que dependientes de ellos tengan que residir, por razón de su trabajo o función, en el entorno de una promoción cooperativa o que precisen locales para desarrollar sus actividades. Asimismo, pueden tener como objeto, incluso único, en cuyo caso podrán ser socios cualquier tipo de personas, el procurar edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministros de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias.

2. Las cooperativas de viviendas podrán adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios para el cumplimiento de su objeto social”.

socios un derecho (de naturaleza personal o real) de uso exclusivo de su vivienda, al cual se suma el de disfrutar y servirse de los espacios y servicios comunes. Otra opción es que los socios sean titulares del derecho de propiedad sobre el espacio habitacional, cooperativizando sólo los elementos y servicios comunes, si bien puede incluirse en los estatutos un derecho de adquisición preferente de tanteo o retracto a favor de la cooperativa en caso de que el socio enajene su vivienda. Así, el art. 89.3 de la Ley 27/1999 establece que “3. La propiedad o el uso y disfrute de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a los socios mediante cualquier título admitido en Derecho. Cuando la cooperativa retenga la propiedad de las viviendas o locales, los Estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de estos y de la cooperativa, pudiendo prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute de la vivienda o local con socios de otras cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad”. Por su parte, el art. 97.3 de la antes mencionada Ley de sociedades cooperativas andaluzas dispone que “los estatutos sociales podrán prever, mediante cualquier título admitido en derecho, la transmisión de la propiedad de las viviendas, locales y construcciones complementarias a los socios y socias, o, simplemente, la cesión de su uso y disfrute, manteniéndose la titularidad de la propiedad por parte de la sociedad cooperativa, incluido el alquiler con opción a compra. Ambos regímenes podrán coexistir en una misma sociedad cooperativa, de establecerse estatutariamente. Cuando la sociedad cooperativa mantenga la titularidad de la propiedad, podrán los estatutos prever y regular la posibilidad de cesión o permuta del derecho de uso y disfrute con los socios y socias de otras sociedades cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad”. Debo destacar que la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi, en su art. 118, ha sido pionera al recoger, expresamente, la modalidad de la cooperativa de vivienda en cesión de uso²⁶.

20. Para su óptimo funcionamiento interno es crucial que los integrantes, dando debido cumplimiento a las normas imperativas de la legislación de cooperativas (o de asociaciones, fundaciones, etc.) que le sea aplicable, se doten de Estatutos y normas de régimen interior en las que, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, plasmen, de manera clara y minuciosa, la clase de cooperativa, los requisitos de la membresía (por ejemplo, una edad mínima para ser miembro), la naturaleza del derecho de uso que se atribuye al residente, las reglas participativas, el sistema de adopción de decisiones, los derechos y obligaciones de cada residente tanto respecto de los espacios comunes como de los individuales, las aportaciones económicas, las consecuencias de la baja voluntaria y el fallecimiento, la resolución de controversias (preferentemente, por medios autocompositivos), etc.

²⁶ Art. 118. Régimen de adjudicación o cesión.

“1. La propiedad o el uso y disfrute, habitual o por temporadas, de las viviendas y locales podrán ser adjudicados o cedidos a las personas socias mediante cualquier título admitido en derecho.

2. Adjudicada la propiedad de viviendas y locales promovidos, la cooperativa deberá disolverse, pero siempre y cuando haya transcurrido el plazo de garantía y el legal previsto para responder de los vicios ocultos como entidad promotora, a contar desde la fecha de su adjudicación, salvo que los estatutos o convenios de colaboración suscritos con entidades públicas establezcan un plazo superior.

3. Cuando la cooperativa promueva o adquiera un conjunto de viviendas y locales, todo ello como inmueble único, para su cesión a las personas socias, el conjunto inmobiliario será propiedad de la cooperativa en pleno dominio u otro derecho, con carácter indefinido o de duración determinada si así se prevé en los estatutos.

En tal caso, las personas socias cooperadoras ostentarán un derecho de uso sobre la vivienda y locales que les sean adjudicados por la cooperativa conforme a sus estatutos y normas de organización interna que regularán sus derechos y obligaciones.

En este tipo de cooperativas de cesión de uso, para adquirir la condición de persona socia habrá de suscribirse una aportación al capital, que tendrá como importe máximo el que le corresponda en función de los costes de promoción o adquisición del inmueble. Las personas socias abonarán, además, las cuotas periódicas que fijen los órganos de la cooperativa para el mantenimiento, mejora y conceptos asimilables correspondientes al inmueble residencial.

En caso de baja de la persona socia, su derecho de uso se pondrá a disposición del consejo rector, que lo adjudicará a una nueva persona socia. El derecho de uso es transmisible mortis causa a quienes sean causahabientes de la persona socia fallecida, previa su admisión como personas socias, de conformidad con los requisitos generales, si así lo solicitaren en el plazo de tres meses. En otro caso, tendrán derecho a la liquidación del crédito correspondiente.

4. Será de aplicación al importe de reembolso lo regulado en el artículo 119.6 de la presente ley”.

3. Vivir en un senior cohousing no es causa de extinción de la pensión compensatoria; convivir maritalmente sí

21. De interés nos resulta la SAP de Pontevedra (Sección 6ª) de 16 de abril de 2021²⁷. En ella, tras un divorcio, la ex mujer aportaba un documento que se intitulaba “contrato de cesión de uso (senior cohousing)”, el cual aparece suscrito por ella, su hermana y un hombre y que, según se hacía constar expresamente, tenía como única finalidad compartir servicios en común, compañía y ayuda. Sin embargo, al resultar probada la relación sentimental entre la ex mujer y el hombre firmante del contrato, se estima que procede la extinción de la pensión compensatoria de la que era acreedora por concurrir uno de las causas legalmente previstas en el art. 101.1 del Código civil como es la convivencia marital.

²⁷ JUR\2021\209723.

Derecho inglés, competencia judicial internacional y Ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio*

English Law, international jurisdiction and Law applicable to the matrimonial property regime

ALFONSO YBARRA BORES

Profesor Titular de Universidad de Derecho internacional privado

Universidad Pablo de Olavide

ORCID ID: 0000-0001-6129-1161

Recibido: 10.05.2024 / Aceptado: 27.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8990

Resumen: Una de las grandes diferencias entre el Derecho inglés y el Derecho español la encontramos en materia de régimen económico matrimonial; tan es así que, en el primero se parte de la inexistencia de dicha institución. Sin embargo, en el Derecho inglés sí se regulan los efectos económicos del matrimonio en caso de divorcio. Todo ello da lugar a que, en supuestos de crisis matrimoniales internacionales con intereses españoles y británicos, los esposos puedan tener especial interés en litigar ante los tribunales ingleses o, en su caso, ante los españoles, sabiendo las ventajas y desventajas que les puede suponer hacerlo ante unos u otros, y ello teniendo especialmente en cuenta la posible ley aplicable. Apuntamos en el presente trabajo algunas claves a considerar en estos casos.

Palabras clave: Derecho inglés, régimen económico matrimonial, competencia judicial internacional, derecho aplicable, *ancillary relief*, *forum shopping*.

Abstract: One of the great differences between English Law and Spanish Law is found in matters of matrimonial property regime; Thus, in the first one, it is based on the non-existence of said institution. However, English Law does regulate the economic effects of marriage in the event of divorce. All of this gives rise to the fact that in cases of international marriage crisis with Spanish and British interests present, the spouses may have a special interest in litigating before the English courts or, where appropriate, before the Spanish courts, knowing the advantages and disadvantages that doing so may entail for one or the other, and this especially considering the possible applicable law. In this work we point out some keys to consider in these cases.

Keywords: English Law, matrimonial property regime, international jurisdiction, Law applicable, ancillary relief, forum shopping.

Sumario: I. La *matrimonial property* en el Derecho inglés. II. Los efectos económicos del matrimonio en caso de divorcio en el Derecho inglés. 1. Las *financial orders* en la *Matrimonial Causes Act*. 2. Los elementos a considerar a la hora de dictar una *financial order*. 3. La determinación y valoración de los bienes matrimoniales. III. El *sharing principle* y el *principle of need*. 1. El *sharing*

*El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2019-106496RB-I00 “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal” (REJURPAT), Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

principle. 2. El *principle of need*. IV. Derecho inglés, efectos económicos del matrimonio y divorcios internacionales. 1. Londres como capital mundial de los grandes divorcios. 2. El choque de trenes entre el *civil law* y el Derecho inglés en relación a los efectos económicos del matrimonio. A. La primacía del foro inglés en la determinación de la Ley aplicable. B. El reconocimiento recíproco de decisiones entre el foro español y el inglés. 3. La *Matrimonial property* y Ley aplicable en el Derecho inglés. A. El *matrimonial domicile* como criterio de conexión. B. La fijación del *matrimonial domicile*. C. La jurisprudencia inglesa y el *domicile of choice*. 4. La *matrimonial property* y el foro español.

I. La *matrimonial property* en el Derecho inglés

1. A diferencia de lo que acontece en nuestro sistema, en el Derecho inglés el matrimonio de por sí no produce ninguna consecuencia directa sobre el patrimonio de los cónyuges. La celebración del matrimonio carece de impacto respecto de la propiedad de los bienes de los cónyuges¹. Del mismo modo, ninguno de los cónyuges adquiere la facultad de administrar los bienes del otro². Por ello, las transacciones llevadas a cabo por un cónyuge no vinculan al otro, siendo cada uno responsable de sus deudas, por lo que, salvo supuestos muy particulares, únicamente los bienes del cónyuge que haya contraído una deuda pueden ser perseguidos por su acreedor³.

2. Es por ello por lo que el matrimonio no da lugar a la existencia de un patrimonio que sea común para los esposos, no se establece una comunidad de bienes, se entiende que la propiedad la ostenta el titular de cada bien. El concepto de régimen económico matrimonial es desconocido para el Derecho inglés, por ello, si nos encontrásemos ante un supuesto internacional donde fuese de aplicación la Ley inglesa a la cuestión de la liquidación de los efectos económicos del matrimonio, no se podría abrir un procedimiento *stricto sensu* de liquidación del régimen económico matrimonial a la manera entendida por los juristas según nuestro sistema⁴. Lo que exponemos se recoge con acierto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 28 de septiembre de 2021, en un supuesto donde se discutía sobre la Ley aplicable al régimen económico matrimonial de un matrimonio integrado por dos nacionales británicos⁵.

3. Sin embargo, debemos resaltar algunos supuestos del Derecho inglés que pueden implicar una matización a este planteamiento: el primero sería la excepción representada por los *household goods* o *household chattels*, algo así como el ajuar doméstico, el cual se presume que pertenece por igual a los esposos dada la dificultad práctica de determinar la titularidad exacta de tales bienes; el segundo se refiere a la existencia de una posible manifestación de voluntad de las partes a través de un *prenuptial agreement* y, si bien en el Derecho inglés tradicionalmente tales acuerdos no resultaban vinculantes, lo cierto es que su

¹ Sobre el régimen de propiedad de los bienes del matrimonio en el Derecho inglés *vid.* E. COOKE *et al.*, “Community of Property -A regime for England and Wales: interim report”, *International Family Law*, 2005, pp. 133-137; M. DAVIER, “Matrimonial Property in English and American Conflicts of Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, 1993, n° 4, pp. 855-881 y J.M. CHERPE, “England and Wales – A Jurisdiction without a Matrimonial Property Regime”, en E. LAUROBA LACASA y M.E. GINEBRA MOLINS (dirs.), *Régimes matrimoniaux de participation aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe*, LGDJ, París, 2016, pp. 111-127.

² En concreto, desde 1882 en el Derecho inglés el matrimonio no produce efecto alguno sobre los derechos de propiedad de personas que se encuentren domiciliadas en Inglaterra o Gales. Y ello tuvo lugar gracias a la *Married Women's Property Act 1882*, en virtud de la cual la esposa alcanzó completa igualdad y autonomía patrimonial respecto del marido.

³ *Law of Property Act 1925 (Section 37)*.

⁴ En la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2018 se señala, que, “por tratarse de la legislación inglesa no existe propiamente un régimen económico-matrimonial” (*BOE* n° 291 de 3 de diciembre de 2018, F.D. 4º, pfo. 2º); y en el mismo sentido la reciente resolución de 26 de septiembre de 2023 (*BOE* n° 261 de 1 de noviembre de 2023, F.D. 1º).

⁵ ECLI:ES:APIB:2021:2213 (F.D. 2º).

reconocimiento es cada día más amplio⁶; finalmente, el tercer supuesto puede darse cuando, con ocasión de la disolución del matrimonio, la autoridad judicial utiliza un mecanismo de corrección según el cual sería preciso definir previamente la propiedad legal de los bienes para acometer un reparto justo de los mismos. Sobre este último aspecto, de gran interés práctico, nos detendremos a continuación.

II. Los efectos económicos del matrimonio en caso de divorcio en el Derecho inglés

4. En el Derecho inglés sí que se regula expresamente la división de la propiedad matrimonial en caso de divorcio y, en tal sentido, algunos autores se refieren a la existencia de un régimen de separación de bienes con asignación judicial del patrimonio en caso de divorcio⁷. Por lo tanto, sí que se encuentra previsto en el sistema inglés que, como un efecto del divorcio, se produzca la división de bienes entre los cónyuges, y lo más llamativo es que ésta puede afectar tanto a los bienes matrimoniales (*matrimonial property*), como a los bienes no matrimoniales (*non-matrimonial property*), existiendo al efecto una regulación en la que va a prevalecer la equidad y flexibilidad frente a la seguridad⁸.

5. Dicha regulación se encuentra contenida en la *Matrimonial Causes Act 1973*⁹, disponiendo el juez de cierta discrecionalidad a la hora de poder dictar diversos tipos de *orders* que se contemplan, todo ello dentro de lo que se conoce como el procedimiento de *ancillary relief*¹⁰, el cual se refiere a todas las medidas económicas que pueden ser dictadas por el juez en el marco de un procedimiento de divorcio en aras a determinar la situación económica de los cónyuges y la liquidación del patrimonio familiar. Dichas medidas suelen contener disposiciones de carácter económico destinadas a la distribución de los bienes del matrimonio o a garantizar el derecho de alimentos de los cónyuges o de los hijos. Vamos a centrarnos en el análisis de los efectos patrimoniales propios del divorcio dentro del marco de la citada *Matrimonial Causes Act 1973*.

1. Las *financial orders* en la *Matrimonial Causes Act*

6. En la *Section 24* de la citada *Matrimonial Causes Act 1973* se contemplan diversas *financial orders*, las cuales puede dictar el juez como consecuencia de un procedimiento de divorcio, órdenes que pueden afectar tanto a la *matrimonial property* como a la *non-matrimonial property*. Así pues, ante la inexistencia de un régimen económico matrimonial, son los jueces los que, para evitar posibles consecuencias injustas, se encargan de ponderar las eventuales necesidades surgidas durante el matrimonio, fijando las compensaciones que procedan entre los esposos.

7. Las distintas *financial orders* que pueden ser dictadas serían: a) una *lump sum order*, que se refiere la imposición a una de las partes del pago de una suma de dinero a la otra; b) una *transfer of pro-*

⁶ En particular, tras la sentencia *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42 2010 y las posteriores *Hopkins v Hopkins* [2015] EWHC 812 (Fam) y *MN v AN* [2023] EWHC 613 (Fam), que refuerzan la posición sobre la importancia de los *prenuptial agreements* en el Derecho inglés, los cuales deben ser tenidos en cuenta por los tribunales siempre que no conlleven resultados injustos ni hayan sido alcanzados mediante coacción. Sobre el caso *Radmacher*, vid. M. WELSTEAD y S. EDWARDS, *Family Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 199-205.

⁷ Sin embargo, S.L. COOPER y D. CARRILLO MARTÍN dejan claro que el dato de que en el Derecho inglés no exista confusión de patrimonios como consecuencia del matrimonio y cada cónyuge conserve el suyo, da lugar al “mito de la existencia de un régimen de separación de bienes” en tal sistema, lo cual no puede estar más alejado de la realidad (“To be or not to be. La existencia o no de regímenes matrimoniales en Inglaterra y Gales”, *Wolters Kluwer Revistas, Actualidad Civil*, 16 de abril de 2013, p. 1).

⁸ Como indican A. BARLOW y N. LOWE, “*Whilst there was no formal community of property approach, case law had significantly shifted to what has been described as a judicially created system of community of property*” (“The effects of EU Law on Family Law in England and Wales”, en *The interaction between Family Law, Succession Law and Private international Law*, J.M. SHERPE y E. BARGELLI -eds.-, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 117-118).

⁹ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18>.

¹⁰ Como indican M. WELSTEAD y S. EDWARDS, se trata de “*a process known as an application for ancillary relief, (...) they applied for a legal order to end their relationship*” (*Family Law, op. cit.*, p. 170).

perty order, cuya finalidad sería que se llevase a término la transmisión de una propiedad, normalmente la vivienda familiar; c) una *variation of settlement order*, que tiene lugar cuando el juez considera que procede reabrir un acuerdo previo de divorcio, lo cual ocurre sólo en circunstancias excepcionales, por ejemplo, cuando se haya producido un cambio material en las circunstancias del cónyuge solicitante; d) una *order for sale*, la cual es dictada cuando lo que se pretende es la venta de un bien propiedad de las partes, normalmente el hogar familiar; e) una *pension sharing order*, que tiene por objeto que un administrador de fondo de pensiones proceda a dividir entre las partes una pensión; f) finalmente, una *periodical payments order*; en cuyo caso se refiere a una *order* que lo que impone es la obligación de pago de una pensión de alimentos.

8. En definitiva, podemos constatar que el juez inglés cuenta con un importante número de *orders* de las que puede hacer uso, pero en todo caso debiendo tener en consideración una serie de factores que le deben servir de guía a la hora de decidir los términos del mismas¹¹. Al tratamiento de tales factores vamos a dedicar el epígrafe que sigue.

2. Los elementos a considerar a la hora de dictar una *financial order*

9. En la *Section 25 (1)* de la *Matrimonial Causes Act 1973* se establece como criterio general que, a la hora de dictar una *financial order*, el juez debe considerar todas las circunstancias del caso, teniendo en cuenta, en primer lugar, el bienestar de cualquier hijo del matrimonio que no hubiese cumplido los dieciocho años. Por su parte, en la *Section 25 (2)* de la citada Ley se contemplan una serie de factores a los que el juez debe prestar una ‘especial consideración’¹², debiendo tomar en consideración la totalidad de ellos. Ello implica que los jueces disponen de cierta discreción, pero, en todo caso, siempre lo deberán hacer tratando de alcanzar el resultado más justo atendiendo a las particularidades de cada caso. No obstante, y dada la trascendencia de la figura del precedente en el Derecho inglés¹³, los jueces deberán ejercer su discreción siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia contenida en las sentencias de los tribunales superiores¹⁴.

10. Otro aspecto de interés, también regulado en la *Section 25*, lo constituye el denominado principio de rotura limpia (*clean break principle*). En su virtud, el juez debe considerar en cada caso si es apropiado ejercer sus facultades para poner fin a las obligaciones financieras de las partes entre sí tan pronto como sea razonable. Cuando un tribunal dicta una orden de pagos periódicos continuos, debe considerar si lo más apropiado sería exigir que los pagos se realizasen solo durante un período de tiempo que sea considerado lo suficiente para permitir que la parte receptora de los pagos se adapte, sin dificultades excesivas, a la terminación de su dependencia financiera de la otra parte. Es decir, atendiendo al *clean break principle*, se tiende al establecimiento de un prudente periodo transitorio que no se extienda en el tiempo más allá de lo estrictamente necesario¹⁵.

¹¹ Para un estudio más profundo sobre las distintas *financial orders* que pueden ser dictadas en el marco de un procedimiento de *ancillary relief*, vid. C. HAMILTON “England and Wales”, en C. HAMILTON y A. PERRY, *Family Law in Europe -2ª ed.-*, Butterworths, Londres, 2002, pp. 120-121 y M. WELSTEAD y S. EDWARDS, *Family Law*, op. cit., pp. 172-180.

¹² Para un estudio detallado de tales factores vid. M. WELSTEAD y S. EDWARDS, *Family Law*, cit., pp. 188-196.

¹³ En el sistema inglés los jueces influyen decisivamente en la creación del derecho a través de los *binding precedents*, encontrándose obligados a seguir y aplicar lo decidido anteriormente (regla *stare decisis*), siendo algo esencial en tal sistema la correcta aplicación del precedente; de hecho, en la práctica la mayoría de los recursos de apelación interpuestos ante *The Court of Appeal* son fundamentados en la incorrecta aplicación de los *binding precedents*.

¹⁴ En particular, debe seguirse a doctrina contenida en las sentencias dictadas por *The Supreme Court of the United Kingdom* y por *The Court of Appeal of England and Wales*.

¹⁵ Al respecto, en el caso *Minton v Minton* (1978), *Lord Scarman* se refería ya a tal principio en los siguientes términos: “*An object of the modern law is to encourage each to put the past behind them and to begin a new life which is not overshadowed by the relationship which has broken down*” (*Minton v Minton* [1978] UKHL J1123-3).

3. La determinación y valoración de los bienes matrimoniales

11. Con anterioridad a que el juez decida cómo debe procederse a la división de los bienes, es necesario fijar el patrimonio existente, y también determinar su valoración¹⁶. A efectos de la determinación y valoración de los bienes, cada parte debe presentar ante el juez un formulario, que contiene diferentes apartados atendiendo a las distintas categorías de bienes. En concreto, las partes deben especificar una relación de todos sus bienes y derechos, ya hubiesen sido adquiridos con anterioridad al matrimonio, ya durante su vigencia, o incluso los que tuvieran previsto adquirir en un futuro (herencias, pensiones, etc.). La cumplimentación del formulario se enmarca en la existencia en el Derecho inglés de un estricto deber de información por parte de los cónyuges sobre sus bienes, derechos o expectativas de derecho.

12. Para calcular el total de los bienes existentes en el matrimonio, el juez deberá realizar una distinción entre los *liquid* y los *illiquid assets*. A tal fin, cada una de las partes se encuentra obligada a facilitar al juez el detalle de su pasivo; por ejemplo, deudas de tarjetas de crédito u obligaciones de pago de impuestos. El juez debe considerar las dos categorías de bienes, líquidos e ilíquidos, de manera separada, debiendo realizar entre las partes un reparto equilibrado y justo de ambos tipos de bienes¹⁷. Producida la fijación y la valoración de los bienes, acto seguido han de aplicarse los principios que rigen en aras a realizar el reparto.

III. El *sharing principle* y el *principle of need*

13. Fijada la existencia y el valor de los bienes del matrimonio, debe acometerse la compleja tarea de realizar la distribución entre las partes. Al respecto, los dos *leading cases* en los que se establecieron los principios más relevantes que han de ser tenidos en cuenta por los jueces para la distribución de los bienes fueron los célebres casos *White v White* y *Miller v Miller*¹⁸.

14. En el caso *White*, el tribunal enfatizó que el objetivo final debía ser lograr un resultado que fuera ‘justo’ y, además, como una gran novedad en su momento, señaló que la ‘equidad’ implicaba que no se debía producir discriminación entre una persona que contribuyese a un matrimonio aportando dinero y otra que contribuyese adoptando el papel de ama de casa; se debe considerar que ambas partes han realizado igual contribución de cara a la sociedad matrimonial¹⁹. Se mantuvo en dicha sentencia que en todos los casos, el juez debe tratar de alcanzar un resultado justo partiendo del criterio de igualdad (*the yardstick of equality*), y que deberían existir fundadas razones para que, en su caso, se apartase de dicho criterio.

15. Por su parte, en el caso *Miller*, el tribunal señaló tres principios fundamentales que justifican dictar una orden que conlleve la redistribución de activos de una parte a la otra²⁰. Esos principios son los de participación -o reparto- (*sharing principle*), de necesidad (*principle of need*) y de compensación (*compensation principle*). Los tres principios deben ser aplicados a la vista de la entidad y naturaleza de todos los recursos del matrimonio. Sin embargo, lo cierto es que, a raíz del caso *Miller*, en la práctica los tribunales ingleses han limitado el ámbito de aplicación del principio de compensa-

¹⁶ *Charman v Charman* [2007] 1 FLR 1237.

¹⁷ *Wells v Wells* [2002] EWCA Civ 47.

¹⁸ *White v White* [2001] 1 AC 596 y *Miller v Miller* [2006] 2 AC 618, respectivamente.

¹⁹ Para B. BRAAT, la decisión de *The House of Lords* en el caso *White v White* “*already gave rise to claims that England and Wales have in practice adopted a system of deferred community of property. Indeed, there is a separate property of spouses during marriage, followed by a requirement to measure the division of the parties’ assets on divorce against a yardstick of equality*” (“Matrimonial property Law: diversity of forms, equivalence in substance”, en *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, M. ANTOKOLSKAIA (ed.), Intersentia, Cambridge, 2007, p. 243).

²⁰ Un completo comentario sobre la sentencia *Miller* puede verse en M. WELSTEAD y S. EDWARDS, *Family Law*, op. cit., pp. 181-184.

ción²¹, por lo que la gran mayoría de los casos se resuelven de acuerdo con los principios de participación y de necesidad²².

1. El *sharing principle*

16. El *sharing principle* parte del hecho de que el juez debe tomar en consideración todos los bienes y recursos de los cónyuges. En principio, la regla general es que los bienes personales dentro del patrimonio matrimonial deben dividirse en partes iguales en caso de divorcio. Este principio implica la división por partes iguales entre los cónyuges de la propiedad matrimonial, con independencia de quién sea su titular o de quien haya sido la parte que ha generado los ingresos para su adquisición, incluyéndose tanto la *matrimonial property* generada durante el matrimonio, como, en determinadas circunstancias, la *non-matrimonial property*.

17. La *matrimonial property* comprende aquellos bienes adquiridos durante el matrimonio mediante los esfuerzos de una o de ambas partes, si bien ha de tenerse en cuenta que el domicilio conyugal adquirido durante el matrimonio, cualquier que hubiera sido el origen o fuente de la adquisición, constituye una categoría especial incluida en la *matrimonial property*²³. Al aplicar el *sharing principle*, los bienes matrimoniales suelen dividirse por igual entre las partes, pero esto no se trata en todo caso de una regla invariable: por ejemplo, si la vivienda conyugal era propiedad de una de las partes con anterioridad al matrimonio, puede tratarse de una razón suficiente que pueda justificar una división desigual²⁴.

18. Por su parte, la *non-matrimonial property* se suele dividir en tres categorías de bienes: los bienes adquiridos antes del comienzo del matrimonio; los obtenidos durante el matrimonio por uno de ellos a través de donación o herencia y, los adquiridos después de que los esposos se hayan separado. Aunque, en teoría, el *sharing principle* se puede aplicar a los bienes no matrimoniales, no constan casos en la jurisprudencia en los que un bien no matrimonial haya sido distribuido a la otra parte, o incluso compartido, sobre la base de tal principio²⁵.

19. La diferenciación entre bienes matrimoniales y no matrimoniales no siempre resulta sencilla. En los casos en los que se muestra difícil la distinción, los tribunales ingleses han adoptado diferentes enfoques en aras a la búsqueda de un resultado lo más justo posible. Hay casos en los que una de las partes posee bienes propios considerables al comienzo del matrimonio pero que a través de los años pueden confundirse con otros bienes matrimoniales; así, por ejemplo, la adquisición de un bien con fondos que son una mezcla de bienes matrimoniales y no matrimoniales. En tales casos, el juez puede realizar una evaluación en la medida en que el conjunto de activos resulte un fiel reflejo del esfuerzo tanto matrimonial como no matrimonial²⁶.

²¹ En atención al *compensation principle* se han de tener en cuentas las ‘desventajas económicas’ que sufre una parte del matrimonio por haber realizado sacrificios personales en aras a la familia, como, por ejemplo, la renuncia de uno de los cónyuges a su carrera profesional.

²² La jurisprudencia mantiene al respecto que el *compensation principle* es difícil de probar y de aplicar y, en la práctica, puede fácilmente subsumirse dentro de la consideración por parte del tribunal de los principios de participación y necesidad si estos son interpretados de una manera flexible (vid. *RP v RP* [2006] EWHC 3409 (Fam), [2007] 1 FLR 2105.; *McFarlane v McFarlane* [2009] EWHC 891 (Fam), [2009] 2 FLR 1322; *Hvorostovsky v Hvorostovsky* [2009] EWCA Civ 791; *SA v PA (Pre-Marital Agreement: Compensation)* [2014] EWHC 392 -Fam-).

²³ Vid. *Miller*; at [22]-[25] per Lord Nicholls y *Charman v Charman*.

²⁴ *K v L (Ancillary Relief: Inherited Wealth)* [2011] EWCA Civ 550. Tratándose de una vivienda familiar adquirida formalmente por uno solo de los cónyuges, el Derecho inglés, dentro de este tratamiento especial concedido a dicha vivienda, reconoce al otro cónyuge el derecho a reclamar una parte de esa propiedad en razón de su contribución, ‘directa o indirecta’, a dicha adquisición, entendiéndose en tal caso la existencia de un *constructive trust* sobre la vivienda (vid. C. HAMILTON “England and Wales”, en C. HAMILTON y A. PERRY, *Family Law in Europe*, op. cit., p. 122).

²⁵ Circunstancia destacada en el caso *K v L (Ancillary Relief: Inherited Wealth)* [2011] EWCA Civ 550 y también por el *Privy Council* en *Scatliffe v Scatliffe* [2016] UKPC 36.

²⁶ Este enfoque fue precisamente el adoptado en el célebre caso de *Hart v Hart* [2017] EWCA Civ 1306. Como indica al re-

20. En definitiva, es probable que en determinadas circunstancias puedan existir motivos justificados para que el *sharing principle* ceda y puedan resultar afectados en el reparto bienes en principio calificados como no matrimoniales. Así, por ejemplo, en ciertos supuestos se estima que el cónyuge que heredó un determinado bien se encontrará sometido a la eventual aplicación del *principle of need*; en principio un cónyuge no tiene derecho a recibir una porción de los ingresos futuros del otro, considerada *non-matrimonial property*, pero ello acontece a menos que lo contrario pueda justificarse atendiendo al reiterado principio de necesidad²⁷.

2. El *principle of need*

21. En la mayoría de los casos los bienes suelen ser de escaso o medio valor, y el resultado normalmente se determina de acuerdo con el *principle of need*, el cual busca la satisfacción de las necesidades nacidas a raíz del divorcio. No hay un estándar fijo de lo que ha de entenderse por necesidades, se trata de un principio que ha sido descrito por la jurisprudencia como un ‘concepto elástico’²⁸. No obstante, a la hora de evaluar las necesidades de una de las partes de cara a la adopción de una eventual *financial order*, el juez deberá de tener en cuenta una serie de factores, habiendo fijado la jurisprudencia cuáles son las circunstancias que el juez debe de tener en cuenta a la hora de dictar una *financial order* en virtud de la cual, y atendiendo al principio de necesidad, se obligue a una parte a realizar pagos periódicos a la otra. Y ello, apartándose de la regla general, con cargo a bienes propios del primero²⁹.

22. En definitiva, a través del *principle of need* se debe tratar de alcanzar un resultado que sea justo a la vista de las circunstancias del caso y, a través del cual, se cubran las necesidades de las partes de manera razonable y equitativa.

IV. Derecho inglés, efectos económicos del matrimonio y divorcios internacionales

23. Vamos a tratar sobre los diversos efectos y consecuencias que, a nivel internacional, puede desplegar el sistema de liquidación de bienes del matrimonio previsto en el Derecho inglés en caso de divorcio. Para ello vamos a destacar los fenómenos que conducen al relevante papel de Londres como capital mundial actual de los grandes divorcios internacionales; las incidencias que se pueden producir en la interrelación entre los modelos de *civil law* y del Derecho inglés; y cómo se determina la Ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio en el ordenamiento inglés, destacando la importancia del concepto de *domicile* al efecto, así como el hecho de la preferencia de los jueces ingleses a favor de la aplicación de la *lex fori*. Finalizaremos con la exposición de un supuesto extraído de la práctica con el fin de constatar el juego de cuanto exponemos.

1. Londres como capital mundial de los grandes divorcios

24. El foro londinense resulta atractivo de cara a la litigación en materia de divorcios internacionales. Sin duda, una razón inicial de peso para ello la encontramos en la discrecionalidad de la que gozan los jueces ingleses a la hora de dictar las *financial orders*³⁰. En efecto, ya hemos comentado la

specto C. HAMILTON “(...) when the divorce court has wide discretionary powers to distribute and allocate property irrespective of strict property rights” (“England and Wales”, en C. HAMILTON y A. PERRY, *Family Law in Europe*, op. cit., p.105).

²⁷ La posibilidad de esta especial afectación de bienes inicialmente no matrimoniales quedó claramente en el caso de *Waggott v Waggott* [2018] EWCA Civ 727.

²⁸ Ello es recogido, en particular, en el caso *SS v NS (Spousal Maintenance)* [2014] EWHC 4183 (Fam), [2015] 2 FLR 1124.

²⁹ Por todas, vid. *SS v NS (Spousal Maintenance)* [2014] EWHC 4183 (Fam), par. 46.

³⁰ Como señala B. BRAAT, “marriage affects property rights by subjecting them potentially to the court’s discretionary jurisdiction on divorce” (“Matrimonial property Law: diversity of forms, equivalence in substance”, op. cit., p. 240).

importante autonomía que tiene el juez inglés a la hora de determinar el reparto de los bienes entre los cónyuges y ello, en la práctica, puede dar lugar a que resulte difícil predecir de antemano el resultado de un procedimiento de divorcio³¹. Hay que tener en cuenta que los jueces ingleses aplicarán sus propias normas internas para determinar la ley aplicable al fondo del litigio, lo cual dará lugar a que terminen aplicando el Derecho inglés, esto es, las disposiciones analizadas de la *Matrimonial Causes Act 1973*³².

25. Teniendo en cuenta lo expuesto, el fenómeno del *forum shopping* operaría de una manera evidente³³. Además, debe tenerse en cuenta que resulta relativamente fácil obtener la competencia de los tribunales ingleses para el conocimiento de estos llamativos litigios; se trataría de abrir el caso a la jurisdicción inglesa (*gateway test*) justificando por qué sería éste el foro adecuado para conocer del asunto (*appropriate forum test*)³⁴. La preferencia por litigar en el foro londinense ha sido ya constatada con la presentación ante sus tribunales de importantes demandas afectantes a divorcios donde se encuentran presentes importantes intereses financieros³⁵. Y a ello también va a favorecer, sin duda, el hecho de que el 6 de abril de 2022 entrara en vigor la *Divorce, Dissolution and Separation Act 2020*, que ha introducido en el Derecho inglés un sistema de *no-fault divorce* y que, por lo tanto, favorecerá a que el debate central dentro del proceso de divorcio se focalice en el aspecto económico.

2. El choque de trenes entre el *civil law* y el Derecho inglés en relación a los efectos económicos del matrimonio

A. La primacía del foro inglés en la determinación de la Ley aplicable

26. Para el Derecho inglés las capitulaciones otorgadas al amparo de ordenamientos de *civil law* tienen eficacia dudosa, pues, como hemos apuntado, el juez inglés aplicará al divorcio y a sus efectos la *lex fori* y, en principio, no se sentirá vinculado por lo dispuesto en una eventual capitulación otorgada en el extranjero. Conviene recordar que lo concertado por los cónyuges mediante capitulaciones en el Derecho español suele limitarse al establecimiento de un determinado régimen económico matrimonial, normalmente un régimen de separación de bienes, y ello dado el limitado ámbito de que gozan las capitulaciones (arts. 1315 y 1325 del Código civil. Sin embargo, es un hecho cierto que cada día es algo más normal la firma de acuerdos prenupciales en España y, si bien estos acuerdos no vienen expresamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda de que tienen plena validez³⁶.

³¹ Como indican M. WELSTEAD y S. EDWARDS “*All spousal applications for ancillary relief (...), gives very wide powers to the court to deal with the parties’ resources, and reallocate them as it thinks fit*” (*Family Law, op. cit.*, p. 171).

³² La regla general en el Derecho inglés establece que cuando los tribunales ingleses tienen jurisdicción para conocer de un divorcio internacional, aplicarán el Derecho inglés tanto al divorcio como a las consecuencias financieras derivadas del mismo (CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private international Law*, 15ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 1378-1379).

³³ El caso *Z v Z* [2011] EWHC 2878 (Fam) versó en relación a un régimen de «separación de bienes» francés pactado por los cónyuges, según el cual en Francia la esposa hubiera recibido el 15% del haber conyugal, mientras que planteando el asunto ante los tribunales ingleses, y con la aplicación de la Ley inglesa, obtuvo un 40%.

³⁴ Destaca M. CHECA MARTÍNEZ, cómo la legislación inglesa (*EU Exit Regulations*) ha importado con modificaciones el artículo 3 del Reglamento 2021/2003 (Bruselas II bis) en la *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, ampliando la jurisdicción de los tribunales ingleses también para los casos en que “*either of the parties to the marriage is domiciled in England and Wales*” (“Cónyuge y Derecho internacional privado de familia y sucesiones: opciones de planificación y protección patrimonial en perspectiva comparada”, en *Temas actuales de Derecho Privado I*, en M.D. CERVILLA GARZÓN y A.M. BALLESTEROS BARROS (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 199).

³⁵ Nos referimos a los conocidos como *big money cases*; así, casos célebres como *Villiers*, *Berezovsky*, *Chai*, *Akhmedov*, *Abramovich*, *Raer* o *Hohn*. Indican A. BARLOW y NIGEL LOWE en relación al foro londinense: “*More cynically, with London often stated to be the ‘divorce capital of the world’, such flexibility encourages particularly weaker economic spouses in ‘big money cases’ to issue proceedings there*” (“The effects of EU Law on Family Law in England and Wales”, en *The interaction between Family Law, Succession Law and Private international Law, op. cit.*, p. 110).

³⁶ Sobre la eficacia de una *prenuptial agreement* en el sistema español *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:879).

27. Y el panorama es bastante similar en relación a la eficacia en Inglaterra y Gales de las resoluciones judiciales extranjeras dictadas en materia de división del patrimonio matrimonial. En efecto, en el caso de que un tribunal extranjero hubiese dictado una resolución sobre materia asimilable a las afectadas por el *ancillary relief*, cualquiera de las partes, cumpliendo una serie de requisitos, podría instar ante los tribunales ingleses un procedimiento para la obtención de una *financial relief* como si el divorcio hubiese sido obtenido ante un tribunal inglés. Sin embargo, como estas disposiciones se introdujeron básicamente para evitar dificultades cuando una jurisdicción extranjera no hubiera proporcionado una *financial order* adecuada de acuerdo con los principios ingleses, no siempre es seguro que se vaya a conceder una nueva *order*, esta vez desde el marco del foro inglés³⁷.

28. Por otro lado, si quien conociera del divorcio fuese un tribunal español y debiera aplicar el Derecho inglés a lo relativo a los posibles efectos económicos, nos encontraríamos con la dificultad por parte del juez español de aplicar unos principios enmarcados en las *financial orders*. Dichos principios son totalmente desconocidos en su foro, y en nada se corresponden, por ejemplo, a los criterios seguidos en España para la atribución de pensiones compensatorias. Al respecto apunta M. CHECA MARTÍNEZ que, precisamente, el riesgo de falta de una correcta aplicación de la *ancillary relief* del sistema inglés, es otra razón más que potencia en estos casos el *forum shopping* a favor de los tribunales ingleses³⁸.

B. El reconocimiento recíproco de decisiones entre el foro español y el inglés

29. Otra cuestión compleja es la relativa al reconocimiento en países de *civil law* de las resoluciones dictadas por los tribunales ingleses en el marco de solicitudes de *ancillary relief*, y ello dado que mediante las *financial orders* no se realizan transmisiones de propiedad entre cónyuges en un sentido estricto, sino que se ordena que uno de los cónyuges realice lo necesario para que tenga lugar dicha transmisión³⁹. En relación a esta materia, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de febrero de 1997 (C-220/95, *Van den Boogard*)⁴⁰ ya precisó que una decisión judicial inglesa dictada en materia de *ancillary relief*, cumpliendo ciertos requisitos, podía ser calificada como relativa a una *maintenance obligations* a los efectos de su ejecución a través de los mecanismos del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Sin embargo, producida la salida del Reino Unido de la Unión Europea, a efectos del reconocimiento o ejecución en España de una decisión de un tribunal inglés sobre esta materia, habrá que estar a los artículos 41 y siguiente de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁴¹.

30. Y si lo que pretendemos que se reconozca o ejecute en territorio de Derecho inglés una resolución dictada por un tribunal español, tendríamos que estar a lo que establezcan al respecto las normas internas inglesas. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio de la Conferencia de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro⁴², del cual son Estados España y el Reino Unido, y que en principio pudiera servir de referente para ejecutar estas resoluciones (artículo 8), excluye de su ámbito material las cuestiones relativas a los regímenes matrimoniales y a otros derechos u obligaciones resultantes del matrimonio o de relaciones similares (art. 2.2, aptdo. c).

³⁷ Vid. C. HAMILTON, “England and Wales”, en *Family Law*, *op. cit.*, pp. 125-126.

³⁸ “Cónyuge y Derecho internacional privado de familia y sucesiones: opciones de planificación y protección patrimonial en perspectiva comparada”, *op. cit.*, p. 201.

³⁹ En general, sobre los problemas derivados de la eficacia transfronteriza de resoluciones en este campo *vid.* L.F. CARRILLO POZO, “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, n° 1, pp. 86-121.

⁴⁰ *DOUE* núm. 7, de 10 de enero de 2009 (ECLI:EU:C:1997:91).

⁴¹ *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁴² *DOUE* núm. 353, de 10 de diciembre de 2014. El convenio tiene un Título III (arts. 8 a 15) dedicado expresamente al “reconocimiento y ejecución” de resoluciones judiciales.

31. Por lo tanto, y ante la ausencia de un tratado bilateral de reconocimiento y ejecución entre España y el Reino Unido, nos veríamos abocados a tener que acudir al sistema tradicional inglés, cuya regulación se encuentra en la *Civil Procedures Rules 1998 (Part 74)*⁴³. Y en el mismo se exige, por una parte, que la sentencia extranjera sea firme, por otra, que conste la jurisdicción del tribunal de origen a tenor de las normas de competencia judicial internacional del Derecho inglés y, finalmente, que se trate de una resolución que decida sobre el fondo⁴⁴.

3. La *Matrimonial property* y Ley aplicable en el Derecho inglés

A. El *matrimonial domicile* como criterio de conexión

32. A pesar de que en el Derecho inglés se desconozca la institución del régimen económico-matrimonial, sin embargo, sí que existen soluciones conflictuales para determinar la Ley que debe regir los efectos del matrimonio sobre la propiedad de los cónyuges. Y al respecto no se duda que la referida Ley no es otra que la consagrada en la *lex fori*, esto es, la Ley inglesa, sin que los jueces ingleses se encuentren obligados a realizar en cada caso un razonamiento sobre los motivos que le impulsan a la aplicación del tal ordenamiento. Ello es así en cuanto no se concibe la aplicación por parte de un juez inglés de un Derecho extranjero en un caso que manifieste una vinculación con su propio foro⁴⁵.

33. Así, a tenor del Derecho inglés, en principio resultará aplicable a los efectos de la determinación de la propiedad de los bienes del matrimonio la ley del *matrimonial domicile* posterior a la celebración del matrimonio. Sin embargo, en determinados casos podrá aplicarse la Ley del *intended matrimonial domicile*, esto es, la Ley del domicilio al que, tras la celebración del matrimonio, se pretenden trasladar los cónyuges con una clara intención de permanencia.

B. La fijación del *matrimonial domicile*

34. Por ello alcanzará en este punto verdadera relevancia el concepto de *domicile*, concepto propio del Derecho inglés sin parangón en otros sistemas. Ha de partirse del hecho de que para determinar el *domicile* del matrimonio se deben considerar las circunstancias de las personas concernidas, en particular, sus intenciones reales respecto de un territorio concreto. En el sistema inglés cada individuo tiene un *domicile* asignado, que se concreta de diferentes maneras: básicamente, el domicilio de origen y el domicilio de elección⁴⁶. El primero de ellos se adquiere por el hecho del nacimiento, normalmente se corresponde con el *domicile* del padre, y se mantiene en el tiempo salvo que se llegue a adquirir otro *domicile of choice*. Pero para que pueda entenderse que estamos ante un *domicile of choice* se requiere que se produzca una clara desconexión respecto al *domicile of origin*.

⁴³ En relación al estado de la cuestión tras el *Brexit*, vid. M. KULINSKA, “Cross-Border Commercial Disputes: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments After Brexit”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n. 16, 2020, pp. 279-300 y M. CHECA MARTÍNEZ, “Brexit y cooperación judicial internacional en materia civil entre Gibraltar y los Estados miembros de la UE: de Bruselas a La Haya”, en *El Brexit en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar, Campo de Gibraltar y Andalucía*, I. GONZÁLEZ GARCÍA (Coord.), Dykinson, Madrid, 2023, pp. 225-261.

⁴⁴ Un completo estudio sobre los requisitos para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Derecho inglés tras el *Brexit*, puede verse en M. AHMED, *Brexit and the future of private international Law in English courts*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 135-142.

⁴⁵ Además, y a los fines de la determinación de la Ley aplicable a los efectos económicos derivados del matrimonio, debe tenerse presente que el Reino Unido no participa en el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos.

⁴⁶ Junto al *domicile of origin* y al *domicile of choice* también nos encontramos con el *domicile of dependence*, que afecta al *domicile* de un menor de dieciséis años (o mayor si carece de capacidad mental), y que, salvo supuestos puntuales, coincidirá con el *domicile* de los padres.

35. En el apartado 34 del Informe de la Profesora A. Borrás Rodríguez sobre el entonces Convenio de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial, se disponía sobre el particular: “El objeto esencial del *domicile* es conectar una persona con el país en el que tiene su casa, de forma permanente o indefinida. Se utiliza para sujetar a esta persona al sistema jurídico de dicho país para diversos propósitos de amplia aplicación, relativos principalmente a importantes materias que afectan a las relaciones familiares y a la propiedad familiar. En el Reino Unido, las disposiciones legales pretenden asegurar que toda persona tenga en todo momento un domicilio y solamente uno. Para ello, tras existir reglas para determinar el domicilio de los niños (*domicile of origin*), se contienen reglas para establecer el domicilio de los adultos (...) en relación a la adquisición de un nuevo domicilio (*domicile of choice*)”⁴⁷.

C. La jurisprudencia inglesa y el *domicile of choice*

36. En esta misma línea, en relación al abandono del *domicile* de origen y a la opción por la adquisición de uno nuevo, señala la jurisprudencia inglesa que “*a domicile of choice is acquired where a person voluntarily fixes his sole or chief residence in a new territory and intends to remain there for the rest of his days, unless and until something occurs to make him change his mind*”⁴⁸. En concreto, para constatar la existencia de un efectivo *domicile of choice* habrán de ser valoradas las siguientes circunstancias: a) la existencia de una intención real de residir indefinidamente en el nuevo territorio, debiendo entenderse por residencia la presencia física, tratándose de una residencia única y real⁴⁹; b) la concurrencia de una intención de establecerse de manera permanente o indefinida en un determinado territorio, debiendo ser tal intención firme, sin dudas al respecto⁵⁰; c) igualmente, se exige la integración efectiva por parte del matrimonio en la nueva sociedad de acogida⁵¹; d) por otro lado, las meras declaraciones realizadas por una persona en cuanto a su intención son una prueba que puede resultar útil, pero de ninguna manera suficiente de por sí⁵²; f) finalmente, la posesión del pasaporte de un país no es de por sí prueba concluyente de que su titular tenga la intención de tener allí su *domicile*⁵³.

37. Por su parte, para *The Court of Appeal*, son indicios que denotan la adquisición de un *domicile of choice*⁵⁴: a) el hecho de minimizar los vínculos con el Reino Unido y, a la vez, incrementarlos con el nuevo territorio; b) el abandono del Reino Unido con una clara finalidad; c) el no mantenimiento de una residencia en el Reino Unido y, si se mantuviese, lo fuese a modo de inversión; d) la no voluntad de retorno al Reino Unido en el supuesto de que aconteciesen determinadas circunstancias como, por ejemplo, el fallecimiento del cónyuge; e) la integración efectiva en el nuevo país mediante diversas actuaciones, como el incorporarse a clubes o el obtener el derecho a la residencia permanente o; f) por último, sería una evidencia de peso la adquisición de una vivienda en el nuevo territorio para fijar en ella la residencia del matrimonio.

38. En definitiva, realizada la compleja tarea de concretar el *domicile* del matrimonio atendiendo a los parámetros señalados, estaríamos en condiciones de determinar la Ley que habría de regular la liquidación de los efectos patrimoniales vinculados al divorcio.

⁴⁷ DOCE C 221 de 16 de julio de 1998.

⁴⁸ *Moorhouse v. Lord* (1863) 10 HLC 272 at p. 286.

⁴⁹ *Plummer v. IRC* [1987] STC 698 y *The Duchess of Portland v IRC* [1982] STC 149.

⁵⁰ *Clore (No.2)* [1984] STC 609.

⁵¹ *F v. IRC* [2000] STC (SCD) 1.

⁵² *Wahl v. AG* (1930) 2417 LT 382, *House of Lords*.

⁵³ *Bheekhun v. Williams* [1992] 2 FLR 229 y *F v. IRC* [2000] STC (SCD) 1.

⁵⁴ *Cyganik v. Agulian* [2006] EWCA Civ 129.

4. La *matrimonial property* y el foro español

39. En este marco, imaginemos el caso de un matrimonio de británicos celebrado en Londres en 2008, y sin que se hubiera firmado un *prenuptial agreement*; inmediatamente después de la celebración del matrimonio trasladan su residencia habitual a Madrid con intención indefinida de permanencia. El matrimonio posee una vivienda en Londres, que mantienen como mera inversión, el resto bienes se encuentran situados en España. Tienen dos hijos menores nacidos en España y el marido trabaja aquí desde su llegada, teniendo acumulado un importante patrimonio a título privativo, en gran parte recibido por herencia paterna. Por su parte, la esposa ejerce de ama de casa, habiendo renunciado desde su llegada a España a su brillante carrera profesional para dedicarse de lleno al cuidado de la familia.

40. Ante desavenencias surgidas entre los cónyuges, en marzo de 2022 la esposa presenta una demanda de divorcio ante los tribunales de Madrid⁵⁵. En el marco de dicho litigio, tema fundamental lo constituirá la cuestión relativa a la Ley aplicable a la liquidación de los activos del matrimonio de cara a las responsabilidades económicas derivadas del divorcio⁵⁶. Un dato importante a tener en cuenta sería que, a efectos de la determinación de cuál resultaría la Ley aplicable, no sería de aplicación el referido Reglamento 2016/1103, y ello dado que, al margen de no encontrarnos en sentido estricto ante un procedimiento de liquidación de un régimen económico matrimonial, la celebración del matrimonio fue anterior al 29 de enero de 2019 (art. 69). Por ello, para la determinación de la Ley aplicable debemos acudir a la norma interna, la cual se encuentra en el artículo 9.2 del Código civil⁵⁷. Y ello conduciría a la aplicación del Derecho inglés, dado que la primera conexión conduce a la ley personal de los cónyuges al tiempo de contraerlo.

41. Pero resulta que el Derecho inglés declarado aplicable, en virtud del criterio de conexión de su norma de conflicto -la ley del *domicile* del matrimonio- reenviaría la solución material del asunto al Derecho español en el supuesto de que se considerase que tal *domicile* se encontrara situado en territorio español, y ello a tenor del artículo 12.2 de Código civil, el cual admite en nuestro sistema el llamado reenvío de primer grado.

42. Lo que indicamos se justificaría en una asentada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, dado que con la utilización de este mecanismo se obtendrían resultados más positivos, racionales y justos⁵⁸. La operatividad del reenvío se traduciría en no sujetar el destino de los bienes matrimoniales de los esposos a un ordenamiento que se encuentra escasamente vinculado con ellos, así como en evitar situaciones injustas, cuando no dudosamente legales desde la perspectiva del Derecho español (como sería la derivada de incluir los bienes adquiridos por el marido por herencia -privativos- en la masa de los bienes matrimoniales)⁵⁹. En definitiva, si se acreditase que el *matrimonial domicile* se encontraba en España, el juez español debería aplicar el Derecho español, con las consecuencias que en la práctica ello implicaría. Por ello, la determinación del *domicile* del matrimonio se convertirá a veces en cuestión nuclear en torno a la cual girará la solución material que proceda. En el caso, atendiendo a las circunstancias expuestas,

⁵⁵ Los tribunales españoles eran competentes atendiendo a los foros contenidos en el artículo 3 del entonces vigente Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (*DOUE* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁵⁶ Por razones de naturaleza económica, en el caso al marido le interesaría la aplicación del sistema español y, por el contrario, a la esposa, el sistema propio del Derecho inglés, y ello dado el tratamiento mucho más favorable que casi con toda seguridad ésta obtendría en el marco del procedimiento de *ancillary relief*.

⁵⁷ La aplicación del artículo 9.2 del Código civil, que regula la Ley aplicable a los efectos -económicos y personales- del matrimonio, resultará todavía frecuente durante algún tiempo (*vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación de la norma española de conflicto de leyes interno para determinar el régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, n.º 2, pp. 1301-13).

⁵⁸ Véanse al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:3532), de 23 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6053), de 12 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:422), de 5 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4139), de 15 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:56) y de 8 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2945).

⁵⁹ Lo cual probablemente acontecería en el caso de aplicación del Derecho inglés y su sistema de *financial orders*.

cabría afirmar que el *domicile* se encontraba en España y que, por tanto, la Ley española sería la aplicada por la autoridad española a todo lo relativo a los efectos económicos derivados del matrimonio.

43. En definitiva, en un caso como el expuesto se pone de manifiesto que, con casi toda seguridad, a la esposa le hubiera resultado más ventajoso litigar ante los tribunales ingleses, dado que, aplicando el juez inglés la *lex fori*, y en el marco del procedimiento de *ancillary relief*, hubiera podido recibir un trato más beneficioso para sus intereses, y ello mediante la aplicación de las *financial orders* en la manera en que ha sido expuesto en el presente trabajo. Sin embargo, el Derecho internacional privado no deja de resultar una caja de sorpresas donde, en el momento más inesperado, surge una institución como el reenvío, que aparentemente se encuentra obsoleta y en franco retroceso, para con ello dar un giro de trescientos sesenta grados a la solución del asunto. De ahí la importancia de un adecuado asesoramiento preventivo y una correcta planificación en asuntos de una naturaleza tan compleja, y ello es recomendable hacerlo siempre a través de profesionales especializados -notarios y abogados- en asuntos internacionales vinculados al derecho de familia y sucesiones.

¿Existen remedios contractuales para obtener el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento del contrato?

Are there contractual remedies to obtain compensation for moral damage arising from breach of contract?

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 09.07.2024 / Aceptado: 29.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8991

Resumen: Se plantea la conveniencia de que exista en el régimen general del Derecho de contratos un reconocimiento expreso del daño moral derivado del incumplimiento del contrato. Cuando un daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una obligación estipulada en el contrato, o al menos tiene su encaje en las obligaciones que, aunque nada se haya dicho expresamente en el contrato, forman también parte de él, no debería haber necesidad de escapar de la órbita contractual para encontrar la respuesta por la vía extracontractual. Un contrato obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado, pero también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Semejante daño moral solo será extracontractual si no fuera posible situarlo en la esfera de los bienes que fueron tenidos en cuenta al celebrar el contrato o debieron serlo.

Palabras clave: Culpa, daño moral, responsabilidad contractual.

Abstract: The convenience of there being in the general regime of contract law an express recognition of the moral damage followed from a breach of contract is raised. When damage occurs as a consequence of the breach of an obligation stipulated in the contract, or at least has its place in the obligations that, although nothing has been expressly said in the contract, are also part of it, there should be no need to escape of the contractual orbit to find the answer through law of torts means. A contract requires compliance with what is expressly agreed, but also all consequences that, according to their nature, are in accordance with good faith, custom and law. Such moral damage will only be non contractual if it is not possible to place it in the sphere of the goods that were taken into account when entering into the contract or should have been taken into account.

Keywords: Fault, moral damage, contractual liability.

Sumario: I. Propósito. II. La fórmula de la yuxtaposición de responsabilidades y sus trampas. III. El accidente del esquiador. un banco de pruebas con dos respuestas contradictorias. IV. El daño moral como paradigmática zona gris entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. 1. La habitual diferencia de trato. 2. Las tendencias a aproximar *moderadamente* los dos regímenes. 3. El aparente obstáculo del modelo codificado. V. Conclusión.

1. Puede ser conveniente comenzar adelantando la conclusión de estas líneas: existen los daños morales derivados de contrato y éstos pueden ser reclamados como parte de la indemnización de daños y perjuicios y encontrar respuesta impecable en sede contractual. Sin necesidad, por lo tanto, de encontrarle acomodo a la demanda en la vía extracontractual o aquiliana. Se trata de una idea cada vez más mane-

jada por la jurisprudencia, y constituye una rebaja importante de esa práctica viciosa en nuestra práctica forense que se dio en llamar «unidad de la culpa civil». Aunque, ciertamente, el profesor Díez-Picazo no era muy proclive a encontrar respuesta contractual a los daños morales, sí hablaba de la unidad de la culpa civil dedicándole la calificación de «cabal falacia»¹. Cabal falacia me parece a mí también, pero lo cierto es que la táctica hizo furor en nuestros tribunales durante una treintena de años, y todavía la seguimos viendo en nuestros días, aunque uno deba felicitarse de que haya ido perdiendo fuerza.

I. La fórmula de la yuxtaposición de responsabilidades y sus trampas

2. No debería hacer falta el recurso a esa fórmula de la yuxtaposición de responsabilidades que tan presente ha estado en la jurisprudencia de los últimos treinta años, con esa denominación o con otras (concurso de normas o sustanciación). Si el concepto de culpa civil que presenta el art. 1104 C.civ. puede ser utilizado sin dificultad en el terreno extracontractual (terreno en el que, si no existe una definición de culpa, será seguramente porque no hace ninguna falta, pues la norma define la culpa en sede de teoría general de la obligación), ello no puede llevarnos a decir a quien desea postular correctamente una pretensión de resarcimiento, que lo importante es el *petitum* y no la *causa petendi*. Y eso es lo que predica la yuxtaposición: no hay dos pretensiones, sino una sola, y lo que importa es el elemento fáctico o conjunto de hechos, de modo que el demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. Él no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que podrá actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*: si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

3. Ni que decir tiene que ello ha comportado con frecuencia que, ante daños inequívocamente extracontractuales, el juzgador fuerce la naturaleza de los mismos para evitar la brevedad del plazo de prescripción (un año, art. 1968.2º C.civ.). Hemos podido ver con frecuencia que los cambios se efectúan cuando la litis fue constituida sin haber invocado el demandante norma contractual alguna, y sólo se hace el *viraje* cuando el demandado ha opuesto la prescripción anual. Una manera, en fin, de ayudar al demandante mal advertido, pero que tal vez pueda permitirle conseguir *alguna* indemnización en el terreno contractual, donde el plazo de prescripción es mucho mayor (cinco años, art. 1964²). Pero de ayudarle haciendo trampas. Retorciendo los hechos e inventando contratos donde no los hay.

4. Cuesta escoger un ejemplo, porque se cuentan por centenares. Veamos la STS de 6 mayo 1998 (RJ 1998, 2934). Lo más curioso del caso era que en la sentencia de Primera Instancia se puede leer que el diagnóstico de la enfermedad del niño, en el que todos los informes médicos coincidían (ceguera por exceso de oxigenación en la incubadora), databa de finales de 1987, y la reclamación, de ochenta millones de pesetas, fue presentada el 28 de octubre de 1991. Y eso era así porque «mi mandante, por ignorancia de la ley, ha permanecido inactivo en lo relacionado con el daño moral y material recibido tanto por su hijo como por los padres». La demanda, a pesar de todo, se amparaba en los arts. 1902 y 1903 C.civ., sin invocarse para nada la normativa contractual. Solo faltaba, en fin, admitir expresamente que el tiempo había transcurrido con creces, y pedir perdón por no conocer el «pequeño detalle» de la prescripción anual. Y fue después, al contestar a la excepción de prescripción opuesta por el INSALUD, cuando el demandante procedió a modificar la acción, diciendo ahora que ésta se basaba en la culpa contractual. Pero el art. 1101 no había sido ni citado en la demanda. Semejante cambio en la relación jurídico procesal ya constituida no fue admitido por la sentencia del Juzgado, pero tampoco por la que dictó en grado de apelación la Audiencia Provincial de Badajoz.

¹ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V. La responsabilidad civil extracontractual*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 227.

² El plazo fue de quince años desde que el Código civil entró en vigor hasta que la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre lo redujo a cinco. La insostenible diferencia ha durado en España nada menos que 126 años.

Pero la cosa cambió en casación: «la moderna jurisprudencia ha acunado (sic) la doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*».

5. La sentencia hace justicia de espaldas a la ley. La tragedia de un niño ciego, cuyo daño moral no cabía en la órbita extracontractual porque la acción había prescrito, quedaba convenientemente arreglada con una *huida* a la esfera de los contratos, fingiendo que existía algo parecido a un contrato entre su padre (a la sazón el titular de la cartilla de la Seguridad Social) y el Sistema Nacional de Salud.

6. Pero en esta ponencia interesa el fenómeno inverso, que consiste en calificar como extracontractuales unos daños que derivan del incumplimiento de un contrato. Otra teoría particularmente extravagante, que se resume en una frase que durante muchos años la hemos leído en la jurisprudencia: «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial».

7. La frase es del tipo «cortar y pegar», y aparece también en centenares de sentencias, aunque en los dos últimos años parece haber ido perdiendo algo de fuerza. Absolutamente inconcebible que se pueda decir, por ejemplo, que si un depositario, intencionadamente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada «(...) en tal caso, no solo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...). Cabe entonces preguntarse si el autor del daño ha incurrido en doble responsabilidad, la contractual y la extracontractual (y) si, por consiguiente, el perjudicado, es decir, el acreedor, podrá disponer de ambas acciones contra el deudor»³. Sinceramente, a mí se me antoja difícil encontrar un daño más inequívocamente contractual. Igual de extraño me resulta que se pueda plantear este *juego de hojas intercambiables*⁴ en un caso de daños en las mercancías transportadas, pero así parece entenderlo la STS de 10 mayo 1984 (RJ 1984, 2405). Si un arrendatario provoca un incendio en el inmueble arrendado, decir que «tales actos no violaron de forma directa ninguna de las obligaciones que al arrendatario impone el Código civil» es bastante extravagante, pero eso es justo lo que dice la STS de 19 junio 1984 (RJ 1984, 3250). Y al revés, para el caso del arrendador que derriba el cobertizo que formaba parte del conjunto arrendado, lo leemos en la STS de 29 noviembre 1994 (RJ 1994, 9165). O en las SSTs de 1 febrero 1994 (RJ 1994, 854) y 8 abril 1999 (RJ 1999, 2660), para sendos supuestos de sustracción de un vehículo en el aparcamiento de un hotel. Si no hay en estos casos palmarias infracciones de deberes contractuales, ¿qué es entonces lo que hay?

8. Se comprenderá que en materia de daños corporales y morales la situación es muy singular. No me cabe duda de que deriva de contrato la humillación que sufre el cliente del hotel a quien se aloja en el cuarto de planchar, o el daño que padece el dueño del piso alquilado por las molestias y el insomnio que le produce una calefacción ruidosa y que no funciona. También el disgusto infligido a los novios cuando el servicio de banquetes contratado resulta ser pésimo⁵. La STS de 15 junio 2010 (RJ 2010, 5151) se refiere al daño en la vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar, sufrido por los compradores de las participaciones societarias de una empresa, que provocó el cierre de la misma. Tam-

³ GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 831 y ss.

⁴ PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad contractual y la extracontractual aquiliana o delictual*, p. 66. La metáfora se completa con otra muy visual, en la que el autor se lamenta de que los demandantes jueguen con los dos regímenes, extrayendo los preceptos que más interesan de uno o de otro como «el murciélago del fabulista, que mostraba u ocultaba sus alas a voluntad y según las necesidades de la causa» (pp. 55 y 56).

⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, *El daño moral*, Santiago de Chile, 2000, p. 434.

bién se califica de daño contractual, en la STS de 31 mayo 2000 (R.J. 2000, 5089), la zozobra provocada por el retraso injustificado de ocho horas en un vuelo. Y dio mucho que hablar en los últimos años la STS (Pleno Sala 1ª) de 11 marzo 2020 (RJ 2020, 752) cuando admitió que «el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas por el fabricante. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquél. Y, consecuentemente, procede reconocer al fabricante del vehículo la legitimación pasiva para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual». Pero, en lo que aquí más interesa, reincidió en la idea la STS (Pleno de la Sala 1ª) de 23 julio 2021 (RJ 2021, 3583), que valora además el daño moral padecido por el insatisfecho comprador. Una sentencia de la que habrá que ocuparse con el detalle que merece.

II. El accidente del esquiador. Un banco de pruebas con dos respuestas contradictorias

9. Las SSTS de 23 marzo 1988 (RJ 1988, 2226; en lo sucesivo, «caso Baqueira») y 10 junio 1991 (RJ 1991, 4434; en adelante, «caso Tossa de Alp») tratan ambas de dar respuesta a dos casos muy parecidos, a saber, sendos accidentes de esquí con graves secuelas.

10. Es bien sabido que el artículo 1258 del Código civil establece: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». El precepto tiene su equivalencia en el artículo 1374 del Código italiano ⁶ y en la práctica totalidad de los Códigos civiles ⁷.

11. En el «caso Baqueira», la empresa que explotaba la estación de invierno sita en el Valle de Arán se ocupaba de las instalaciones para la práctica del esquí y otras complementarias, como son los remontes mecánicos, las pistas acondicionadas y señalizadas, los viales, las cafeterías y restaurantes, los puestos de socorro, etc. Se puede leer en la sentencia que la empresa tiene las pistas debidamente acondicionadas, numeradas y señalizadas mediante el oportuno balizamiento, que la estación de esquí se abre y se cierra cada día y que antes de la apertura el personal de la estación debe recorrer las instalaciones mecánicas y las pistas a fin de comprobar que se hallan en buenas condiciones para ser abiertas al público. Se lee también que si tras la inspección se comprueba que alguna pista no está en condiciones de ser utilizada por los esquiadores debido al estado de la nieve, la dirección ordena el cierre público de la pista mediante la colocación de vallas o cuerdas, anunciándose el cierre en los paneles informativos generales y en los telesillas de acceso, además de darse aviso por los altavoces y por el personal que recorre las instalaciones.

12. No se reprochaba en la demanda incumplimiento alguno en relación con las prestaciones relativas al transporte de los deportistas, pero el Tribunal Supremo lleva a cabo una reflexión ejemplar: «las obligaciones asumidas por Baqueira Beret, S. A. y aceptadas por sus clientes no se circunscribían como aquélla entiende a un típico contrato de transporte, sino que el transporte en sí, con la finalidad determinada de tener acceso sus usuarios a las pistas de nieve para practicar el deporte del esquí, comprendía la accesoria de tenerle puntual y verazmente informados del estado de dichas pistas, lo que determina que la naturaleza de la convención imponía a Baqueira Beret, S. A. las consecuencias que en orden a la información sobre el estado de las pistas de nieve a los que usaran de sus medios mecánicos

⁶ Artículo 1374: «Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e' nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equita'».

⁷ Así, arts. 961 del Código civil y comercial de Argentina, 1546 del Código civil de Chile, 1236 del puertorriqueño, 1519 del guatemalteco, 1603 del colombiano, 1363 del peruano, 1546 del hondureño, 1023 del costarricense, 1562 del ecuatoriano, 1291 pº 2º del uruguayo, 2480 del nicaragüense, 1109 del panameño, 1160 del venezolano, 1417 del salvadoreño o 1135 del dominicano.

de transporte le imponía la sentencia recurrida que, por consiguiente, aplicó rectamente el precepto del Código Civil cuya infracción se acusa en el motivo». La responsabilidad de la demandada, en fin, no deriva de su obligación como porteador. No nace del mal cumplimiento de los deberes «de prestación», sino de los «de protección o seguridad». Pero es una responsabilidad de naturaleza exquisitamente contractual, con absoluta independencia del tipo o naturaleza del daño cuya indemnización se postulaba. De hecho, se trataba de los días de baja, los gastos de curación, los de adecuación de su vivienda habitual y las secuelas de su paraplejía. Una sentencia, en fin, excelente de 1988.

13. Pero tres años después parece que las cosas cambiaron. Para el «caso Tossa de Alp», la STS de 10 junio 1991 se ocupó de decidir acerca de unos daños también muy graves: unas lesiones que tardaron 695 días en curar, secuelas neurológicas con parálisis braquial del lado derecho casi completa con hiperestesia neurítica y con merma de la capacidad de trabajo y del aprendizaje profesional para aquel joven de dieciséis años. Todo como consecuencia del descarrilamiento y la caída del cable de arrastre de la instalación. Es decir, podríamos decir que se trataba de una responsabilidad aún más claramente contractual. Pues bien, provocando la sorpresa de propios y extraños, el Alto Tribunal dice que para que exista responsabilidad contractual no basta «que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido obligacional» O lo que es lo mismo, «la culpa imputada por la sentencia recurrida a “Telesquís de Alp, Das y Urus S. A.” no nace de un defectuoso cumplimiento por ella de las obligaciones originadas en el contrato de transporte concertado con el perjudicado sino que se trata de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones que motivó el descarrilamiento del cable y su caída por falta de las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños a los usuarios de ese medio de transporte, de todo lo cual se desprende que no obstante la existencia de una relación contractual, el hecho causante del daño no pueda incardinarse como producido dentro la órbita de esa relación y como desarrollo de su contenido negocial».

14. Dicho de otro modo: es contractual la responsabilidad de Baqueira por razones de *integración* contractual (no informar debidamente del estado de las pistas) pero es extracontractual la responsabilidad de Alp, Das y Urus por razones de *interpretación* contractual, es decir, porque la prestación de transporte mal cumplida no puede entrar en la órbita del contrato. Diría que la contradicción es incomprensible, pero prefiero pensar que todo se debe a que en el segundo caso la estación contaba con una póliza de seguro de responsabilidad civil. Un dato que suele pasar inadvertido, pero que da la clave de muchas cosas.

15. En fin, y como puede leerse en la STS de 9 julio 1984 (RJ 1984, 3802), «cuando los contenidos estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito o incluso presunto, (...) no se aplicarán, por tanto, los preceptos que disciplinan la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y ss.), pues ambas responsabilidades, por las diferencias de regulación legal sobre todo en materia de prescripción, no pueden coexistir y ser exigidas a la vez». En la responsabilidad contractual, el deber no es el de no dañar «al prójimo», sino a un concreto acreedor.

16. Merced a la entrada en juego de los factores de integración contractual (art. 1258 C.civ.) y a la invocación en más de un caso de la noción de las obligaciones de seguridad (noción que entiendo tan sumamente útil, pero que GARCÍA VALDECASAS no dudaba de calificar de ficción, «pues presume en las partes la voluntad de contraer una obligación que la mayor parte de las veces ni siquiera pasó por su imaginación»⁸, el contrato absorbe todo aquello que se encuentra en su órbita natural, y los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual. Ha indicado Díez-Picazo que le falta solidez a todo punto de vista que quiera situar fuera de la esfera contractual los daños generados por la inobservancia de los deberes contractuales de protección,

⁸ GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación...», cit.

y que distinguir ambas esferas con ese criterio de calificar como contractual eso que repetía *ad nauseam* la jurisprudencia de la «rigurosa órbita de lo pactado» es un «intento baldío»⁹.

III. El daño moral como paradigmática zona gris entre la responsabilidad contractual y la extracontractual

1. La habitual diferencia de trato

17. Sería un largo exceso dedicar algo más que unas líneas a encontrar las razones por las que es habitual pensar que, ante la duda sobre la naturaleza contractual o extracontractual del daño, el cínico pragmatismo invita a preguntar qué es lo que más le conviene al litigante en cuestión. Argumentos y contraargumentos hay para “etiquetar” el daño según estemos postulando los intereses del perjudicado, los del demandado o los del asegurador de éste.

18. Pero hay que partir de un dato: es tradicional que se dispense un trato más favorable a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y el perjudicado no existía contrato, el alcance del resarcimiento tiende inexorablemente a ser casi íntegro. Pero se sospecha que el montante de la indemnización será normalmente menor si ese mismo daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han tenido ocasión de conversar sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido también ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; «se han visto las caras», en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento... todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales.

19. La consecuencia es que si ante un daño derivado de contrato se tiende a resarcir solamente las consecuencias que fueron previstas o resultaban previsibles en el momento de concertar la obligación (siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento, cfr. art. 1107 C.civ.¹⁰), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a todas las consecuencias conocidas: en el art. 1902, “reparar el daño causado” es “reparar todo el daño causado”.

20. Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra contrata el cuidado y alimentación de sus caballos de carreras y comprueba cómo la negligencia del veterinario ocasiona la muerte de uno de ellos -casualmente, el más valioso-, parece que el sistema quiere que obtenga como indemnización poco más que el valor de mercado del animal a juicio de peritos, salvo que otra cosa se hubiese pactado.

21. A cambio, se le puede adelantar que el plazo para reclamar es el de cinco años del art. 1964¹¹. Pero si la pérdida del animal tiene lugar como consecuencia del atropello de un tractor, no sorprendería nada que el demandante aspirara legítimamente a conseguir también una indemnización por lucro cesante (o al menos por pérdida de oportunidades, ya que el equino había ganado las últimas carreras que corrió en los hipódromos) y quién sabe si hasta otra por daños morales. Pero, eso sí, para reclamar sólo dispondrá del ridículo plazo de un año del art. 1968, p^o 2^o¹².

⁹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 228.

¹⁰ Y es que en caso de dolo del deudor, la indemnización comprende todos los daños causados, hubieran sido o no previsibles cuando el contrato se celebró. Es clara la inspiración francoitaliana del precepto, que bebe (entre otras fuentes) de los arts. 1150 del Código francés y 1228 del Código italiano de 1865 (1225 del vigente). Es éste el modelo que siguen también los Códigos de Chile (art. 1558, p^o 1^o), Colombia (art. 1616), Honduras (art. 1366), Argentina (art. 1726), Ecuador (art. 1574), Uruguay (art. 1346), El Salvador (art. 1429) o República Dominicana (arts. 1150 y 1151).

¹¹ En el Código italiano el plazo es de diez años (art. 2946).

¹² Un plazo extraordinariamente breve, como todos los autores critican. Contrasta enormemente con el plazo decenal del Código francés (art. 2270), el de cinco años de los Códigos italiano (art. 2947), belga y holandés (art. 310-1), el de cuatro años

22. No procede examinar aquí las restantes diferencias (o pretendidas diferencias), pues, además, hablar de la carga de la prueba de la culpa en ambas esferas¹³, o de la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares¹⁴, o de la responsabilidad plural¹⁵, o del crédito de la víctima en sede concursal¹⁶... distraería la atención del lector en cuanto al núcleo principal de esta ponencia. Aunque sí procede hacer una advertencia: hay pretendidas diferencias que no se encuentran establecidas por la ley, sino que más bien son obra de la doctrina y la jurisprudencia; y a todo esto se debe añadir un dato que no merece ser presentado como una diferencia más, pero que en bastantes ocasiones sí se presenta como si lo fuera. Me refiero a la circunstancia de que son frecuentes las pólizas de seguro de responsabilidad civil que se limitan a dejar cubierta la responsabilidad extracontractual del asegurado, quedando excluida, por tanto, toda suerte de responsabilidad contractual. Conviene estar advertido, pues muchos aseguradores tratan de convencer al mercado de que la responsabilidad contractual no es asegurable. Pero desde el principio ha de advertirse: la responsabilidad contractual es perfectamente asegurable, y otra cosa bien distinta es que no la quieran asegurar. Con todo, el dato ha de tenerse siempre en cuenta, pues la cobertura del seguro puede convertirse en el auténtico núcleo duro de la discusión¹⁷.

de los Códigos de Chile (art. 2332), Ecuador (art. 2235) y Uruguay (art. 1332), o el de tres años de los Códigos alemán (§ 852) y ruso (art. 196), el de Colombia (art. 2358), Argentina (art. 2561) y El Salvador (art. 2083), que es justo el plazo adoptado sensatamente en nuestro país por el Código civil de Cataluña (art. 121-21.d).

¹³ Se dice que en la esfera contractual existe la presunción de culpa, y que, con arreglo a lo que dispone el art. 217 LECiv., le basta al acreedor con probar la obligación preexistente y su incumplimiento. En cambio -se dice también- en la responsabilidad extracontractual hay que probar la culpa del agente, pues la negligencia aparece en el art. 1902 C.civ. como uno de los hechos constitutivos de la pretensión.

Sin embargo, lo cierto es que la suavización del elemento de la culpa, como factor desencadenante de la obligación de responder por los daños causados, es bastante fácil de apreciar, y ello, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual. Además, es indudable que la culpa o negligencia sí tiene un papel protagónico en las obligaciones que se puedan calificar de medios o actividad (vgr., abogado que lleva un caso de su cliente o médico que asume el tratamiento de su paciente), pero si la obligación asumida fue de resultado (vgr., el abogado que se compromete a la entrega de un dictamen o informe o el médico que se obliga a entregar una analítica), al deudor que la incumple poco le servirá demostrar que fue diligente: no es un problema de culpa o no culpa, sino de causa o no causa: sólo le valdrá demostrar que la causa del incumplimiento no fue propia sino ajena (caso fortuito o fuerza mayor, art. 1105 C.civ.).

¹⁴ Está admitido que la responsabilidad del deudor contractual por el hecho de sus auxiliares es incondicionada, no admitiéndose la prueba de la diligencia como causa de exoneración. Mientras tanto, en la responsabilidad extracontractual, el art. 1903, pº 7º C.civ. admite la posibilidad de exoneración por parte del principal si demuestra que fue empleada por él la debida diligencia in vigilando o in eligendo.

Sin embargo, tampoco es ésta una diferencia auténtica, pues en ambas esferas es extremadamente difícil en la actualidad que un empresario se libere de responsabilidad extracontractual por haber demostrado que empleó la diligencia debida.

¹⁵ La responsabilidad de los codeudores contractuales es teóricamente mancomunada, pues el art. 1137 C.civ. establece que sólo existirá solidaridad si la obligación lo determinó de forma expresa, y se dice comúnmente que este precepto no es aplicable en responsabilidad extracontractual, donde rige la solidaridad.

Tal pretendida diferencia es muy discutible. En efecto, en el terreno extracontractual, la solidaridad ha pasado desde hace casi un siglo a ser la regla. Pero no existe una norma que así lo establezca (a diferencia de lo que sucede en numerosas leyes especiales y en tantos otros Códigos civiles), con lo cual bien se puede defender que, a falta de norma, habría que aplicar la regla general de la mancomunidad, ya que el art. 1137 se ubica en sede de obligaciones en general.

Pero es que, por otra parte, sucede que también en el campo contractual, donde sí existe norma, los tribunales se resisten a aplicarla. Y ello, bien sea porque las sentencias admiten que no es necesario utilizar expresamente el término "solidaridad" (pese al tenor del precepto, que sí lo exige: solo ha de haber solidaridad "cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria"), bien sea porque de las circunstancias del caso "se pueda deducir" que, en efecto, se quiso la solidaridad, o bien sea porque se entiende que cuando dos o más personas aparecen como codeudores en una misma obligación, se produce siempre una especie de "comunidad jurídica de objetivos" derivada de una "interna conexión entre las prestaciones de los deudores", o hasta una "unidad de fin dirigida a la satisfacción del interés del acreedor". Provocan sorpresa sentencias como la STS de STS de 26 abril 1985 (RJ 1985, 1991): el Tribunal Supremo deduce que existe una circunstancia tácitamente demostrativa de que las partes quisieron la solidaridad del hecho de que los prestatarios dirigieron una carta al prestamista en la que le decían «queremos hacerte llegar una vez más nuestro reconocimiento por el gran favor que nos haces al prestarnos sin interés un millón de pesetas». O sea, que como dieron las gracias juntos, demostraron la solidaridad...

¹⁶ El acreedor contractual no tiene crédito privilegiado en el concurso de acreedores. En cambio, la víctima extracontractual ostenta un crédito con privilegio general (art. 280.5º TRLCon.) o hasta un crédito contra la masa si el crédito nace después de la declaración de concurso (art. 242.13º). Esta diferencia sí es incontestable, y presenta una ventaja muy visible para el daño extracontractual.

¹⁷ Cuando se dice que la responsabilidad contractual no es asegurable, muchas veces es porque en realidad no se está hablando propiamente de responsabilidad civil, sino de la prestación y de la contraprestación. Naturalmente que un seguro de

23. La *fabulación* del principio de la unidad de la culpa civil continúa entre nosotros (con grave deterioro de la seguridad jurídica y del *fair play*), pero, felizmente, va perdiendo fuerza. En la STS de 22 noviembre 2021 (RJ 2021, 5184), que insiste en reducir la superficie de ese principio a casos auténticamente *mixtos*, se puede leer que «la distinción que mantiene la jurisprudencia más reciente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual y el ámbito específico a que se reduce la aplicación de la teoría de la unidad de la culpa civil no permite su invocación con el fin de aplicar el régimen contractual a una responsabilidad nacida fuera del ámbito subjetivo del contrato».

24. Entretanto, una respuesta académicamente correcta pasa por no admitir que el demandante pueda elegir una u otra acción sin que ello vincule para nada al juzgador. Otra cosa es que pueda hacer valer, al amparo del art. 71.4 LECiv., una acumulación eventual de «acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada»¹⁸. Pero, escogida una acción, queda establecido el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, y no cabe modificación ni siquiera por medio de las alegaciones complementarias a que se refiere el art. 401.2 LECiv.

2. Las tendencias a aproximar *moderadamente* los dos regímenes

25. La unificación de los plazos de prescripción en materia de responsabilidad civil extracontractual y contractual es la tendencia que se ha seguido tanto en los PECL (art. 14:201), como en el DCFR (art. III-7:201). Y que exista acercamiento en determinados aspectos no debe sorprender cuando estamos hablando de dos órbitas en las que los elementos son comunes: tres de ellos son el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución -ya se trate del reproche culpabilístico o de factores objetivos-. Y uno más es la acción u omisión dañosa, y en relación con él, desde luego hay que decir que las diferencias fenomenológicas o de partida son indiscutibles: en un caso se trata de «no dañar al prójimo» en abstracto, y en el otro, de «no dañar al concreto acreedor» a través de un incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato o relación obligatoria previa. Ni siquiera en el Código civil y comercial argentino (en vigor el 1 de agosto de 2015), donde tanto esmero ha puesto el legislador en la unificación de regímenes (arts. 1708 y ss.), ha sido posible la completa unificación: como ha dicho Bueres, se trata más de un acercamiento o aproximación que de una completa unificación¹⁹, pues en sede de valoración de la conducta, el art. 1725 toma en cuenta «la condición especial, o la facultad intelectual» cuando se trata de «contratos que suponen una confianza especial entre las partes». Ello es tanto como decir que, al menos en los contratos celebrados en los escenarios clásicos de plena autonomía de la voluntad, la evaluación de la culpa obliga a pensar en el concreto deudor de la concreta obligación que tiene que velar por los intereses confiados por el concreto acreedor. El sistema argentino es de «diversidad en la unidad», en feliz expresión de Picasso²⁰.

responsabilidad civil no existe para sustituir al deudor por el asegurador, pues ello supondría aniquilar uno de los elementos de la obligación y hacer legítimo por una vía indirecta el incumplimiento de la misma. Cubrir la responsabilidad contractual no puede significar en ningún caso que el asegurador sustituya al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Lo que se cubre no es la prestación ni la contraprestación, sino el daño que el incumplimiento pueda causar. Por eso es absolutamente disparatada la SAP de La Coruña de 30 septiembre 2015 (JUR 2015, 256394), que hace asumir al asegurador la obligación de devolver al cliente los honorarios cobrados por un servicio que el abogado no llegó a prestar. Un seguro cubre indemnizaciones, no cubre precios.

¹⁸ Pueden verse TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho procesal», en Cavanillas Mújica y Tapia Fernández, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, ed. CEURA, Madrid, 1992, p. 181 y DOMÍNGUEZ LUELMO, «El ejercicio ante los Tribunales de las acciones de responsabilidad civil: contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, Univ. de Murcia-Editum, 2011, pp. 163, 183 y 285. En general, GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, ed. La Ley, Las Rozas, 2000, pp. 11 y ss..

¹⁹ BUERES, «El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?», en Herrador Guardia (coord.), *Derecho de daños*, ed. Sepin, Las Rozas, 2011, p. 818.

²⁰ PICASSO, «Responsabilidad obligacional y extracontractual», en Picasso y Sáenz, *Tratado de Derecho de daños*, t. I, ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 186.

26. Pero es en relación con el *quantum* donde aún quedan pasos que dar. Y el terreno de los daños corporales y morales tiene un interés enorme. Los casos comentados nos ponen ante la tesitura: ¿por qué razón el esquiador lesionado va a ser peor resarcido si su reclamación se sitúa en la vía contractual? Y si el novedoso art. 333.bis.4 C.civ. establece el derecho a la reparación del daño moral causado por la lesión o muerte del animal de compañía, ¿por qué razón se debe entender que la norma solamente va referida al daño extracontractual? ¿Por qué el dueño de ese querido caballo de carreras, muerto por la imprudencia del conductor del tractor, puede aspirar a obtener una indemnización por daños morales, pero no si quien mata al animal es el veterinario negligente al que se contrató? La tendencia a considerar el daño moral contractual se ha visto singularmente clara en los arts. 7.4.2 de los Principios UNIDROIT y 9:501 y 9:503 de los PECL, o en la segunda ley alemana de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños de 10 de mayo de 2002²¹.

27. Observemos lo sucedido en el litigio que se planteó ante aquel desgraciado suceso que tuvo lugar en una estación de Metro. El día 19 de septiembre de 1993 una joven de 31 años, fue agredida salvajemente en el interior de una estación de Metro (en lo sucesivo, «caso Metro de Barcelona»). La víctima falleció después de recorrer agonizante unos cuarenta y cinco metros en el vestíbulo de la estación sin que ninguna persona al servicio de las demandadas pudiera prestarle ayuda. Era evidente que, aunque en la estación ya se habían producido repetidamente agresiones, robos, violaciones, lesiones y asesinatos, no existían demasiadas medidas de vigilancia. El viudo, actuando en nombre propio y en representación de sus dos hijos menores, formuló demanda contra Ferrocarril Metropolitano de Barcelona S.A., y contra la entidad encargada de la seguridad de las instalaciones, al objeto de que fueran condenadas al abono de una indemnización de cuarenta millones de pesetas.

28. La entidad demandada opuso la prescripción de la acción, excepción que no fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia, que desestimó la demanda por otras razones. Pero ¿y si la razón hubiese sido precisamente la prescripción de la acción? Se trataba de una defensa ciertamente obscena, y de hecho, en apelación la demandada hacía valer que entre la esposa del actor y la compañía del Metropolitano no existía relación contractual alguna, por cuanto aquella había sido agredida en el vestíbulo subterráneo de la estación instantes antes de que marcara su tarjeta multiviaje en el punto de control electrónico instalado por la empresa titular de la explotación. Hay que felicitarse de que la STS de 20 diciembre 2004 (RJ 2004, 8132) contuviera un extraordinario Fundamento 3º con este tenor:

«(...) ha de partirse del dato fundamental de que la agresión sufrida por la esposa del recurrente se ha producido evidentemente dentro de la órbita del contrato de transporte, servicio que en su modalidad de transporte subterráneo desarrolla en régimen de exclusiva la Compañía «Ferrocarril Metropolitano de Barcelona, S.A.», dentro del espacio territorial a que la propia denominación de la entidad se refiere.

No es sólo porque la Sra. Regina hubiese adquirido previamente un billete especial, merced al cual la demandada se comprometía a permitirle efectuar varios desplazamientos sin abono adicional de cantidad alguna y con el único requisito de reseñar en el soporte cada una de las utilizaciones que del mismo se realizaren (...).

Lo mismo podría decirse en el supuesto de que la usuaria pretendiese adquirir un billete del que anteriormente carecía, pues en uno y otro caso era imprescindible efectuar un trayecto a pie, dentro ya de las instalaciones subterráneas de la compañía ferroviaria, hasta acceder al punto en que la misma había instalado las taquillas y los aparatos de control electrónico de tarjetas o bonos multiviaje.

Es evidente que el emplazamiento de estos servicios fue realizado libremente por la empresa concesionaria y que su localización concreta pudo obedecer a variados intereses particulares de la misma absolutamente lícitos, como pudiera ser el de la conveniencia de agrupar en un determinado ámbito aquellos elementos que requieren una atención directa por personal a su servicio, y el de posibilitar la

²¹ Se mantiene todavía el principio del § 253 BGB, de tal forma que es necesaria una disposición que expresamente prevea para el caso concreto la indemnización de los daños no patrimoniales, pero, merced a la derogación del § 847, al menos ya ha desaparecido en Alemania la exclusión de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual

creación para su explotación comercial de locales independientes, de libre acceso a cualesquiera personas, fueran o no usuarias del servicio principal a que la estación se hallaba destinada.

Ha de recordarse, sin embargo, que **el artículo 1258 del Código Civil, dentro de su función integradora de las estipulaciones de los interesados, establece reglas de conducta de carácter imperativo, ajenas a las voluntades de aquellos, que responden a una concepción social de la función del contrato y que vienen a imponer especiales deberes de conducta** en favor de la parte más débil, ampliando el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Es incuestionable que en relaciones contractuales de la naturaleza de la que nos ocupa, entre los “deberes de protección” aludidos debe incluirse **el que incumbe a la compañía de transportes demandada de velar -sin perjuicio de las funciones de vigilancia que, realizan las Fuerzas de Seguridad en las zonas públicas- por que no sufran daño alguno las personas que, para la utilización de los servicios que aquella entidad ofrece, hayan de transitar por los espacios que forman parte de las estaciones** construidas para posibilitar la prestación de los mismos. Espacios que no comprenden solamente los de las vías y andenes, sino también aquellos que ocupan vestíbulos, pasillos, escaleras, etc.

Es decir, **la indemnidad que el usuario del transporte de personas tiene derecho a obtener durante el desarrollo del mismo no se limita a la fase en que aquel se halle ocupando el vehículo correspondiente, sino que en supuestos como el de autos, se amplía a los momentos en que tras abandonar la vía pública deba caminar durante determinado trayecto, dentro ya del recinto privado de la empresa** concesionaria para dar comienzo al desplazamiento no peatonal, y asimismo se extiende al recorrido que precise efectuar desde el punto en que abandona el medio de locomoción, hasta alcanzar la salida al exterior de las instalaciones de la entidad demandada.

3. El aparente obstáculo del modelo codificado

29. No me parece convincente que se diga que nuestro sistema solamente permite encontrar resarcimiento para los daños morales contractuales cuando la conducta del deudor ha sido dolosa. Es cierto que en caso de dolo no jugará la limitación al resarcimiento de los daños previstos o previsibles, pero eso no significa nada. ¿No es previsible que el mal estado de las instalaciones mecánicas o de las pistas de nieve puede provocar accidentes a los esquiadores con serios daños corporales y secuelas? ¿No es previsible el disgusto para los recién casados si les cancelan el vuelo transatlántico que iban a tomar para comenzar su luna de miel?

30. Hay una conocida sentencia que aporta luces y sombras al respecto. Se trata de la STS de 23 julio 2021 (RJ 2021, 3583), que no sólo confiere legitimación al comprador del vehículo para dirigirse por la vía contractual contra el vendedor, sino también contra el fabricante, y que además entra en el aspecto de los daños morales. Pero a mi juicio, la sentencia -que es, por lo demás, formidable- no acierta en un punto que interesa aquí sobremanera.

31. Desde luego, era bastante llamativa la pretensión del actor. Que nueve años después de la compra se aduzca el engaño sobre la contaminación real que había estado emitiendo el vehículo y se mezclen partidas de muy diversa naturaleza alrededor de los sentimientos de zozobra, ansiedad, angustia, pesadumbre, inquietud o fastidio provocados, y las molestias subsiguientes a tener que iniciar un litigio, y también las dudas acerca de cómo se verá afectado tras la reparación, y hasta haya referencias a la preocupación acerca de si pasará o no en lo sucesivo las preceptivas inspecciones técnicas para seguir circulando o cuál será la afectación en el impuesto de circulación... se antoja excesivo, si todo ello va acompañado de una reclamación de 11.376 euros.

32. Dice el Tribunal Supremo, en fin, que la cantidad es «manifestamente desproporcionada, tanto por la entidad de las implicaciones anudadas al descubrimiento del dispositivo de desactivación como, en este caso, la antigüedad del vehículo, nueve años, que necesariamente implicaba que una parte

considerable de su vida útil había ya transcurrido y que por tanto las expectativas del comprador no podían ser equiparables a las de aquellos que hubieran comprado el vehículo en un momento más cercano al del descubrimiento del fraude, por lo que los daños morales derivados de las incertidumbres a que se ha hecho referencia son necesariamente menores para el demandante». Por esta razón, la Sala considera razonable establecer una modesta indemnización de quinientos euros, algo más de 22 veces menos de lo solicitado en la demanda.

33. Hasta aquí, nada que objetar. Pero es que, de ser así, la razón sería, a mi juicio, otra bien distinta a la manejada por el Alto Tribunal. Y es que la sentencia dice que en términos generales, no existe imputación objetiva entre el incumplimiento de un contrato y el daño moral, pues en el contrato no se tomó en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (vgr., la integridad moral, la dignidad o la libertad personal) y no se puede entonces tener en cuenta este tipo de daños conforme al criterio del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad (norma que, en este caso, no es otra que el contrato). Pero a continuación el Tribunal añade que en el caso, al haber existido un incumplimiento doloso, la imputabilidad se amplía con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1107, p^o 2^o C.civ.: «En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

34. En mi opinión, siendo cierto que en el incumplimiento doloso se debe indemnizar por todos los daños que se deriven de la falta de cumplimiento, ello no significa necesariamente que si el incumplimiento no es doloso no quepa hablar de daños morales. Desde luego, «*todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento*» (p^o 2^a) son, obviamente, más que los daños «*previstos o que hubieran podido preverse*» (p^o 1^o). Pero que la diferencia esté en que en el p^o 2^o caben los daños morales porque la norma fundamentadora de la responsabilidad se *alarga* como criterio de imputación, no es necesariamente cierto.

35. Las afirmaciones de la sentencia invitan a pensar que el deudor no doloso no responde de más daños morales que los que hubieran sido previstos o hubieran resultado previsibles al tiempo de constituirse la obligación. Creo que no es así, aunque es cierto que la STS de 23 julio 2021 se apoya en la de 15 julio 2010, varios de cuyos párrafos reproduce, con cita de los Principios Europeos del Derecho de Contratos (PECL). A mi entender, ambas sentencias dicen más de lo que quieren decir. Está claro que en el caso de incumplimiento doloso de un contrato, la imputabilidad resulta ampliada, y cierto también que por ello no puede el juez limitar el alcance de la responsabilidad.

36. En efecto, en el artículo 9:501 PECL se reconoce al perjudicado un derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, lo que incluye las pérdidas no pecuniarias. Lo que no dice el precepto es que para ello es necesario que el incumplimiento no sea doloso. Y, el artículo 9:503, al estilo de lo que vemos en el artículo 1107, p^o 1^o C.civ., dice que «[l]a parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente». Pero eso solo significa que el deudor doloso (dejemos ahora al gravemente negligente) responde más allá de lo previsto o que hubiera podido preverse, una limitación que solamente juega para el incumplidor no doloso.

37. La diferencia no está entonces en que en un caso no quepa el daño moral y en el otro sí. Ciertamente, en el caso que terminó con la STS de 15 de junio de 2010 había dolo, y se admitió la indemnización por los daños morales causados en la vertiente física, psíquica y de bienestar social y familiar, por consecuencia del cierre de una empresa, motivada a su vez por el engaño en la venta de unas participaciones societarias. Pero eso no significa que si no existe dolo no cabe el daño moral, ni tampoco que, si cupiera el daño moral, éste tendría que calificarse como extracontractual. Los contratos no obligan solo «al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (artículo 1258 C.civ.), como repetidamente vengo recordando.

38. La norma fundamentadora de la responsabilidad es, en fin, el contrato y *su atmósfera natural*. Y, llegado el caso, las consecuencias del incumplimiento deben incluir el daño moral, haya dolo o no lo haya. No compartiré, por ejemplo, la idea de que los daños en bienes de la personalidad no forman parte nunca de los previstos o previsibles por las partes cuando contrataron, y me parece muy forzado mantener que es el dolo lo que permite ampliar el perímetro protegido por el contrato o el conjunto y tipología de los bienes y derechos. Lo que sucede es que en caso de dolo es más fácil apreciar tal ampliación.

39. Dentro de la tipología del daño, existen, en fin, los daños morales derivados del contrato. Resultó ejemplar (por lo novedoso que fue el argumento en aquel tiempo) la STS de 9 mayo 1984 (RJ 1984, 2403), que admite el daño moral por el incumplimiento de un contrato de suplemento publicitario, y que lo hace entendiendo también que a veces los daños se prueban *in re ipsa* porque el incumplimiento deja ver «un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código civil». Como también son modélicas las SSTS de 23 marzo 1988 («caso Baqueira») y 20 diciembre 2004 («caso Metro de Barcelona»).

40. No se puede insinuar que el pº 2º del art. 1107 es la única vía para reconocer la viabilidad del daño moral derivado de contrato, porque no hace falta que exista dolo en el incumplimiento para que el daño sea indemnizable. Al recaer sobre bienes distintos de aquel que componía el objeto de la obligación asumida por el deudor, serán daños *extrínsecos*, pero no por ello *extracontractuales*. Que el deudor haya tenido conciencia y voluntad de incumplir o haya sido simplemente negligente es otra cosa.

IV. Conclusión

41. Una recta interpretación de los preceptos de los Códigos civiles debería conducir al explícito reconocimiento de que los daños morales derivados del del incumplimiento de un contrato pueden ser resarcidos con mecanismos contractuales. De momento, y mientras la ley no lo exprese, a la misma conclusión debería conducir la interpretación de las normas codificadas. La idea está clara en los Principios UNIDROIT.

El control judicial de las sanciones impuestas
por la Comisión en materia de competencia:
los vicios de procedimiento (jurisprudencia reciente)

The judicial control of the sanctions imposed
by the Commission in the field of competition law:
the procedural flaws of the decisions (recent case law)

DR. ANGEL M. MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

*Miembro sustituto de la Sala de Recursos de la Agencia de Sustancias Químicas
de la Unión Europea*

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 07.11.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.9046

Resumen: Esta contribución explora el control (por motivos de forma) ejercido por los tribunales de la Unión Europea sobre las multas aflictivas que la Comisión puede adoptar contra los operadores económicos, en el marco de sus potestades y competencias para corregir los acuerdos y comportamientos de las empresas que se consideren contrarios a los arts. 101 y 102 del TFUE. Tras la interpretación de la estructura de fuentes y la identificación de los principios de actuación y de los derechos de las empresas en el marco de dichos procedimientos, la contribución da noticia analítica de algunos fallos recientes dictados por el Tribunal de Luxemburgo en este campo.

Palabras clave: Libre competencia, poderes de la Comisión, control judicial, recurso de anulación, vicios de procedimiento.

Abstract: This essay explores the control (on procedural grounds) exercised by the European Union courts over the fines and other sanctions that the Commission may impose on the economic operators, in the framework of its powers and competences to enforce the articles 101 and 102 of the TFEU (anti-dumping and other illegal agreements and conducts). First, this contribution interprets the structure of legal rules applicable in this field, and further identifies the principles of procedure and the rights of companies in the framework of these procedures. Finally, the author presents a selection of some recent judgments handed down by the Luxembourg Courts in this field.

Keywords: EU Competition Law, powers of the Commission, judicial review, actions for annulment, procedural defects/failures.

Sumario: I. Introducción. II. Poderes administrativos de la Comisión en el marco de la política europea de competencia. Mecanismos impugnatorios. III. La estructura de fuentes del procedimiento administrativo de competencia. IV. Principales derechos o garantías de las empresas en el marco de los procedimientos sancionadores instruidos por la Comisión en materia de competencia. V. Las infracciones de procedimiento y el recurso de anulación. VI. Jurisprudencia reciente: un balance.

I. Introducción

1. La defensa y garantía de la libre competencia entre empresas – un campo merecedor de la atención dilecta del por estos *Festschriften*¹ honorado maestro -- constituye una de las políticas sectoriales nucleares de la UE, y ha estado presente en el proyecto europeo desde sus inicios². Tras más de 60 años de fecundo desarrollo, en la actualidad la defensa de la competencia puede concebirse como una auténtica política pública transversal cuya realización descansa sobre los hombros de los organismos administrativos competentes de los EM y de la Comisión, según una distribución funcional-territorial de competencias³.

2. Cuando la Comisión lleva a cabo la aplicación *directa* del acervo comunitario sobre competencia, está por el Derecho de la Unión investida de potestades y competencias del más variado signo. En el ejercicio de las mismas puede adoptar varios tipos de decisiones y medidas de carácter restrictivo o de gravamen, que se proyectan sobre la esfera jurídica de los operadores económicos. Entre ellas destacan las sanciones económicas de amplio espectro, corporizadas en “decisiones”. El objeto de esta contribución es precisamente explorar el control ejercido por los tribunales de la Unión respecto de las sanciones impuestas por la Comisión sobre las empresas en materia de derecho de la competencia, por motivo de vicios de procedimiento. Nuestro análisis se contrae a los acuerdos y prácticas de empresas y a las concentraciones, dejando de lado las ayudas de Estado.

II. Poderes *administrativos* de la Comisión en el marco de la política europea de competencia. Mecanismos impugnatorios

3. Las competencias y potestades de la Comisión en este campo pueden clasificarse en normativas⁴ y ejecutivo-aplicativas. Nos interesan aquí las segundas.

La Comisión, en efecto, está por el Derecho de la Unión investida de potestades y competencias ejecutivas del más variado signo (*fact-finding*, *inspección*, *vigilancia*, *autorización* etc.), que van encaminadas a corregir los acuerdos y comportamientos de las empresas que se consideren contrarios a los arts. 101 y 102 del TFUE, así como al derecho derivado correspondiente, grupo normativo constituido esencialmente por el Reglamento 1/2003 del Consejo (en adelante, “Reg 1/2003”)⁵, el Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre concentraciones empresariales (en adelante, Reg. “139/2004”)⁶ y el Reglamento de 773/2004, de la Comisión⁷ (en adelante, “Reg. 773/2004”).

¹ La producción científica del Prof. Calvo en este campo es muy amplia, como puede colegirse interrogando su CV, que figura en esta obra. Ciñéndonos a sus libros, es aquí ineludible la cita de los siguientes aportes: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Ed. Colex, Madrid, 2003; A.L. CALVO CARAVACA: y P. BLANCO-MORALES LIMONES: *Derecho europeo de la competencia*. Ed. Colex, Madrid, 2000; A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho antitrust europeo. Tomo I, parte general, la competencia*. Ed. Colex, Madrid, 2009.

² Sobre el derecho europeo de la competencia, vid. en general: J.M. BENEYTO *et al.*: *Tratado de derecho de la competencia: UE y España*. Ed. Bosch, Barcelona, 2017; R. BLASSELLE: *Traité de Droit Européen de la concurrence*. Vol I., ed. Publisud. París, 2004; W. FRANZ : *Handbook of EU competition law*. Ed. Springer, 2016; D. VAUGHAN: *EU Competition Law: General Principles*. Ed. Richmond, 2006; A. JONES & B.SUFRIN: *EC Competition Law. Text, cases and materials*. 3ª ed., Oxford Univ. Press, 2007; T. MÄGER (dir.): *Europäisches Kartellrecht*. Ed. Nomos, Baden-Baden, 2006.

³ Las autoridades nacionales de competencia (ora estatales, ora regionales) aplican también la normativa interna en materia de competencia (en España, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Sobre este reparto de competencias, vid.: M. J. FRESE: *Sanctions in EU competition law. Principles and Practice*. Ed. Hart, Portland, 2014, pp. 6 a 22.

⁴ Vid. por ejemplo, las previstas en el art. 33 del Reglamento 1/2003, tan relevantes en materia de procedimiento.

⁵ Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE de 4.1.2003)

⁶ Reglamento (CE) No 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DOUE L 24, de 29.1.2004).

⁷ Reglamento (CE) No 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DOUE L 123/18, de 27.4.2004).

Como consecuencia del ejercicio de dichas competencias, la Comisión puede identificar en cada caso concreto el contenido material de qué es la “competencia”, en ejercicio de su discrecionalidad⁸. En uso de ese rol institucional, la Comisión puede determinar la existencia efectiva de una práctica, acuerdo, *entente* o actuación y que la misma es “incompatible” con el mercado interior (que es el término de referencia supremo)⁹. Alternativamente, puede considerar que una de las referidas situaciones es “compatible” con el mercado interior cuando se den las imprecisamente redactadas circunstancias del art. 101.2 del TFUE; puede declarar compatible con el mercado común una concentración cuando a su juicio no vaya a obstaculizar de forma “significativa” la competencia “efectiva” en el mercado común o en una parte “sustancial” del mismo¹⁰, etc.

4. En ese contexto legal, la Comisión puede adoptar varios tipos de medidas de carácter restrictivo o de gravamen que se proyectan sobre la esfera jurídica de los operadores económicos. Por ejemplo, puede dictar una orden de cesación de la previamente determinada infracción, e incluso adoptar medidas provisionales o cautelares para asegurar aquella.

A través de esta competencia interpretativo-aplicativa, la Comisión ejerce en realidad un papel de auténtica “creadora” del derecho material de la competencia, pues la competencia no deja de ser un concepto *platónico*, cuyos perfiles concretos y efectivos se conforman a través de la actuación y de las decisiones de la Comisión, supremo intérprete y definidor de tal valor¹¹.

5. Por otra parte, al ejercer sus competencias la Comisión actúa a la manera de un poder público *administrativo* (“*puissance publique*”), pues adopta sus decisiones¹² de modo unilateral, tras un procedimiento contradictorio que es instruido bajo su responsabilidad y dirección. Como resolución de esos expedientes, sus determinaciones y conclusiones gozan de “autotutela declarativa” (utilizando la terminología administrativa hispana), que solo puede ser destruida en sede judicial, y a través de los oportunos recursos¹³.

Las empresas pueden reaccionar en Derecho para contradecir o impugnar esas determinaciones materiales de la Comisión, atendidas a la existencia de prácticas o acuerdos contrarios a la competencia.

6. Sin embargo, nos interesa aquí el ejercicio de otra potestad de la Comisión, concretamente la sancionadora, que es la que se proyecta con mayor poder aflictivo sobre los operadores económicos¹⁴. En uso de esa potestad, la Comisión puede imponer a las empresas sanciones de contenido económico, que en el terminología del derecho derivado son fundamentalmente de dos tipos: “multas “sancionadoras”¹⁵ y multas “coercitivas”¹⁶.

⁸ El Derecho de la Unión es menos sofisticado que el derecho administrativo interno en el sentido de que no establece diferentes grados o matices en la discreción con la que cuenta la Comisión en la aplicación e interpretación del Tratado (competencia reglada, concepto jurídico indeterminado, margen de apreciación, discrecionalidad técnica, discrecionalidad *fetén*). La diversidad lingüística añade además un plus de dificultad a la hora de alcanzar una mayor *finezza*. Los materiales jurisprudenciales en inglés nos dicen que la Comisión tiene un “margin of discretion” (que las versiones en castellano traducen -a nuestro juicio, incorrectamente - por “margen de apreciación”).

⁹ Art. 101.2 del TFUE

¹⁰ Art. 2.2 del Reg. 139/2004.

¹¹ Se podría decir, parafraseando a los iuspublicistas norteamericanos, que en este caso la Comisión lleva a cabo una suerte de “regulation through adjudication”. De ahí que un manual o tratado regular de derecho europeo de la competencia consista principalmente en dar cuenta de las decisiones y acuerdos adoptados por la Comisión en este campo y de la subsiguientes sentencias de los tribunales europeos que las mismas hayan podido desencadenar.

¹² De las previstas en el art. 288 del TFUE.

¹³ Esta semejanza funcional con el *modus operandi* de la Administración interna, pues actúa “a la manera de” un organismo de derecho administrativo interno, ha llevado a la doctrina administrativista a teorizar una suerte de “Derecho administrativo europeo” (vid.: J.B.AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE: *Traité de Droit Administratif européen*. 2ª ed., Bruylant, 2014) y a concebir las medidas de la Comisión como “actos administrativos comunitarios”. Sobre esta noción, vid.: X. ARZOZ SANTISTEBAN: *El acto administrativo comunitario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

¹⁴ Sobre las sanciones en el derecho europeo de la competencia, vid., en general: Michael J. FRESE: *Sanctions in EU competition law. Principles and Practice*. Ed. Hart, Portland, 2014.

¹⁵ Art. 23 del Reglamento 1/2003 y art. 14 del Reg.139/2004 (concentraciones)

¹⁶ Art. 24 del Reglamento 1/2003 y art. 15 del Reg.139/2004 (concentraciones)..

Por lo que hace a los remedios o mecanismos impugnatorios que están a disposición de las empresas cuando se ven sujetas a estos procedimientos y decisiones de la Comisión, destaca el hecho de que en el terreno de la defensa de la competencia no estén previstos mecanismos de revisión interna, a modo de los “recursos administrativos” que prevén los derechos administrativos de los EM. Esta ausencia es tanto más llamativa, por cuanto que en el derecho europeo existen numerosos mecanismos impugnatorios o de revisión interna, previstos en diferentes campos para variados supuestos de actuaciones “administrativas” o ejecutivo-aplicativas del “Poder Ejecutivo” de la Unión (compuesto esencialmente por la Comisión y por las Agencias independientes o “descentralizadas”).

Por ejemplo, en varias de estas agencias se ha creado un órgano dotado de independencia funcional que tiene competencias de tipo “cuasi-judicial” en el sentido de que tiene por misión resolver los recursos interpuestos contra las decisiones de aquellas agencias por las empresas destinatarias de las mismas. El mecanismo impugnatorio se denomina “recurso” a secas (*appeal*, *recours*), y el órgano que los resuelve se llama “sala de recurso” (*board of appeal*, *chambre de recours*)¹⁷. Si el recurso interno ante esa sala es desestimado (pero no antes) la empresa puede ya acudir ante el Tribunal General (en adelante, “TG”).

Igualmente relevante es el mecanismo de “revisión interna”, establecido por el Reglamento 1367/2006, conocido coloquialmente como “Reglamento Aarhus”¹⁸. Esta norma establece la posibilidad de que cualquier ONG que cumpla los criterios correspondientes puede efectuar una “solicitud de revisión interna” ante la institución u organismo comunitario que haya adoptado un *acto administrativo*¹⁹ con arreglo al Derecho ambiental. Este reglamento no puede aplicarse sin embargo en el ámbito de la competencia, puesto que está al alcance solo de las ONG ambientalistas, y solo se aplica a decisiones de la Comisión (o de las Agencias) que tengan que ver con la protección del ambiente.

7. Por lo tanto, ante la ausencia de estos mecanismos impugnatorios internos, los derechos de defensa y oposición de los operadores económicos deben canalizarse a través del recurso de anulación, que se debe interponer ante el TG²⁰. Este remedio procesal, amonedado sobre el *recours en annulation* del viejo contencioso francés²¹, puede ser interpuesto sobre la base de diferentes motivos (“moyens”), codificados actualmente en el art. 263, párr. 2º del TFUE²². En un recurso de anulación en el ámbito que aquí hemos acotado, el TG realiza un control de *legalidad* de la decisión de la Comisión, que se extiende a todos los elementos de dicho acto. Además, y al amparo del art. 261 del TFUE, el TG puede en esos procesos, a petición del actor, ejercer una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones impuestas en este ámbito por la Comisión (recurso de *plena jurisdicción*). Es decir, el tribunal puede, por ejemplo, modificar por su propio imperio la cuantía de la sanción impuesta por la Comisión.

Las empresas pueden recurrir ante este órgano judicial europeo todas las decisiones y medidas que la Comisión adopte en el uso de sus competencias en este sector, y que se han identificado más arriba²³.

¹⁷ Es el caso, entre otras, de la Agencia de sustancias químicas de la UE (más conocida por sus siglas en inglés, “ECHA”) cuya “sala de recurso” (y los recursos que resuelve) se regulan en los arts. 89 a 93 del Reglamento 1907/2006 del Parlamento Europeo y del consejo de 18 de diciembre de 2006 relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH).

¹⁸ Reglamento 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus.

¹⁹ El reglamento “Aarhus” (art. 2.1, g) ha acabado acogiendo e introduciendo explícitamente en el Derecho de la Unión el concepto de “actos administrativo de alcance individual” que son vinculantes y tienen efectos externos (*id est*, una decisión).

²⁰ Como es sabido, las sentencias desestimatorias del TG pueden ser recurridas por las empresas vencidas ante el Tribunal de Justicia, en un recurso que, desconocemos la razones, se denomina en español “Recurso de Casación” (art. 256.1 de TFUE). Nuestra sorpresa dimana del hecho de que en el resto de versiones lingüísticas se denomina simplemente “recurso” (*pourvoi* en Francés; *appeal* en inglés; *Rechtsmittel* en alemán, *impugnazione* en italiano, etc.)

²¹ Sobre esta cuestión, *vid.* la temprana y clásica obra de J.A. CARRILLO SALCEDO: *La recepción del recurso contencioso administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*. Ed. Universidad de Sevilla, 1959.

²² “Incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder”

²³ En materia de competencia, son recurribles también resoluciones o determinaciones de la Comisión que no adoptan la forma de “decisiones” definitivas, como: (a) cartas de la Comisión, en las que rechaza una denuncia por falta de interés comunitario; (b) el rechazo de adoptar medidas cautelares, o (c) cartas por las que la Comisión reconoce que terceros pueden utilizar los documentos acopiados en un procedimiento comunitario ante las autoridades nacionales de competencia (*vid.*: M.GRAY *et al* : *EU competition law : procedures and remedies*. Ed. Richmond, 2006, pág. 59).

Por lo tanto, las sanciones y otras resoluciones de la Comisión (como las órdenes de cesación) pueden ser combatidas en primer lugar por razones de fondo o sustancia.

Así, en el marco de ese recurso judicial las empresas pueden oponerse a la por la Comisión declarada existencia efectiva de un acuerdo, entente o práctica; pueden reconocer que existe tal situación, pero objetar en cambio que no tiene dimensión comunitaria; pueden alegar que son prácticas excepcionales o autorizables; pueden aceptar que el acuerdo existe, pero que contribuye a mejorar la distribución de un producto sin que imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; pueden alegar que la concentración fiscalizada por la Comisión no resulta afectada por el Reg. 139/2004; o que la Comisión definió erróneamente el mercado de referencia, etc.

A pesar de que esta es la litigiosidad más nutrida y posiblemente más relevante desde el punto de vista de la concreción “material” de la competencia²⁴, en esta contribución nos centramos en los recursos que se fundamentan en otro “*moyen d’annulation*”, cabalmente las infracciones de procedimiento, identificadas por el Tratado bajo la veste de “vicios sustanciales de forma”²⁵.

En efecto, no debe olvidarse que, en el ejercicio de sus formidables poderes unilaterales, la Comisión debe seguir un procedimiento “administrativo”, *id est*, un decurso rituario estrictamente establecido en el Derecho de la Unión (oportunamente interpretado y esclarecido por la jurisprudencia de Luxemburgo), que funge como garantía de las empresas en el marco de la relación jurídica que traban con la Comisión, cuando son sujetos pasivos de sus *pouvoirs d’enquête*²⁶. Por lo tanto, un “vicio sustancial de forma”, en el sentido del art. 263 TFUE puede consistir en diferentes supuestos, que incluyen (*i.a.*) la instrucción del procedimiento errado, la omisión de alguna fase o trámite determinando en la instrucción del procedimiento, o la conculcación de alguna garantía o derecho procedimental relevante, de los que asisten a las empresas en este ámbito. Ello nos lleva a identificar tal procedimiento y sus fuentes conformadoras.

III. La estructura de fuentes del procedimiento *administrativo de competencia*

8. La identificación de las fuentes normativas que regulan el procedimiento a través del cual la Comisión pone en práctica sus potestades y competencias de investigación y en su caso corrección de las conductas tipificadas en los arts. 101 y 102 del TFUE (y los correspondientes derechos de reacción y defensa de las empresas a aquellos sujetos) se enfrenta a un notable reto metodológico, que igualmente constituye (a nuestro modesto entender) una grave carencia del ordenamiento comunitario.

En efecto, en el Derecho de la Unión no ha existido hasta ahora (ni existe actualmente) una disposición que regule con carácter general y radio de aplicación universal el procedimiento administrativo que deben seguir los entes y organismos del *poder ejecutivo europeo* (principalmente la Comisión y las

²⁴ Pues ofrecen al TJUE la posibilidad de explicitar en qué consiste realmente la “competencia” entre empresas, confirmando o bien corrigiendo la interpretación que de este mega-concepto haya hecho anteriormente la Comisión. Igualmente tiene la oportunidad el TJ de “iluminar” y perfilar los contornos de la libre competencia a través de las cuestiones prejudiciales que le formulen los órganos judiciales internos. Para un ejemplo reciente de ello, *vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de enero de 2024, *Lietuvos notarų rūmai*, asunto C128/21, en las que interpreta el concepto de “empresa” y de “decisiones de asociaciones de empresas” en relación con unas decisiones del colegio notarial de Lituania por las que se establecían los métodos de cálculo de los honorarios de los notarios.

²⁵ No podemos dejar pasar en esta contribución (aunque es un tema lateral a su argumento central) la diferencia (acusada a nuestro juicio) entre las diferentes versiones lingüísticas del art. 263, párr. 2, del TFUE. En español la expresión de referencia es “vicio sustancial de forma”, mientras que en francés es *violation des formes substantielles*, que no es exactamente lo mismo y que puede traducirse literalmente por “violación de las formas sustanciales”. La versión inglesa es más larga: *infringement of an essential procedural requirement*, lo cual también es diferente de la versión francesa (que podemos considerar la “fetén” por razones históricas). El problema de esta versión es que se contrae a los requisitos procedimentales, pero en principio no afecta a los vicios de “forma” en sentido estricto (como los requisitos formales del documento-acto administrativo o las menciones obligatorias que tiene que contener la resolución definitiva, en el sentido, por ejemplo del art. 88.2 de nuestra LPAC). La versión alemana es *Verletzung wesentlicher Formvorschriften*, que está más próxima a la versión francesa que a la inglesa. La italiana, finalmente, recoge el sintagma *violazione delle forme sostanziali*, que replica la francesa y la alemana. Como puede apreciarse, el cotejo de las diferentes versiones lingüísticas puede deparar auténticas joyas jurídicas.

²⁶ Aún puede consultarse sobre esta asunto la magnífica monografía de J.M. TRAYTER JIMÉNEZ: *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la administración europea*. Ed. Bosch, Barcelona, 1988.

“Agencias descentralizadas”) en la aplicación de sus poderes y competencias, a la manera que sí ocurre en un buen número de EM²⁷.

Como es sabido, en años relativamente recientes han existido notables esfuerzos (desde la academia, pero también desde la Comisión) por elaborar una suerte de norma procedimental general que fuera aplicable a ese poder ejecutivo europeo, pero finalmente no se vieron coronados por el éxito.²⁸

9. Las consecuencias prácticas son evidentes: cuando los organismos nacionales competentes en materia de competencia aplican las normas en la materia (por ejemplo, en el caso de España, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia) disponen de una normativa de aplicación pertinente (supletoria o incluso plena) que colma las lagunas que lógicamente padecen en materia de procedimiento administrativo aquellas normas reguladoras de la defensa de la competencia, dado que son normas *meramente* sectoriales y no suelen recoger una regulación exhaustiva del procedimiento formalizado que siguen aquellas autoridades. Ello hace posible integrar aquellas lagunas con la normativa general en materia de procedimiento administrativo, lo que confiere una sensación de complitud o de incrementada seguridad y predictibilidad jurídicas a las actuaciones de la Administración de competencia²⁹.

Sin embargo, en el caso de la *mise en oeuvre directe* del derecho de competencia por parte de la Comisión, tal “red de seguridad” normativa no existe. Por el contrario, la regulación del procedimiento administrativo europeo del que aquí hablamos³⁰ se encuentra principalmente recogida en las normas de derecho derivado que regulan la defensa de la competencia, que han sido identificadas al inicio del capítulo.

Con ser relevantes esos *mimbres*, no alcanzan para formar el *cesto* de un marco procedimental exhaustivo y digno de ese nombre. Así, aunque el Reg. 773/2004 regula con bastante detalle el despacho y tratamiento de las denuncias, el acceso al expediente y las audiencias, no dejan de ser piezas sueltas del procedimiento. Faltan en el Derecho de la Unión reglas más generales sobre la instrucción del procedimiento, sobre su ordenación, sobre el impulso de oficio, sobre la caducidad del procedimiento, sobre la revisión de oficio, sobre las nulidades del acto, y sobre otras tantas cosas que están presentes en el derecho administrativo de los EM.

Por estas razones, en el procedimiento del que estamos hablando se aplican además una serie de principios y de derechos, que se han ido formando poco a poco a golpe de sentencia del TJUE; esto es, tienen un origen eminentemente jurisprudencial (*vid infra*).

Muchos de esos principios han resultado “codificados” en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)³¹, principalmente su art. 41 (derecho a la buena administración)³². Por lo tanto, desde

²⁷ Nuestra patria cuenta con leyes de procedimiento administrativo general desde 1958. La norma en vigor es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que regula el procedimiento administrativo común aplicable al conjunto de las administraciones públicas españolas.

²⁸ Vid, sobre esta cuestión: O. MIR PUIGPELAT: “Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº. 19, 2010, págs. 145-176.

²⁹ Buen ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sección 6ª) de 11 de julio de 2016 (sentencia nº 260/2016). En este asunto, la entidad Nestlé, que estaba siendo objeto de un procedimiento sancionador por parte de la CNMC por participar en el conocido como “cártel de la leche”, interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la modificación del pliego de concreción de hechos (PCH) acordada por la Dirección de Competencia del citado regulador, una vez emitido un primer PCH y estando ya cerrada formalmente la fase de investigación, y que la citada dirección justificó en sus poderes generales de “rectificación de errores materiales y de hecho” de los actos administrativos (antiguo art. 105.2 de la Ley 30/1992, actual art. 109.2 de la LPAC). La Audiencia anuló el acto de trámite cualificado impugnado, por infringir la Ley de Procedimiento Administrativo, pues la producción de un ulterior PCH iba más lejos de lo que el art. 105 de la ley procedimental permite. Recurrída en casación por el Estado dicha sentencia, el Tribunal Supremo lo desestimó, confirmando la corrección de la interpretación de la Audiencia Nacional: sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (sección 3ª) de 24 de julio de 2018 (sentencia nº 1356/2018).

³⁰ Para un estudio detallado de ese procedimiento investigador-declarativo-sancionador, vid: Margaret GRAY *et al* : *EU competition law : procedures and remedies*. Ed. Richmond, 2006, pp. 6 a 54.

³¹ Recordemos que dicha Carta se dirige con carácter principal o primario a las instituciones y órganos de la UE (art. 51.1).

³² El TJ ha proclamado que la Comisión está obligada a respetar, en el marco de un procedimiento administrativo relativo a cárteles, el derecho a una buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta (sentencia de 11 de julio de 2013, *Ziegler c. Comisión*, C 439/11 P). Sobre este precepto de la CDFUE, vid.: A.MANGAS MARTÍN (dir.): *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Comentario artículo por artículo. Ed. Fundación BBVA, 2008, pp. 664 a 678; A.LÓPEZ

su entrada en vigor la Carta arroja una potente luz (también) sobre el marco de la aplicación práctica del derecho derivado de la competencia por parte de la Comisión.

Además, algunos de estos principios han sido elevados incluso a la categoría de principio general del Derecho de la Unión por la doctrina.³³

IV. Principales derechos o garantías de las empresas en el marco de los procedimientos sancionadores instruidos por la Comisión en materia de competencia

10. A la luz de la estructura de fuentes anteriormente identificada, los principales derechos o garantías³⁴ que asisten a las empresas en el marco de los procedimientos de investigación y corrección instruidos por la Comisión en el campo de la competencia son los siguientes³⁵:

- 1) El derecho general de defensa³⁶, que engloba principalmente el derecho de audiencia o derecho a ser oído³⁷ antes de que se tome en contra de la empresa una medida individual que le afecte desfavorablemente³⁸. Esta garantía ha sido abundantemente elaborada por el TJUE³⁹. Implica el derecho a formular alegaciones escritas, e incluso a formularlas *oralmente*⁴⁰ y, aunque no lo citen las fuentes escritas, también conlleva aspectos como la posibilidad de alegar defectos de tramitación y otras reclamaciones semejantes. En ese contexto destaca especialmente la elaboración jurisprudencial del pliego de cargos, auténtica pieza central del procedimiento de competencia, cuyo contenido y requisitos aparecen desdibujados en los reglamentos europeos 1/2003 y 773/2004⁴¹. El TG entiende, por ejemplo, que los requisitos del pliego de cargos, y por ende el derecho a ser oído, se conculcan cuando la empresa es finalmente sancionada por cargos que no aparecían consignados en

CASTILLO (Dir): *Comentario sistemático a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1251 y ss.

³³ Vid, al respecto: T.TRIDIMAS: *The General Principles of EU Law*, 2ª ed. Oxford Univ. Press, 2006.

³⁴ A falta de una acaba categorización dogmática de estos extremos por parte del derecho derivado, estos aspectos se pueden concebir perfectamente como derechos o garantías de las empresas, pero también como obligaciones o deberes de la Comisión (por ejemplo, la obligación de motivar), e incluso como “principios” estructurantes.

³⁵ Dado que no existe una relación o identificación de estos derechos-principios en el Derecho escrito de la Unión, los distintos autores ofrecen distintas enumeraciones de los mismos. Por lo tanto, la relación que sigue es una presentación sincrética y personal de quien esto escribe.

³⁶ El Reg. 1/2003 se refiere hasta en siete ocasiones (la mayoría de ellas, en su exposición de motivos) a los “derechos de defensa” de las personas empresas pero no consagra ningún artículo a los mismos.

³⁷ Sobre la evolución jurisprudencial de este principio-derecho en el concreto sector del derecho de la competencia, durante el siglo pasado (sentencias *Nölle II*, *Al-Jubail*, etc). Vid: H.P. NEHL: *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Ed. Hart, Oxford, 1999, pp. 70 a 77.

³⁸ El art. 27.1 del reglamento 1/2003 recoge expresamente este principio-derecho:

“Antes de adoptar las decisiones la Comisión ofrecerá a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido...la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados”. El Reg. 773/2004 le dedica varios artículos. Igualmente consagra este derecho el art. 41.2 (a) de la CDFUE: el derecho a la buena administración...”*incluye en particular... (a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente*”.

³⁹ En su sentencia de 16 de diciembre de 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel/Comisión*, asuntos T-5/00 y T-6/00, el Tribunal de Primera Instancia dijo que “el respeto del derecho de defensa, que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe ser observado en todos los casos, especialmente en todo procedimiento que pueda dar lugar a la imposición de sanciones, aunque se trate de un procedimiento administrativo, exige que la empresa interesada haya tenido la posibilidad de manifestar oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegados por la Comisión” (aptdo 32).

⁴⁰ La audiencia “oral” a la que se refiere el art. 12.1 del Reg. 773/2004 no es lo mismo que la “audiencia” de nuestro procedimiento administrativo patrio, que se sustancia por escrito. Tal vez habría sido más propio emplear la palabra “vista” en la versión española del reglamento, sospecha que confirma la lectura de su art. 14 .

⁴¹ El Reglamento 1/2003 solo se refiere en una ocasión al pliego de cargos, desde una perspectiva completamente lateral (art. 25.3,d), en cambio el Reglamento 773/2004 lo menciona en 23 ocasiones.

- el pliego, o si ha recibido una sanción que ha sido calculada con arreglo a criterios no consignados en el mismo.⁴²
- 2) El derecho de audiencia de las personas que no sean ni denunciantes ni empresas investigadas, y que acrediten interés suficiente para ello, quienes podrán aducir alegaciones escritas.⁴³
 - 3) El derecho de la empresa de acceder a la información relevante y específicamente el de acceder (íntegramente) al expediente que le afecta⁴⁴, debiendo la Comisión, al facilitar tal acceso, salvaguardar debidamente los secretos comerciales y otro tipo de información confidencial⁴⁵.
 - 4) El derecho de los denunciantes a acceder a los datos e informaciones que hayan sido tenidos en cuenta por la Comisión para desconsiderar su denuncia.⁴⁶
 - 5) El derecho a que la información recopilada en el marco de la ejecución del derecho de la competencia sólo sea utilizada para el fin para el que haya sido recabada.⁴⁷
 - 6) El principio de cuidado o diligencia de la Comisión.⁴⁸
 - 7) El principio de presunción de inocencia⁴⁹.
 - 8) El deber de la Comisión de motivar convenientemente sus decisiones y resoluciones. Este es un principio de amplio espectro, que se aplica no solo en materia de competencia⁵⁰, sino con carácter transversal en toda actuación del Poder Ejecutivo de la Unión⁵¹.
 - 9) El principio de prescripción de infracciones y sanciones⁵².
 - 10) El principio de duración razonable del procedimiento⁵³.

⁴² Vid. sobre este particular, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 26 de abril de 2007, *Bolloré y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T-109/02 y otros (asunto *papel autocopiativo*).

⁴³ Recogido en el art. 13.1 del Reg. 773/2004.

⁴⁴ Recogido expresamente en el art. 27.2 del Reg. 1/2003 y en el art. 15 del Reg. 773/2004. Igualmente consagra universalmente este derecho el art. 41.2 de la CDFUE, con las mismas cautelas. Sobre la evolución jurisprudencial de este principio-derecho en el concreto sector del derecho de la competencia durante el siglo pasado (sentencias *Cement*, *Soda-Ash*, etc.), vid.: H.P. NEHL: *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Ed. Hart, Oxford, 1999, pp. 43 a 69. Con carácter más moderno, el TG ha resaltado la importancia de este principio en numerosas ocasiones. Por ejemplo, en su sentencia de 20 de marzo de 2002, *LR AF 1998/Comisión (asunto T-23/99)*, el antiguo Tribunal de Primera Instancia afirmó que “*para permitir a las empresas afectadas defenderse oportunamente de las imputaciones formuladas en su contra en el pliego de cargos, la Comisión está obligada a ponerles de manifiesto el contenido íntegro del expediente de la instrucción, con excepción de los documentos que contengan secretos comerciales de otras empresas u otras informaciones confidenciales y de los documentos internos de la Comisión*” (apdo 170).

⁴⁵ Vid., art. 16 del Reg. 773/2004.

⁴⁶ Consagrado en el art. 8.1 del Reg. 773/2004.

⁴⁷ Art. 28.1 del reglamento antecitado.

⁴⁸ Como es sabido, el TFUE admite abiertamente este concepto (art. 298.1). Sobre la evolución jurisprudencial de este principio-derecho en el concreto sector del derecho de la competencia (sentencia *Nölle I y II* y otras). Vid.: H.P. NEHL: *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Ed. Hart, Oxford, 1999, pp. 137 -142.

⁴⁹ Vid. art. 2 del Reg. 1/2003. Sobre el juego de este principio en el derecho de la competencia, vid., por todos: F. CASTILLO DE LA TORRE & E. GIPPINI-FOURNIER: *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*. Ed Edward Elgar, 2017.

⁵⁰ Reconocido con carácter específico en materia de competencia en el art. 105.2 del TFUE. La violación de este principio o deber es uno de los que con más fruición y antigüedad se alegan en el escenario judicial de la defensa de la competencia. Por ejemplo, en su ya lejana sentencia de 14 de octubre de 1987, *República federal de Alemania c. Comisión* (asunto 248/84) el TJ anuló una decisión de la Comisión que había declarado incompatibles con el Tratado un programa de ayudas regionales concedidas por distintos *Länder* alemanes y que se había limitado a citar el antiguo art. 92.1 del antiguo TCEE como única motivación. El Tribunal entendió que al así hacerlo se estaba violando el art. 190 de dicho tratado, que recogía (como hace hoy el art. 296 del TFUE) la obligación de motivar los actos jurídicos comunitarios y por consiguiente decidió la anulación de la decisión *por vicios sustanciales de forma*. En tiempos más recientes, el TG se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la importancia y alcance del pliego de cargos en materia de competencia y su conexión con la obligación de motivación, como en la sentencia *Bolloré* (vid. nota 42).

⁵¹ Este principio-deber está reconocido con carácter general en el art. 41.2 de la CDFUE y en el art. 296 del TFUE (en este caso para cualquier “acto jurídico” de las instituciones).

⁵² En los términos previstos en los arts. 25 y 26 del Reg.1/2003.

⁵³ En los litigios sobre anulación, la duración del procedimiento administrativo previo puede tener como consecuencia la anulación de la decisión impugnada si se cumplen dos requisitos cumulativamente: (a) que esa duración haya resultado excesiva, y (b) que la superación del plazo razonable haya obstaculizado el ejercicio del derecho de defensa (sentencias de 21 de septiembre de 2006, *Technische Univ. c. Comisión*, C113/04 P, y sentencia de 8 de mayo de 2014, *Bolloré c. Comisión*, C414/12 P).

11. La recta comprensión de este catálogo de derechos exige que se formule un *caveat* importante: muchos de estos derechos, garantías o principios han sido elaborados por el TJUE en el marco de litigios desencadenados por empresas que impugnaron decisiones afflictivas (o aún sancionadoras) de la Comisión en el marco de la defensa de la competencia⁵⁴, pero también en el marco de otras normas sectoriales. Es decir, no existen unos principios procedimentales defensivos o reaccionales a disposición de las empresas que sean exclusivos de la materia de la libre competencia, sino que son principios generales, que se pueden aplicar desde luego al terreno de la libre competencia. Puede así decirse que son principios intercambiables.

En la práctica, los derechos o principios enumerados en el rubro anterior pueden ser aplicados “mutatis mutandis” de unos campos o sectores de la actuación comunitaria a otros. Por ejemplo, en el caso de la impugnación de una decisión adoptada por la Agencia europea “ECHA” en materia de registro de sustancias químicas, una empresa puede invocar su derecho de acceso al expediente, invocando jurisprudencia de Luxemburgo sobre dicho principio... dictada en el marco de la defensa de la competencia. La regla inversa también se aplica. Por lo tanto, en el marco de un recurso de anulación deducido por una empresa contra una decisión de la Comisión que le sancionó por vulnerar la competencia, la actora puede desde luego alegar que se violó en el expediente previo su derecho a ser oído (derecho a la audiencia), invocando para ello una sentencia del TG que haya perfilado dicho derecho procedimental... pero que fue dictada en el marco de la aplicación del Reglamento “REACH” por parte de la ECHA.

Otro ejemplo es el del derecho de acceso al expediente, que ha sido analizado y explicitado por el Tribunal en múltiples contextos de ejecución administrativa *directa* de diversos reglamentos y directivas por parte de la Comisión y de las Agencias descentralizadas de la Unión.

V. Las infracciones de procedimiento y el recurso de anulación

12. La identificación de lo que constituye un vicio de procedimiento, así como la entidad o relevancia de tal vicio, es algo que no viene regulado en el derecho escrito de la Unión. Por otra parte, es sabido que la omisión de ciertos trámites en la instrucción de un procedimiento administrativo, el incumplimiento de ciertas formas de los actos⁵⁵, o la infracción de las garantías y derechos procedimentales de las empresas no acarrea siempre la anulación del acto impugnado. Así, el derecho administrativo español conoce hasta tres situaciones o grados diferentes: (a) la nulidad radical o de pleno derecho; (b) la anulabilidad del acto; (c) las irregularidades no invalidantes.

Sin embargo, en el Derecho positivo de la Unión no existe una teoría general de las nulidades ni de los vicios de procedimiento (como la existente en el derecho administrativo de numerosos EM)⁵⁶. Por lo tanto, esas relevantes cuestiones han sido definidas por el Tribunal de Luxemburgo, que actúa aquí francamente como un pretor del *Common Law*.

13. Al TJUE le compete (a través de su jurisprudencia) determinar -caso por caso- qué vicio de procedimiento, en el ámbito de la defensa de la competencia, constituye realmente (a) un “vicio sustancial de forma” en el sentido del art. 263 del TFUE⁵⁷, y por tanto con fuerza suficiente para que el TG

⁵⁴ Las previsiones “procedimentales” contenidas en el Reg. 1/2003 y 773/2004 han sido interpretadas por la jurisprudencia del TJUE, a la hora de resolver los recursos de anulación (TG) o eventualmente de casación (Tribunal de Justicia) que han desencadenado las empresas sancionadas por la Comisión en el marco de la defensa de la competencia.

⁵⁵ Por ejemplo, el art. 297.2 del TFUE establece que las decisiones de la Comisión deben ser firmadas por su presidente.

⁵⁶ Entre nosotros, el art. 47 de nuestra LPAC enumera las causas o situaciones en que un acto es nulo de pleno derecho.

⁵⁷ Es caro a la doctrina francófona el enfoque de conceptualizar los vicios de forma (junto al de incompetencia) como vicios de legalidad “externa” (*légalité externe*), y como vicios de legalidad “interna” el resto de supuestos previstos en el art. 263 del TFUE. Sin embargo, la misma doctrina ha puesto de manifiesto que es porosa la distinción entre el puro “vicio de forma” y la violación “de cualquier norma jurídica” relativa a la ejecución de los Tratados (que es un vicio de fondo), cuando dicha norma jurídica consiste en una norma de procedimiento (vid.: N. DE SADELEER: *Manuel de droit institutionnel et de contentieux européen*. Ed. Bruylant, Bruselas, 2021, pág. 446). En efecto, la violación por parte de la Comisión del derecho a ser oído, en un expediente de competencia dado, consagrado en el art. 27 del Reg. 1/2003, constituye un supuesto claro de “vicio sustancial de forma”, pero también es evidentemente un caso claro de violación de una “norma jurídica relativa a la ejecución de los Tratados”.

dicte una sentencia de anulación de la decisión atacada, o (b) un vicio ciertamente, pero no sustancial y por tanto sin efectividad anulatoria, lo que nuestro derecho administrativo denomina “irregularidad no invalidante” o incluso un mero “defecto de tramitación” (como la omisión de algún detalle formal de menor importancia, o el ligero incumplimiento de un plazo que en ningún caso causa indefensión).

Es relevante resaltar, en cualquier caso, que los vicios graves de procedimiento constituyen un motivo de orden público, y que el TG puede o incluso debe constatarlos y suscitarlos de oficio y por su propio imperio, anudando las consecuencias correspondientes.⁵⁸

14. En la dinámica general del recurso de anulación, la doctrina indica que el TJUE no es en general excesivamente formalista, y solo determina la existencia de un vicio sustancial de forma cuando se violenta una pieza fundamental del procedimiento, y ello causa indefensión a la empresa (ese es sin duda un test clave) o cuando dicho vicio es susceptible de haber ejercido una influencia determinante sobre el contenido del acto⁵⁹. Aunque no versa directamente sobre el derecho de la competencia, conviene citar aquí como ejemplo un asunto interesante, concretamente la sentencia del TG (sala primera) de 13 de diciembre de 2013, *Hungría c. Comisión* (asunto T240/10). En este caso, la Comisión procedió a otorgar a la mercantil BASF una autorización de comercialización de un organismo modificado genéticamente (un tipo de patata), pero en el curso del procedimiento, ciertamente complejo y con varias versiones o proyectos de decisión, la Comisión no presentó los proyectos modificados de las decisiones de autorización a los comités de reglamentación competentes⁶⁰.

Por lo tanto, en el campo concreto de la defensa de la competencia, para que se determine la existencia de un “vicio sustancial de forma” o la “violación de una forma sustancial” tiene que haberse producido una infracción grave del procedimiento administrativo, tal como la conculcación del derecho de defensa, del derecho a ser oído, la ausencia total o irreconocible de motivación, etc. También se incluiría aquí la omisión de alguna fase o trámite esencial del procedimiento, tales como (a la luz del antecitado caso *Hungría c. Comisión*) la ausencia de consulta al tradicional comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes, regulado hoy en el art. 14 del Reg. 1/2003⁶¹.

VI. Jurisprudencia reciente: un balance

15. En los epígrafes precedentes hemos expuesto el sistema general, a la luz del derecho vigente y de la jurisprudencia consolidada sobre estas cuestiones⁶². Mas interesa conocer cuál ha sido la práctica y la realidad forense recientes, y extraer un balance de las mismas. Con el fin de comprobar la incidencia y relevancia de los vicios de procedimiento en los asuntos recientemente fallados por el TG y el TJ en materia de competencia, se ha llevado a cabo una búsqueda a través de los boletines y *newsletters*

⁵⁸ Así, en su sentencia de 2 de diciembre de 2009, *Comisión c. Irlanda y otros*, asunto C-89/08 P, el TJ afirmó que la falta de motivación o la motivación insuficiente de una decisión constituye un vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 263 TFUE y constituye un motivo de orden público que el Tribunal de la Unión puede, o incluso debe, invocar de oficio (apdo 34).

⁵⁹ Vid.: N. de SADELEER: *Manuel de droit institutionnel...op. cit.*, pp. 445-6.

⁶⁰ En esta sentencia, el tribunal afirmó que “los vicios sustanciales de forma... constituyen un motivo denominado de orden público que debe ser examinado de oficio por el juez de la Unión(...). Constituye un vicio sustancial de forma la infracción de una norma procedimental si, de haber sido observada, el resultado del procedimiento o el contenido del acto adoptado hubiese podido ser sustancialmente distinto... Por consiguiente, dado queel contenido de decisiones de autorización adoptadas habría podido ser sustancialmente distinto si la Comisión hubiese observado el procedimiento establecido en (la decisión Comitología) cuando la Comisión adopta decisiones de autorización de comercialización sin presentar a los comités de reglamentación competentes los proyectos modificados de esas decisiones de autorización, incumple sus obligaciones procedimentales...(e) incurre consecuentemente en un vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 263 TFUE...(por lo que) estas decisiones están íntegramente viciadas de nulidad” (parágrafos 84 y 87 de la sentencia).

⁶¹ Sobre la interpretación que de este *moyen d’annulation* ha hecho el TJUE, y además de las referencias doctrinales incluidas a lo largo de esta contribución, vid.: A. JONES & B. SUFRIN: *EC Competition Law. Text, cases and materials*. 3ª ed., Oxford Univ. Press, 2007, pp. 1257 a 1259; M. GRAY *et al* : *EU competition law : procedures and remedies*. Ed. Richmond, 2006, pp.71 a 76.

⁶² Sobre la jurisprudencia recaída hasta hace unos años 2017 pueden consultarse las referencias doctrinal-bibliográficas incluidas a lo largo de esta contribución.

electrónicos más usuales, y se han localizado una buena veintena de sentencias recaídas desde enero de 2022 hasta la primavera de 2024⁶³. El análisis de dichos fallos judiciales permite extraer las siguientes conclusiones:

- 1ª. Es inhabitual que la estrategia procesal de una empresa en el marco de un recurso de anulación en asunto de competencia gire exclusivamente sobre la invocación de un vicio de procedimiento. Desde luego, no se ha localizado ningún asunto en el que tal vicio sea el único *moyen d'annulation*. Normalmente, las empresas hacen estas invocaciones junto a las de carácter sustantivo o material, como argumento “a mayor abundamiento”.
- 2ª. La mayoría de los recursos de anulación fueron desestimados por el TG y, en ese contexto, las alegaciones de vicios de procedimiento no suelen tener demasiado éxito. Ahora bien, el TG hizo en tres ocasiones uso de sus potestad jurisdiccional plena para reformar (a la baja) la cuantía de las multas impuestas por la Comisión⁶⁴.
- 3ª. La jurisprudencia de los tribunales europeos en torno a los vicios de procedimiento parece asentada y no se ha detectado ningún desarrollo “revolucionario” en este campo.
- 4ª. El vicio de procedimiento más invocado es sin duda el de ausencia o insuficiente motivación de la decisión, que ha sido utilizado por el TG para anular total o parcialmente una decisión de la Comisión en alguna ocasión⁶⁵. Sin embargo, el nivel de exigencia del TG es alto, pues requiere que se haya producido un vicio patente de motivación o que sea claramente contradictoria, no bastando que la motivación sea simplemente insuficiente o mejorable⁶⁶.
- 5ª. También abundan los casos en los que las empresas invocan la violación del principio del “derecho de defensa”, bien por conexión con el punto anterior⁶⁷, o porque no se celebró una audiencia (“oral”), especialmente en los expedientes donde hay sucesivos pliegos de cargos y adición de nuevos fundamentos fácticos durante la instrucción del procedimiento⁶⁸. Igualmente se violan los derechos de defensa cuando la Comisión no consigna o

⁶³ Se trata de los siguientes fallos: sentencia del TJ (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2023, *International Skating Union c. Comisión*, asunto C124/21 P; Sentencia del TG (sala décima, ampliada) de 20 de diciembre de 2023, *JPMorgan Chase & Co y otros c. Comisión*, asunto T106/17; Sentencia del TG (sala décima aplicada) de 20 de diciembre de 2023, *Crédit agricole SA & Crédit agricole Corporate and Investment Bank c. Comisión*, asunto T113/17; Sentencia del TG (Sala cuarta ampliada) de 25 de octubre de 2023, *Bulgarian Energy Holding EAD y otros c. Comisión*, asunto T136/19; Sentencia del TG (Sala Tercera ampliada) de 14 de junio de 2023, *Polwax c. Comisión*, asunto T585/20; Sentencia del TG (Sala cuarta ampliada) de 17 de mayo de 2023, *EVH GmbH c. Comisión*, asunto T312/20; Sentencia del tribunal general (Sala Quinta ampliada) de 24 de mayo de 2023, *Meta Platforms Ireland Ltd c. Comisión*, asunto T451/20; Sentencia del TG (Sala Novena ampliada) de 7 de diciembre de 2022, *CCPL — Consorzio Cooperative di Produzione e Lavoro SC y otros c. Comisión*, asunto T130/21; Sentencia del TG (Sala cuarta, ampliada) de 9 de noviembre de 2022, *Ferriera Valsabbia SpA y otros c. Comisión*, asunto T655/19; Sentencia del TG (Sala Cuarta ampliada) de 9 de noviembre de 2022, *Feralpi Holding SpA c. Comisión*, asunto T-657/19; Sentencia del TG (Sala Cuarta ampliada) de 9 de noviembre de 2022 *Ferriere Nord SpA c. Comisión Europe*, asunto T667/19; Sentencia del TG (Sala Sexta ampliada) de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet c. Comisión*, asunto T604/18; sentencia del TG (Sala Sexta ampliada) de 15 de junio de 2022, *Qualcomm Inc. C. Comisión*, asunto T235/18; sentencia del TG (Sala sexta) de 18 de mayo de 2022, *Canon Inc c. Comisión*, asunto T609/19; sentencia del TG (Sala Cuarta ampliada) de 30 de marzo de 2022, *SAS Cargo Group y otros c. Comisión*, asunto T324/17; sentencia del TG (Sala cuarta, ampliada) de 30 de marzo de 2022, *Air France-KLM c. Comisión*, asunto T-337/17; sentencia del TG (Sala octava, ampliada) de 2 de febrero de 2022, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo c. Comisión*, asunto T399/19; sentencia del TG (Sala décima, ampliada) de 9 de febrero de 2022, *Sped-pro c. Comisión*, asunto T791/19.

⁶⁴ Ello sucedió en el asunto *Crédit Agricole*, en el asunto *Google y Alphabet*, y en el asunto *SAS* (vid nota 63).

⁶⁵ Por ejemplo, en su sentencia de 11 de julio de 2019, *CCPL y otros c. Comisión*, el TG anuló parcialmente una decisión de la Comisión por motivación insuficiente en lo que concernía a la determinación del porcentaje de reducción del importe de una multa (asunto T-522/15). En el asunto *Crédit Agricole* (vid nota 63) el TG entendió que no estaba suficientemente motivada la determinación del factor de reducción de la multa impuesta; y en el asunto *Sped-pro* (vid, nota 63), también anula el TG la decisión impugnada por motivación insuficiente.

⁶⁶ Vid la sentencia *International Staking Union*, del TJ (vid nota 63).

⁶⁷ En el asunto *Bulgarian Energy Holding* (vid. nota 63) el TG anuló la decisión, entre otras, por esa razón.

⁶⁸ Como ocurrió en el caso “Google y Alphabet” (vid nota 63). El TG sostuvo que “al haber comunicado dos escritos de exposición de los hechos en lugar de un pliego de cargos complementario, y al no acordar la celebración de una audiencia sobre las observaciones formuladas en respuesta a esos dos escritos de exposición de los hechos, la Comisión eludió el derecho de *Google* a poder desarrollar oralmente sus argumentos sobre tales observaciones y violó el derecho de defensa de dicha empresa” (par. 997).

- reproduce en su integridad en el expediente los intercambios de información o las entrevistas realizada con personas u organizaciones relevantes en los hechos.⁶⁹
- 6º. Como es sabido, el derecho europeo (a diferencia de, por ejemplo, el español) no establece una duración máxima del procedimiento sancionador que instruye y resuelve la Comisión. Ahora bien, las empresas alegan a veces la excesiva duración de ese procedimiento, como causa de anulación, sobre todo después de que la CDFUE haya recogido la obligación de que la Administración europea trate y disponga de los asuntos de los particulares “dentro de un plazo razonable” (art. 41.1)⁷⁰. Ahora bien, a juicio del TG, la superación de ese “plazo razonable” (*délai raisonable*) sólo constituye causa suficiente de anulación, si ello provocó una vulneración de los derechos de defensa de la empresa⁷¹. El TG utiliza ese “test” de manera bastante generosa con la Comisión⁷².
 - 7º. El TG ha sostenido de manera constante que la Comisión no es un “tribunal” en el sentido del art. 6 del CEDH⁷³.
 - 8º. Aunque el art. 23.5 del Reg. 1/2003 deja claro que las decisiones sancionatorias de la Comisión no revisten carácter penal, algunas empresas se obstinan en pretender que en la fase administrativa se les debe aplicar las mismas garantías que el CEDH reserva a los procesos penales. El TG ha negado en varias ocasiones este extremo.⁷⁴
 - 9º. Las violaciones de forma deben ser demostradas fehacientemente por el actor, no bastando ni mucho menos su mera invocación. Debe, al contrario probar la relación de causa a efecto entre el vicio padecido y la indefensión aducida (por ejemplo: cómo el no acceso a qué concretos documentos le privó de defenderse mejor).
 - 10º. Las violaciones más frecuentes de la CDFUE que se invocan por las empresas se refieren a sus arts. 41 y 48, y con menos frecuencia al art. 17⁷⁵.
 - 11º. EL TJUE sigue manteniendo la tesis de que el vicio de procedimiento solo tiene virtualidad anulatoria si produjo indefensión a la empresa, o si el contenido de la decisión hubiera sido diferente, de no cometerse la infracción procedimental. Es una concepción poco *ritualista* del procedimiento administrativo, que interpreta el Derecho de la Unión -a nuestro juicio- de manera favorable para la *Administración europea*, pues añade requisitos que no están en la letra del Tratado.
 - 12º. A nuestro juicio, el régimen actual es insatisfactorio, puesto que la mayor parte del sistema de garantías y principios procedimentales se apoya en decisiones judiciales “ad hoc” de los tribunales europeos. Urge una reforma que amplíe, profundice y concrete los aspectos más importantes del procedimiento ante la Comisión (*volcando* al Derecho positivo las líneas jurisprudenciales más consolidadas del Tribunal Luxemburgo), con el fin de dotar al marco legal de mayor certidumbre jurídica y conferir una acrecida objetividad y predictibilidad a la actuación del ejecutivo comunitario.

⁶⁹ En el asunto “Qualcomm” (vid nota 63) el TG afirmó que: “...cuando con arreglo al artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, la Comisión realice una entrevista a efectos de recopilar información en relación con el objeto de una investigación, tiene la obligación de registrarla del modo que elija... no es suficiente con que la Comisión efectúe un breve resumen de los temas abordados en la entrevista. Debe estar en condiciones de facilitar (a la empresa expedientada) una indicación sobre el contenido de las discusiones”.

⁷⁰ Como ocurrió en el asunto *Ferriera Valsabbia* (vid nota 63).

⁷¹ Vid. Sentencia del TG en el asunto *Ferriera Valsabbia* (vid nota 63), par. 181. Ahora bien, el incumplimiento de dicho plazo razonable puede motivar que el Tribunal de Justicia, “en el marco del ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, corrija adecuadamente la infracción resultante de haber rebasado el plazo razonable del procedimiento administrativo, reduciendo en su caso el importe de la multa impuesta (sentencia del TG de 21 de septiembre de 2006, *Technische Unie c. Comisión*, C-113/04 P, pars. 202-204).

⁷² El plazo de tiempo excesivo entre la adopción de la decisión combatida y su publicación en el “Diario Oficial” (en ese caso, más de 400 días), fue suscitada por la actora en el asunto *EVH GmbH* (vid nota 63), sin embargo al TG, aunque le pareció objetivamente dilatado, no le pareció causa invalidante, remitiendo a la empresa, en su caso, a un procedimiento de responsabilidad extracontractual.

⁷³ Así lo hizo en el asunto *Crédit Agricole* (vid nota 63), parágrafo 42.

⁷⁴ *Ibid*, (*ut supra*), par. 47.

⁷⁵ Como sucedió en el asunto *SAS* (vid nota 63) parágrafos 640 y ss.